Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
PODER JUDICIÁRIO
Terceira Turma Recursal

PROCESSO Nº 0076279-87.2015.8.05.0001

ÓRGÃO:	**3ª TURMA RECURSAL DO SISTEMA DOS JUIZADOS**
CLASSE:	**RECURSO INOMINADO**
RECORRENTE:	**HAPVIDA SAUDE**
ADVOGADO:	**MARCUS VINICIUS BRITO PASSOS SILVA**
RECORRIDO:	**JEFERSON DA SILVA CAMPOS**
ADVOGADO:	**ANASTACIA BEDA OLIVA DO AMARAL**
ORIGEM:	**1ª VSJE DO CONSUMIDOR (MATUTINO)**
RELATORA:	**JUÍZA NICIA OLGA ANDRADE DE SOUZA DANTAS**

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIONAMENTO DA OPERADORA UNIMED EM FACE DE SUPOSTO ERRO MÉDICO AO ARGUMENTO DE RESPONSABILIADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA. PACIENTE SUBMETIDO À DRENAGEM LINFÁTICA PÓS GINECOMASTIA. TRATAMENTO COM ULTRASSOM OCASIONANDO QUEIMADURA EM MAMILO. ALEGAÇÃO DE FALHA NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DE FISIOTERAPEUTA CREDENCIADO. RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL LIBERAL (CDC, ART. 14, § 4º). RESPONSABILIDADE PESSOAL E SUBJETIVA DO FISIOTERAPEUTA. PREDOMINÂNCIA DA AUTONOMIA DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DURANTE O TRATAMENTO. SOLIDARIEDADE DO PRESTAMISTA QUE DEPENDE DA PROVA DA CULPA DO PROFISSIONAL DIRETAMENTE RESPONSÁVEL PELO TRATAMENTO. HIPÓTESE EM QUE SE PÕE A EXAME É A PRÓPRIA ATIVIDADE MÉDICA. NECESSIDADE DE PROVA DE DOLO OU CULPA DO PROFISSIONAL. FALTA DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS UMA VEZ QUE ENVOLVE A CAUSA MATÉRIA COMPLEXA, NOS TERMOS DO ART. 2º, 3º E 51, INCISO II DA LEI 9.099/95. EXTINÇÃO DA AÇÃO POR COMPLEXIDADE. 1. A responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica dada à singularidade do serviço prestado, assim o dano médico deve ser analisado à vista do elemento subjetivo, da culpa, do profissional (art. 14, § 3º,CDC). 2. Quanto ao segundo objeto da ação, que se funda na responsabilidade objetiva da Clínica, a condenação, também, depende do exame da atuação do médico por possível culpa ou dolo, pois não há sentido lógico-jurídico em se responsabilizar a clinica na modalidade objetiva se há necessidade de provar culpa de quem atuou em nome dela. 3. Não se está aqui a negar a possibilidade de aplicação da teoria do risco da atividade e a partir desta responsabilizar-se objetivamente a Clínica, mas no caso em exame há necessidade de comprovação do nexo de causalidade (atuação do médico) entre fato e dano. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PROVIDO

PARA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM APRECIAÇÃO DE MÉRITO EM FAE DA COMPLEXIDADE.

RELATÓRIO

Propôs o autor Ação de Indenização por danos estéticos e morais em razão de ter sofrido queimaduras durante sessão de fisioterapia após cirurgia de ginecomastia bilateral (também conhecidas como "mamas femininas").

Houve intercorrências durante a primeira cirurgia, tendo o autor se submetido a uma nova intervenção cirúrgica, e, para evitar maiores sequelas, o Autor submeteu-se a mesma de imediato.

Manifestou-se contra a falha de atendimento pela demora de liberação do tratamento de Drenagem Linfática, mas o seu pedido foi dirigido aos danos estéticos e morais decorrentes da queimadura do mamilo do autor que fora reconstituído, decorrente da falta de habilidade técnica do fisioterapeuta com o uso do aparelho de Ultrassom, ocasionando mais lesões e desconforto físico e psicológico ao Autor.

A sentença prolatada (evento 36), acolheu parcialmente o pedido e arbitrou danos morais em R$ 5.000.00 (cinco mil reais) entendendo pela aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, devendo o Plano responder pela atuação do profissional contratado.

A acionada apresentou Recurso Inominado (evento 44), sustentando que a atividade empresarial das Operadoras de Plano de Saúde está regulamentada na Lei 9.656/98, especificamente no art. 1º:

> Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; II – Operadora de Plano

> de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; al de seus médicos e profissionais referenciados.

Acrescentou que, a responsabilidade civil dos profissionais liberais passa pela avaliação da culpa e das questões técnicas de sua atuação profissional, não há, portanto, como imputar responsabilidade, na forma objetiva à Operadora.

Ao final, ratificou a questão da preliminar de complexidade.

Foram apresentadas contrarrazões que repetem os argumentos iniciais (evento 50).

VOTO

A relação contratual estabelecida entre hospital e paciente ou paciente e Operadora é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (artigos 3º e 14) e gera uma responsabilização civil objetiva, também prevista no artigo 932, III, do Código Civil desde que o dano esteja diretamente ligado à natureza específica prestacional. Por exemplo: descredenciamento da clínica médica de oncologia onde recebia tratamento, o que ocasionou a suspensão repentina da quimioterapia; desobediência à norma específica sobre o dever da operadora de informar o consumidor quanto ao descredenciamento de entidades hospitalares (art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/1998) e substituição da unidade de atendimento.

Outro exemplo clássico é o descumprimento do direito do beneficiário receber cobertura do seguro saúde acaso necessitar de atendimento caracterizado como de urgência ou emergência, sendo inócua, quando existente, a previsão contratual que confere ao contratante a possibilidade de não autorizar o procedimento necessário a salvaguarda da vida.

Constatou-se que em todos os exemplo há o viés de ligação da responsabilidade objetiva na execução da atividade contratada. Todavia, quando se tratar de responsabilidade do médico ou profissional de saúde, o fundamento da indenização deverá ter como base a responsabilidade subjetiva.

