

A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NAS ATIVIDADES DO PROFISSIONAL CIRURGIÃO PLÁSTICO

Juliane Maria Zachow Catine & Gislaine Luka ⁷

1. Introdução. 2. Obrigação De Meio E De Resultado. 3. Responsabilidade Solidária. 4. Anestesiologista. 5. Responsabilidade Civil do Hospital. 6. Excludentes De Responsabilidade Do Médico. 7. Culpa Exclusiva/