Neste sentido:

> APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO –

AFASTADA – MÉRITO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL E MÉDICO – DEMORA NO ATENDIMENTO – CONDUTA NEGLIGENTE – ABORTO – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – QUANTUM MANTIDO EM R$ 30.000,00 – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – HONORÁRIOS MANTIDOS – JUSTIÇA GRATUITA À PESSOA JURÍDICA – NÃO DEMONSTRAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA – INDEFERIDA – SENTENÇA MANTIDA – AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO E APELO IMPRÓVIDO – Deixo de conhecer do agravo retido, ante a inexistência de requerimento expresso nas razões ou na resposta da apelação para sua apreciação, nos termos do artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil. Havendo no caderno processual acervo probatório abundante, inclusive suficientemente capaz de solucionar o litígio, deve a sentença manter-se incólume, porque as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório não foram violados. **A relação contratual estabelecida entre hospital e paciente e regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 3º) e gera uma responsabilização civil objetiva, segundo artigo 932, III do Código Civil, enquanto que a responsabilidade do médico é subjetiva, que se configura somente se demonstrada a culpa - Negligência, imprudência ou imperícia - , consoante dicção do § 4º do artigo 14 do referido Codex: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa"**. Entende a Corte Superior que "as pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração de pobreza", conforme o julgamento dos embargos de divergência nº 1.185.828/RS. (TJMS – Ap 0011392-78.2011.8.12.0021 – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran – DJe 15.09.2015). (grifos postos).

ERRO MEDICO IMPERICIA NO MANEJO DE INSTRUMENTO CIRURGICO QUEIMADURA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO DANO MORAL DIREITO DO CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE CIVIL – Procedimento cirúrgico que provocou queimaduras de segundo e de terceiro graus em paciente, em decorrência do uso de bisturi elétrico. Pretensão indenizatória de danos materiais e compensatória de danos morais. Sentença de improcedência dos pedidos em relação ao hospital (2º Réu) e de procedência dos pedidos em relação ao médico cirurgião (1º Réu). Apelação cível interposta pelo autor, visando à condenação do hospital, bem assim a majoração da verba compensatória dos danos morais. Apelação cível interposta pelo 1º réu (MÉDICO CIRURGIÃO) visando ao reconhecimento da excludente de fato exclusivo de terceiro e à condenação do hospital (2º RÉU) ou, sucessivamente, a redução da condenação que lhe fora imposta. Ausência de nexo causal entre o dano e qualquer fato atribuível ao hospital. Alegação de mau funcionamento do bisturi elétrico que não restou comprovada nos autos. **Responsabilidade subjetiva do médico cirurgião devidamente caracterizada em laudo pericial conclusivo, produzido em juízo**

> **sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Dano moral perfeitamente delineado. Verba compensatória (R$ 20.000,00) bem arbitrada, consideradas as particularidades do caso concreto, atendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem olvidar a natureza punitivo-pedagógica da condenação. Recursos não providos**. (TJRJ – Ap 0379325-60.2011.8.19.0001 – 25ª C.Cív. – Rel. Des. Werson Franco Pereira Rego – DJe 15.04.2015 – p. 20). (grifos postos).

Não há qualquer dúvida de que a responsabilidade do médico é subjetiva, configurada somente se demonstrada a culpa através da prática de atos de negligência, imprudência ou imperícia -, consoante dicção do § 4º do artigo 14 do referido Codex: **"a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".** (grifos postos).

A responsabilidade de clínicas e hospitais é objetiva, decorre da teoria do risco da atividade que desenvolvem, mas vale ressaltar que um de seus elementos é o nexo causal, entendido este como o *vínculo* entre um determinado comportamento, e um evento, permitindo concluir se a ação, ou omissão do agente foi, ou não a causa do dano.

Havendo necessidade de desvendar-se o nexo causal e em sendo este ligado á responsabilidade subjetiva da atuação médica, a prova pericial ou técnica é essencial.

A jurisprudência reflete que a responsabilidade

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ERRO MÉDICO – INDENIZAÇÃO – PLEITO – PRESCRIÇÃO – CONTAGEM DO PRAZO – TERMO INICIAL – "Administrativo e processual civil. Indenização por danos morais. Responsabilidade objetiva. Erro médico evidenciado. Prescrição dada pelo Decreto nº 20.910/1932. Termo inicial estabelecido na data da efetiva constatação do dano. Quantum indenizatório excessivo. Ação de responsabilidade civil contra o Estado, com denunciação à lide das casas de saúde conveniadas que efetivaram os procedimento cirúrgicos no autor, sob alegação de dano resultante de erro médico. O termo *a quo* para aferir o lapso prescricional para o ajuizamento de ação de indenização contra o Estado não reside necessariamente na data da realização do procedimento cirúrgico do qual resultou a lesão do autor, mas na data em que efetivamente restou efetivamente constatado o dano por ele. A Constituição Federal de 1988 consagrou a teoria do risco administrativo, responsabilizando o Estado, objetivamente, pelos danos que causar a terceiros, desde que estabelecido o nexo de causalidade entre o ato da administração e o prejuízo, aplicando-se, outrossim, e no que couber, as causas excludentes de responsabilidade. **A obrigação do médico não se constitui em uma obrigação de resultado, mas de meios, vez que**

não assume o compromisso de curar o doente, mas de aplicar, no tratamento, a melhor técnica disponível. No mérito, as provas constantes dos autos demonstram que ocorreu o dano efetivo ao autor, assim como existente o nexo de causalidade entre o fato apontado como lesivo e o referido dano, ficando ainda demonstrada, pelo laudo pericial, a falha na prestação do serviço médico, em ambas as casas de saúde conveniadas. Recurso provido da ré." (TRF 2ª R. – AC 1991.51.01.005765-7 – 5ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Paulo Espirito Santo – DJU 04.03.2008). (grifos postos).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ERRO MÉDICO – CIRURGIA – INDENIZAÇÃO – "Responsabilidade patrimonial do Estado. Erro médico. Legitimidade passiva. Cirurgia de hérnia. I – A União Federal e a Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ são personalidades diversas, esta respondendo direta, com seu patrimônio, por danos que vier a causar. II – A Constituição Federal de 1988 consagrou a teoria do risco administrativo, responsabilizando o Estado, objetivamente, pelos danos que causarem a terceiros, desde que estabelecido o nexo de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo, aplicando-se, outrossim, e no que couber, as causas excludentes. III – Em se tratando de erro médico, consubstanciado pelo adoção, em hospital público universitário administrado por Autarquia Federal, de procedimento alegadamente incorreto do qual adveio danos a paciente, impõe-se admitir a modalidade objetiva de responsabilidade da Administração, cumprindo-se, me seguida, perquirir se, em primeiro lugar, houve o dano para, em seguida, verificar se a conduta do agente o ensejou. IV – Embora o paciente comprove, através de diagnóstico subscrito por médico não vinculado à Universidade, de hérnia inguinal direita, não se há falar em dano se submetido a cirurgia do lado esquerdo de seu abdômen para correção de hérnia inguinal esquerda diagnosticada anteriormente pelo médico do nosocômio público. V – **Não havendo prova nos autos de erro médico da equipe do Hospital Universitário, a diversidade entre os diagnósticos, na ausência de outros elementos, só pode sugerir a existência de hérnia bilateral, como asseverara, em sua contestação, a Universidade Federal do Rio de Janeiro.** VI – Ademais, as assertivas feitas pelo autor, desde que não demonstradas, têm via dupla, vale dizer, poderiam, noutro turno, indicar, em razão de erro médico, a responsabilidade do médico subscritor do diagnóstico que discrepara daquele lançado no prontuário do Hospital Universitário." (TRF 2ª R. – AC 2001.02.01.010618-2/RJ – 7ª T. – Rel. Des. Fed. Sérgio Schwaitzer – DJU 2 08.03.2006).

Pois bem, o STJ adota uma posição restritiva acerca da responsabilidade objetiva dos hospitais fazendo-a dependente da comprovação da responsabilidade subjetiva dos médicos, vejamos:

"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. (**STJ**, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 16/06/2005, T4 - QUARTA TURMA). (grifos postos).

"CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO ASSISTENTE E DO HOSPITAL. CONDUTA DANOSA DERIVADA EXCLUSIVAMENTE DA AÇÃO DO MÉDICO ASSISTENTE. NATUREZA SUBJETIVA. A AUSÊNCIA CULPA DO MÉDICO REPERCUTE NA RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. 1. **A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia).** (**STJ** - AgRg no REsp 1385734/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 01/09/2014) APC 20140710195985 DF 0000987-20.1998.8.07.0007 Relator(a): GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA Julgamento: 19/11/2014 Órgão Julgador: 1ª Turma Cível. TJDFT". (grifos postos)

Em todo o sistema protecionista a única exceção prevista para a responsabilização objetiva para os acidentes do consumo está os serviços prestados por

profissionais liberais, dentre eles o médico, para os quais manteve-se o sistema tradicional baseado na culpa.

Assim, a respeito da responsabilidade do médico haverá necessidade de prova da violação do dever de conduta, por tratar-se de uma obrigação de meio.

Assim, o que se pode extrair é justamente o que aponta a doutrina de Felipe Peixoto Braga Neto (Manual do Direito do Consumidor, 2014, Juspodivm, Salvador, p.203): "O dano decorre de fatos e circunstâncias próprias do estabelecimento hospitalar (ausência de equipamentos, equipamentos estragados, ausência de medicamento ou medicamento estragados, más condições de higiene etc.);O dano decorre de erro médico ou dano causado por médico ou enfermeiro."

O dano decorre de fatos e circunstâncias próprias do estabelecimento hospitalar (ausência de equipamentos, equipamentos estragados, ausência de medicamento ou medicamento estragados, más condições de higiene etc.);

O dano decorre de erro médico ou dano causado por médico ou enfermeiro."

Neste sentido, os julgamentos refletem a necessidade de prova pericial quando houver responsabilidade objetiva da clinica/hospital diretamente ligada á atuação do médico cuja culpa de atuação terá que se comprovar. Neste sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA – REALIZAÇÃO DE 4 (QUATRO) INTERVENÇÕES PARA A IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE DE SILICONE – RESULTADO INSATISFATÓRIO – OCORRÊNCIA DE CICATRIZAÇÃO INESTÉTICA, DESLOCAMENTO DO ENXERTO DENTRO DA CAVIDADE MAMÁRIA, PTOSE CONTINUADA, SINMASTIA (CONFLUÊNCIA MEDIAL DOS SEIOS COM DESCOLAMENTO DA PELE INTERMEDIÁRIA E FORMAÇÃO DE MASSA MAMÁRIA ÚNICA) E DEFORMAÇÃO DAS AURÉOLAS MAMILARES – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE PELA PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – INICIATIVA RECURSAL TRÍPLICE, DA CLÍNICA, DO MÉDICO E DA AUTORA – PRELIMINAR 1 – ILEGIMIDADE PASSIVA DA CLÍNICA ADMINISTRADA PELO MÉDICO QUE CONDUZIU AS CIRURGIAS PLÁSTICAS – ACOLHIMENTO – CONSULTAS MÉDICAS REALIZADAS PELO ESCULÁPIO ENQUANTO PROFISSIONAL LIBERAL – NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA – OPERAÇÕES NÃO REALIZADAS SOB A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA – ATOS MÉDICOS REALIZADOS EM OUTRA CLÍNICA, A QUAL NÃO COMPÕE O PÓLO

PASSIVO DA LIDE – CARÊNCIA DE AÇÃO NESTE TOCANTE – EXTINÇÃO PARCIAL DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (ART. 267, VI, DO CPC) – PRELIMINAR 2 – PRESCRIÇÃO – APLICAÇÃO DO CDC AOS SERVIÇOS MÉDICOS – PRAZO QUINQUENAL NÃO EXAURIDO À TOTALIDADE – TESE RECHAÇADA (ART. 27 DO CDC) – PRELIMINAR 3 – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO REALIZAÇÃO, NA ORIGEM, DE PROVA PERICIAL – CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA DETERMINADA MONOCRATICAMENTE PELO RELATOR ORIGINÁRIO QUE, EM ÚLTIMA ANÁLISE, EXAURIU O OBJETO DA PREFACIAL – PERÍCIA REALIZADA – MÉRITO – CIRURGIA ESTÉTICA – PROCEDIMENTO ELETIVO EMBELEZADOR – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA, FUNDADA NA CULPA, QUE, TODAVIA, FUNDA-SE SOBRE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO DETERMINADA INITIO LITIS (ART. 6º, VIII, DO CDC) – AUTORA QUE DEMONSTRA, ESTREME DE DÚVIDAS, MEDIANTE ILUSTRAÇÕES FOTOGRÁFICAS, A PIORA NA DIAGRAMAÇÃO ESTÉTICA DE SEUS SEIOS APÓS AS SUCESSIVAS OPERAÇÕES – LAUDO PERICIAL SUBSTANCIALMENTE INCONCLUSIVO QUE APONTA A NÃO OCORRÊNCIA DE FALHA TÉCNICA OU INCORREÇÃO PROCEDIMENTAL – EVASIVAS, PORÉM, PROVOCADAS PELA INCOMPLETUDE DA PROVA – PRONTUÁRIOS MÉDICOS EXTRAVIADOS DA CLÍNICA ONDE FORAM REALIZADOS OS ATOS MÉDICOS – PROFISSIONAL QUE NÃO APRESENTA IMAGENS COMPARATIVAS DE "ANTES E DEPOIS" DE CADA INTERVENÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE AS SEQUELAS SÃO **IATROGÊNICAS**, DERIVADAS DE REAÇÃO INESPERADA DO ORGANISMO, DE MAUS CUIDADOS PÓS-OPERATÓRIOS, OU MESMO OCASIONADAS EM MOMENTO ANTERIOR ÀS CIRURGIAS – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – EXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR OS DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO, ESTES DE FORMA CUMULATIVA – EXCLUSÃO, DO MONTANTE INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANO MATERIAL, DO VALOR PAGO PELA DEMANDANTE RELATIVAMENTE À PRÓTESE IMPLANTADA, DA QUAL FAZ USO ATÉ OS DIAS DE HOJE – MINORAÇÃO DAS VERBAS REPARATÓRIAS FIXADAS A TÍTULO DE DANOS MORAL E ESTÉTICO, A FIM DE ADEQUÁ-LAS À DIMENSÃO DO ILÍCITO E À EXTENSÃO DO DANO – VALOR ARBITRADO NA SENTENÇA QUE REPRESENTA, ATUALMENTE, CIFRA MUITO SUPERIOR ÀQUELA USUALMENTE PRATICADA EM CASOS ANÁLOGOS – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE OS DANOS PESSOAIS INCIDENTES DESDE A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA RECONHECEDORA DO DEVER DE INDENIZAR – PRECEDENTES DA CÂMARA, DA CORTE E DO STJ – 1- O magistrado não está adstrito às conclusões derivadas do laudo pericial, podendo formar seu juízo de convicção a partir de outros elementos de igual quilate constantes da prova carreada que apontem em sentido contrário (art. 436 do CPC). **2- A responsabilidade civil dos médicos e profissionais da saúde não se enquadra na categoria de responsabilização objetiva, em razão da exceção normativa contida no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, baseando-se não na "teoria do risco", mas, sim, na "teoria da culpa", tal qual dispõem os arts. 186 e 927 do Código**

> **Civil.** 3- Considerada a relação de consumo, a hipossuficiência técnica do consumidor e a verossimilhança de suas alegações, é sempre possível, como medida de instrução, a inversão do ônus da prova para que seja atribuído ao médico o dever de comprovar a higidez do procedimento - Sem que se impinja ao paciente o ônus de realizar prova fora de seu alcance. 4- Em tema de responsabilização civil dos médicos, sabe-se plenamente que, de regra, ela é analisada tendo em consideração que a obrigação desses profissionais é "de meio", contudo, tratando-se de cirurgias plásticas eletivas, a Orientação Jurisprudencial dominante reconhece, excepcionalmente, tratar-se de obrigação "de resultado". 5- O cirurgião esteticista que se propõe a aformosear determinada parte do corpo do paciente, responde civilmente caso o desfecho do ato médico seja, em termos objetivos, manifestamente inferior à situação estética pretérita, presumindo-se a culpa na hipótese de não comprovar que o resultado atingido foi provocado por evento completamente alheio ao seu nível de atuação, por idiossincrasias próprias ao organismo da paciente (**iatrogenia**), por complicações pós-operatórias atribuídas ao mau-cuidado ou a qualquer outra circunstância imprevisível anterior ao ato cirúrgico ou a ele superveniente. 6- A reparação estética, considerados os contornos da causa de pedir e do pedido, pode caracterizar obrigação de duplo caráter: o primeiro diz com a necessidade de a indenização pecuniária buscar, como resultado da demanda, o custeio de tratamentos de variadas naturezas (cirurgia reparadora, por exemplo), enquanto que o segundo, por se ater a lesões anímicas (dor, depressão, tristeza, angústia, frustração, vergonha), cuida de reparar os transtornos psíquicos experimentados pela vítima do infortúnio. RECURSO DA CLÍNICA PROVIDO, APELO ADESIVO DO MÉDICO PARCIALMENTE PROVIDO E RECLAMO SUBORDINADO DA AUTORA IMPROVIDO. (TJSC – AC 2011.098743-8 – Rel. Des. Eládio Torret Rocha – DJe 19.05.2015).

A equiparação da relação médico/paciente à relação fornecedor/consumidor pode parecer em princípio inaceitável. No entanto, revendo tal posição, através correntes doutrinárias e jurisprudenciais, conclui-se que os comandos do Código de Defesa do Consumidor **ampliaram para o médico o direito de defesa.**

Ou seja, para se responsabilizar o médico no exercício de sua função personalíssima é preciso que se instrua a prova para perquirir se na sua atuação houve negligência, imprudência ou imperícia, pois o médico exerce uma atividade de meio e através dela busca a cura que pode vir a não ser alcançada, podendo ocorrer das mais diversas formas de reação do paciente durante o tratamento. E o médico, terá, portanto, a oportunidade de provar que atuou com prudência e diligência. Por esta razão, conforma-se aos princípios da obrigação de meios, obrigar aos médicos a estabelecerem a certeza de que não atuam com culpa.

Em resumo, ao médico deve ser dada a oportunidade de demonstrar, diante da frustração da finalidade perseguida que não atingiu seu objetivo pela interferência de fatores imprevisíveis e imponderáveis por certa fatalidade, ou por outros aspectos e circunstancias subjacentes à saúde do paciente **(iatrogenia),** que não conhecia ou não tinha como conhecer, ainda que agindo no exercício de seu mister com todo cuidado e diligência. Ou seja, que o seu objetivo que era o de curar o paciente, chocou-se com riscos outros que não podia antever e contra as quais não pôde lutar[1].

Neste sentido a ementa abaixo bem representa a questão:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – DANO MORAL – ERRO MÉDICO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA O HOSPITAL E O PLANO DE SAÚDE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA, SOLIDÁRIA E CONCORRENTE – NEXO DE CAUSALIDADE MANTIDO QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – DIREITO DE REGRESSO – RELAÇÃO DE CONSUMO FATO DO SERVIÇO – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA ECONOMIA PROCESSUAL – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – CULPA MÉDICA COMPROVADA – DIREITO DE REGRESSO GARANTIDO – 1- **A discussão sobre erro médico cometido por profissional com vínculo jurídico com o hospital, relação contratual, faz recair sobre o nosocômio a responsabilidade objetiva acerca dos danos.** Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. **De igual modo, a operadora de serviço médico responde pelos serviços médicos prestados ao usuário-consumidor porque escolhe a rede-credenciada que irá fornecer os serviços contratados, desde a eleição do plantel de médicos, bem como o rol das instituições hospitalares conveniadas, quando não for proprietária destas, respondendo os fornecedores de forma objetiva, solidária e concorrente, nos moldes do art. 14 do CDC.** 2- Pelo cotejo do acervo probatório, emerge dos autos que ocorreu defeito no serviço, pois a prestação dos serviços médicos não ofereceu a segurança que o consumidor dele podia esperar, já que a paciente tinha uma expectativa legítima de que os sintomas apresentados fossem tratados adequadamente, contudo, não o foi, revelando inegável frustração a essa expectativa, uma vez que, em apenas quarenta e oito (48) horas após o primeiro atendimento, o quadro de vômito e diarréia se transformou numa infecção generalizada e incontrolável, com fortes indícios de que o diagnóstico correto seria meningite, o que não foi detectado pelos médicos do hospital, restando comprovado a relação de causa e efeito entre fato do serviço e o evento morte da paciente. 3- Além disso, a operadora do plano de saúde não poderia ter recusado a internação da

[1] KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 5ª Edição revista e atualizada à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.146-147.

paciente sob o fundamento de prazo de carência, pois a menor fazia jus à cobertura porque o caso era de inegável emergência, aplicando-se o artigo. 12, inciso V, alínea "c", da Lei nº 9.656/98. 4- No arbitramento do dano moral incumbe ao magistrado considerar como parâmetro para a fixação de uma indenização justa às peculiaridades e as dimensões dos prejuízos suportados no caso concreto, a condição sócio-econômica da vítima, a capacidade econômica do ofensor, a natureza e extensão do dano e o grau de culpa do autor, devendo o quantum ser moderado e equitativo, para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro, neste sentido, o dano moral será majorada. 5- Não se admite a denunciação da lide nos processos onde se discute defeito do serviço (art. 14 do CDC), conforme entendimento jurisprudencial contido no REsp 1165279/SP: "A vedação à denunciação da lide prevista no art. 88 do CDC não se restringe à responsabilidade de comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC). 2- Revisão da jurisprudência desta Corte. 3- RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO (REsp 1165279/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 28/05/2012. 6) Na hipótese, o contraditório e a ampla defesa da lide secundária foram observados, assim, levando o estado do processo, é possível o exame da denunciação da lide com base nos princípios da razoável duração do processo e economia processual. 7- A responsabilidade civil da lide interna é apurada com base na culpa subjetiva do profissional, com afinco nos artigos 932, inciso III, 933 e 934, ambos do Código Civil, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. 8- Segundo orientação doutrinária e jurisprudencial a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva em face da natureza da obrigação por ele assumida, sendo de meio e não de resultado, uma vez que, nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente. 9- Reconhece-se, todavia, a responsabilidade civil do profissional de medicina que, mesmo sabedor de sintomas graves na paciente, não determina a realização de exames necessários para desvendar a origem do evento, ministrando medicamentos paliativos, ensejando quadro infeccioso e culminando com a morte da vítima. 10- Comprovando-se o erro médico cometido por profissional que tem responsabilidade solidária em reparar danos decorrentes de acidente de consumo, é devido o direito de regresso pelos fornecedores em face do causador do dano. (TJAP – Ap 0033042-33.2010.8.03.0001 – C.Única – Relª Desª Sueli Pereira Pini – DJe 18.12.2013 – p. 81).

Ressalte-se, em arremate, que este sistema de exceção não atinge as pessoas jurídicas, assim, **quanto as Clinicas e Hospitais a responsabilidade é objetiva,** porque com a entrada em vigor do Código Civil não é mais necessária a responsabilização pela *culpa in elegendo* ou *in vigilando* do empregador pelos atos de seus prepostos.

Assim, preconiza o artigo 932, inciso III, do Código Civil, que também respondem civil e objetivamente: "III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele".

A jurisprudência, todavia, contraria as conclusões dos doutrinadores fazendo exceções, *verbis:*

> **Responsabilidade civil. Hospital. Ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor. Responsabilização objetiva. Inadmissibilidade. Hipótese de exercício de profissão liberal, na media em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico. Necessidade de prova de que o réu agiu com culpa ou com dolo. Art. 14, § 3º, do referido Código. Recurso não provido.1. em ação de indenização contra hospital, ajuizadas com base no Código de Defesa do Consumidor, embora se trate de pessoa jurídica, a ela não se aplica a responsabilização objetiva, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico. Aplicável o § 4º, do art. 14, do referido Código. (RJTJSP-Lex 141/248). (grifamos propositalmente).**

Em outros arrestos se constata que, em havendo pedido de indenização a hospitais e clinicas, com base em erro médico, para imputar a responsabilidade objetiva do nosocômio há necessidade de prova de que o médico agiu por dolo ou culpa, *verbis:*

> CIVIL E PROCESSUAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA IDENTIFICADA – IMPERÍCIA MÉDICA NA ADMINISTRAÇÃO DE ANESTESIA – CULPA – PROVA – MATÉRIA DE FATO – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 7-STJ – INCIDÊNCIA – DANO MORAL DEVIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PREVIAMENTE – EMBARGOS INFRINGENTES – SUCUMBÊNCIA FIXADA ANTE ALTERAÇÃO DO JULGAMENTO PROCEDIDO EM 2º GRAU – JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO OCORRIDO. I. **Identificada a ocorrência de erro médico na anestesia do paciente com base nos elementos fáticos dos autos, a condenação lastreou-se na responsabilidade subjetiva do hospital onde efetuado o tratamento e a revisão da matéria esbarra no óbice da Súmula n. 7 do STJ**. II. O ilícito civil lastreado em culpa não afasta o cabimento do dano moral. III. Recurso especial interposto contra acórdão da apelação, sem ratificação após haver sido o tema alusivo à verba honorária decidido em sede de embargos infringentes. IV. Caso, ademais, em que não houve julgamento *extra petita*, pois a sentença de improcedência foi reformada em 2a instância e, daí, fixada a sucumbência pelo acórdão, ante o resultado do julgamento colegiado. V. Recurso especial não conhecido. (STJ – REsp 244838 – MG – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 26.06.2006, p. 148).(grifos postos).

ADMINISTRATIVO – CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MATERIAIS E MORAIS – ALEGADA FALHA NO ATENDIMENTO MÉDICO PRESTADO PELO SUS – MENOR PORTADOR DE PARALISIA OBSTÉTRICA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO MPF – DIREITO INDIVIDUAL DISPONÍVEL – I- Apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença prolatada em ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, movida por Alan Kassio Rodrigues dos Santos Rosendo, menor incapaz, representado por seu pai, Alexandre dos Santos Rosendo, mediante a qual persegue indenização por danos patrimoniais e morais imputados à União Federal, em decorrência de suposta falha no atendimento médico prestado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). II- A Súmula 99, do STJ, estabelece que "O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte." III- À vista da documentação acostada aos autos, tem-se por incontroverso o fato de que o autor efetivamente tem paralisia obstétrica. O documento de fl. 22 atesta que o parto ocorreu na Casa de Saúde Paulo Neto, do Hospital Sanatório, responsável pela área de obstetrícia do Sistema Único de Saúde (SUS). IV- O laudo pericial constante dos autos atesta a inexistência de erro médico, ao considerar que um médico plantonista não teria como saber se naquele caso específico existiria desproporção céfalo-pélvica, ainda que esta fosse detectável por mero exame físico, já que, por vezes, não há como interromper um parto normal em andamento, para indicação de cesariana, já que "Por isto, algumas vezes este acidente de parto é inevitável, não podendo, neste caso, ser classificado como erro médico, ao nosso parecer". V- Apelação improvida. (TRF 5ª R. – AC 2007.80.00.007921-2 – (477277/AL) – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Conv. Ivan Lira de Carvalho – DJe 10.07.2015 – p. 48).

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – CIVIL E CONSUMIDOR – ERRO MÉDICO – Responsabilidade dos médicos cirurgião e anestesista. Culpa de profissional liberal (CDC, art. 14, § 4º). Responsabilidade pessoal e subjetiva. Predominância da autonomia do anestesista, durante a cirurgia. Solidariedade e responsabilidade objetiva afastadas. 1. Não se conhece dos embargos de divergência apresentados pela clínica, pois: (I) ausente o necessário cotejo analítico entre os acórdãos embargado e paradigma, para fins de comprovação da divergência pretoriana (RISTJ, arts. 255, §§ 1º e 2º, e 266, § 1º); e (II) o dissídio apontado baseia-se em regra técnica de conhecimento do recurso especial. 2. Comprovado o dissídio pretoriano nos embargos de divergência opostos pelo médico cirurgião, devem ser conhecidos. 3. A divergência cinge-se ao reconhecimento, ou afastamento, da responsabilidade solidária e objetiva (CDC, art. 14, caput) do médico-cirurgião, chefe da equipe que realiza o ato cirúrgico, por danos causados ao paciente em decorrência de erro médico cometido exclusivamente pelo médico-anestesista. 4. Na medicina moderna a operação cirúrgica não pode ser compreendida apenas em seu aspecto unitário, pois frequentemente nela interferem múltiplas especialidades médicas. Nesse contexto, normalmente só caberá a

> responsabilização solidária e objetiva do cirurgião-chefe da equipe médica quando o causador do dano for profissional que atue sob predominante subordinação àquele. 5. No caso de médico anestesista, em razão de sua capacitação especializada e de suas funções específicas durante a cirurgia, age com acentuada autonomia, segundo técnicas médico-científicas que domina e suas convicções e decisões pessoais, assumindo, assim, responsabilidades próprias, segregadas, dentro da equipe médica. Destarte, se o dano ao paciente advém, comprovadamente, de ato praticado pelo anestesista, no exercício de seu mister, este responde individualmente pelo evento. 6. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, caput, prevê a responsabilidade objetiva aos fornecedores de serviço pelos danos causados ao consumidor em virtude de defeitos na prestação do serviço ou nas informações prestadas – fato do serviço. Todavia, no § 4º do mesmo artigo, excepciona a regra, consagrando a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. Não há, assim, solidariedade decorrente de responsabilidade objetiva, entre o cirurgião-chefe e o anestesista, por erro médico deste último durante a cirurgia. 7. No caso vertente, com base na análise do contexto fático-probatório dos autos, o col. Tribunal de Justiça afastou a culpa do médico-cirurgião – chefe da equipe –, reconhecendo a culpa exclusiva, com base em imperícia, do anestesista. 8. Embargos de divergência da clínica não conhecidos. 9. Embargos de divergência do médico cirurgião conhecidos e providos.” (STJ – EREsp 605.435/RJ – 2ª S. – Relª Min. Nancy Andrighi – Rel. p/o Ac órdão Min. Raul Araújo – J. 14.09.2011 – DJe 28.11.2012).

Em outros arestos em cujos casos é aplicada a teoria da responsabilidade objetiva constata-se que o dano não está ligado à atitude prestacional de trabalho médico mas à **etiologia** da atividade hospitalar. Confira-se:

> APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL – **APLICAÇÃO INTRAVENOSA DE DOPAMINA – EXTRAVASAMENTO PARA TECIDOS ADJSCENTES – LESÕES NECRÓTICAS – CICATRIZES – PROVA DOCUMENTAL DA APLICAÇÃO – DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO HOSPITALAR CARACTERIZADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO** – Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte autora contra a sentença de improcedência exarada nos autos da ação indenizatória decorrente de falha na prestação de serviço hospitalar. DEVER DE INDENIZAR – O Código de Defesa do Consumidor atribui ao nosocômio responsabilidade objetiva por defeito na prestação do serviço, a qual resta afastada em caso de comprovação de que o defeito inexiste ou decorre de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do art. 14, caput e § 3º. **Não se cogita da culpa dos prepostos do hospital, pois não se trata de**

erro médico, mas de falha na prestação do serviço hospitalar. Sendo assim, ao nosocômio incumbe o ônus de afastar a responsabilidade pelo defeito na prestação do serviço, nos termos antes referidos. Ademais, embora tenha sido realizada perícia no feito, o julgador não está adstrito ao laudo pericial quando, através de outros elementos de prova constante dos autos, encontrar subsídios suficientes para formar sua convicção, a teor do que estabelece o art. 436 do CPC. A capacidade de a dopamina causar as lesões presentes nos membros superiores e inferiores da autora é demonstrada pela própria bula da medicação, que refere entre as reações adversas a necrose isquêmica tecidual superficial em caso de extravasamento. A negativa do hospital demandado quanto ao uso do medicamento enquanto a paciente esteve internada em seu estabelecimento restou rechaçada pela prova documental. O prontuário do nosocômio para onde a paciente foi transferida demonstra que a autora já chegou com acessos periféricos fora das veias, com extravasamento de dopamina e lesões necróticas, exatamente nos locais onde a demandante apresenta cicatrizes, o que demonstra, extreme de dúvidas, a falha na prestação do serviço e configura o dever de indenizar. DANO MATERIAL – A procedência do pedido de indenização por dano material depende de prova inequívoca da diminuição patrimonial de quem se diz lesado, encargo do qual a parte autora não logrou se desincumbir no caso concreto. DANO ESTÉTICO – Comunga este Relator do entendimento segundo o qual o dano estético deva ficar subsumido no dano moral, devendo ser analisado no arbitramento do "quantum". DANO MORAL – O dano moral se afigura "in re ipsa", pois decorre do próprio evento danoso. O "quantum" deve ser fixado de tal forma que o valor arbitrado não seja tão irrisório que sirva de desestímulo ao ofensor, nem tampouco exacerbado a ponto de implicar enriquecimento sem causa para a parte autora. Sendo assim, a quantia de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) se mostra adequada às particularidades do caso concreto. Ação julgada procedente em parte. Ônus sucumbenciais redimensionados. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA. (TJRS – AC 70042823666 – 6ª C.Cív. – Rel. Sylvio José Costa da Silva Tavares – J. 20.08.2015). (grifamos).

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL – ERRO MÉDICO – FALHA NO DIAGNÓSTICO DE LEPTOSPIROSE – FALECIMENTO – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – "QUANTUM" MANTIDO – PENSIONAMENTO MENSAL INDEVIDO – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS MAJORADOS – Trata-se de recursos de apelação interposto pela partes contra a sentença de parcial procedência proferida nos autos de ação de indenização por danos materiais e moral decorrente de erro médico. ILEGITIMIDADE PASSIVA – Tratando-se de ação indenizatória e havendo alegação na inicial de que o ato ilícito é de responsabilidade de ambos os requeridos, a análise da conduta do nosocômio integrante do polo passivo deverá ser analisada juntamente com o julgamento do mérito

da demanda, acarretando a procedência ou improcedência dos pedidos. DEVER DE INDENIZAR – O Código de Defesa do Consumidor atribui responsabilidade civil subjetiva ao médico por fato do serviço, nos termos do § 4º do art. 14. **Quanto ao nosocômio, a responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 14, caput e § 3º. Não obstante isso, nos casos em que o defeito na prestação do serviço do hospital não decorre de ato próprio da instituição, mas está ligado à atuação técnico-profissional do médico a ela vinculado, a responsabilidade do hospital passa necessariamente pela comprovação da culpa do seu agente. "In casu", o conjunto probatório coligido ao feito demonstrou a negligência no diagnóstico da doença que acometia a genitora das autoras que, em meio a surto de leptospirose ocorrido no Município de Pelotas em 1998, foi tardiamente constatada, em estágio avançado, após a realização de "pesquisa de lesptospira em campo escuro", exame não solicitado pela requerida.** PENSIONAMENTO – A procedência do pedido relativo ao pensionamento depende da exclusiva vinculação entre a conduta da parte ré e a produção do dano, circunstância não verificada na situação em comento, em que a mãe das autoras já chegou ao nosocômio acometida da patologia que ocasionou seu falecimento. "QUANTUM" – O dano moral deve ser fixado de tal forma que o valor arbitrado não seja tão irrisório que sirva de desestímulo ao ofensor, nem tampouco exacerbado a ponto de implicar enriquecimento sem causa para a parte autora. Sendo assim, a quantia fixada pelo juízo de origem, R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), se mostra adequada às particularidades do caso concreto. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Para fixação do valor a ser arbitrado a título de honorários advocatícios, devem ser respeitados os pressupostos elencados no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, com observância do grau de zelo do profissional, do local da prestação do serviço e, principalmente, da natureza e importância da causa. Imperiosa a majoração da verba de sucumbência para 20% sobre o valor da condenação, mormente em razão da dilação probatória e do longo trâmite processual. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL AFASTADA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DOS RÉUS DESPROVIDAS. (TJRS – AC 70043086446 – 6ª C.Cív. – Rel. Sylvio José Costa da Silva Tavares – J. 20.08.2015). (grifos propositais).

Neste sentido de pensar, adverte KFOURI NETO, "o laço causal deve ser demonstrado às claras, atando as duas pontas que conduzam à responsabilidade. Se a vítima sofre o dano, mas não se evidencia o liame de causalidade com o comportamento do réu, improcedente será o pleito[2]".

[2] KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 5ª Edição revista e atualizada à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 90-91.

E segue o mencionado autor que, por exemplo, no caso de infecção hospitalar, seja por qualquer outra lesão sofrida pelos pacientes em razão dos serviços de internação, não se inclui na regra do art. 1.545 do CC (obrigação de meio). Aplica-se-lhes, portanto, a teoria comum da responsabilidade contratual, segundo a qual o contratante se presume culpado pelo não alcance do resultado a que se obrigou.

Não se trata de teoria pura do risco, porque sempre será licito ao hospital provar a não-ocorrência de culpa para eximir-se do dever de indenizar. Mas o ônus da prova da culpa não caberá, como ocorre no caso de erro médico, ao paciente ofendido. Quem se apresenta como vítima de lesão sofrida durante internamento somente terá de provar, para obter a competente indenização, o dano e sua verificação coincidente com sua estada no hospital. A culpa estaria presumida contra o estabelecimento, até prova em contrário[3].

Isto porque a responsabilidade objetiva de Hospitais e Clínicas só está ligada às suas atividades prestacionais de adequação de serviços de internamento, como higiene, tratamento de enfermaria, atenção e cuidados na condução das prescrições médicas para o paciente, e tantos outros. Quando não estiver ligada à ação do médico, ainda que a ele vinculado por uma relação de trabalho ou prestação de serviços, sua responsabilidade objetiva dependerá da prova da culpa do médico para desvendar o nexo de causalidade entre fato e dano.

Assim, repise-se, que se estivesse o fato gerador do dano circunscrito a um defeito na prestação de serviços tais como higiene, atenção no atendimento, primeiros socorros, aparelhamento, qualquer falha estaria ligada à responsabilidade objetiva por má prestação de serviço, responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 14, caput e § 3º.

Ao contrário, o serviço prestado e apontado como defeituoso foi o atendimento médico de profissional liberal, exercido pessoalmente e de forma personalíssima, não podendo gerar a responsabilidade objetiva, ainda que este mantivesse com a Clínica vínculo empregatício.

Alvino Lima ao estabelecer parâmetros para determinar ou não a responsabilidade do comitente por seus prepostos, **deixa clara a necessidade do nexo**

[3] KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 5ª Edição revista e atualizada à luz do novo Código Civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p 9-2, pp. 125-126

etiológico entre o agir do empregado e o resultado danoso: 1) um laço de conexidade ou de causalidade entre a função e a culpa da qual promana o dano, o comitente é responsável, ainda que seu preposto tenha agido espontaneamente, sem ordens e nem instruções, ou mesmo quando tenha agido contra as instruções recebidas, ou contra uma proibição formal que lhe tenha sido feita;2) o comitente responderá sempre pelos atos culposos do preposto praticados para atingir o fim das funções, mesmo que estes atos sejam o fruto da desobediência ou de um abuso;3) todas as vezes que o preposto tenha agido por conta do comitente, seja por sua ordem, seja simplesmente no seu interesse, mesmo sem instruções, ou contra as mesmas. O comitente será responsável; 4) o comitente é responsável, quando o preposto agir no seu interesse pessoal, desde que ele se tenha aproveitado das facilidades particulares que lhe confere o exercício das funções; 5) em caso de abuso de funções, o comitente deixa de ser responsável, se a vítima tinha conhecimento de que o preposto agira fora de suas funções;6) se a vítima considera o preposto como agindo por conta própria, não poderá invocar a responsabilidade do comitente; 7) se a vítima acreditou de boa-fé que o preposto agiu no exercício regular de suas funções, ou na existência de um preposto aparente, poderá surgir a responsabilidade do comitente, se este foi culpado da aparência prejudicial á vítima" [4].

O Código de Defesa do Consumidor deixou evidenciado que para se averiguar a responsabilidade *intuito personae* dos profissionais liberais, sistema alicerçado na culpa, há se dirigir a instrução da prova para os elementos que causaram a lesão, se por falha na atuação do profissional ou em negligência técnica. **Necessária, portanto, a elasticidade desta prova para cumprir o quanto previsto no § 4º, do art. 14, do CDC, não podendo ser presumidas estas ações.**

Diante do exposto, **VOTO** no sentido de **DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA ACOLHER A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA POR COMPLEXIDADE DA CAUSA E ANULAR A SENTENÇA, EXTINGUINDO O FEITO SEM APRECIAÇAO DE MÉRITO**, nos termos do art. 2º, 3º e 51, inciso II da lei 9.099/95. Recorrente vencedor, sem custas e sem honorários.

Salvador, Sala das Sessões, em 11 de maio de 2016.

[4]LIMA, Alvino. A Responsabilidade civil pelo fato de outrem. São Paulo:ed.RT,2000, p 282-283.

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
PODER JUDICIÁRIO
Terceira Turma Recursal

ACÓRDÃO

Realizado julgamento do recurso do processo acima epigrafado, a TERCEIRA TURMA, composta dos Juízes de Direito, **NICIA OLGA ANDRADE DE SOUZA DANTAS, MARCELO SILVA BRITTO e KARLA KRISTIANY MORENO DE OLIVEIRA,** decidiu, à unanimidade de votos, **DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA ACOLHER A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA POR COMPLEXIDADE DA CAUSA E ANULAR A SENTENÇA, EXTINGUINDO O FEITO SEM APRECIAÇAO DE MÉRITO**, nos termos do art. 2º, 3º e 51, inciso II da lei 9.099/95. Recorrente vencedor, sem custas e sem honorários.

Salvador, Sala das Sessões, em 11 de maio de 2016.

NICIA OLGA ANDRADE DE SOUZA DANTAS
Juíza Relatora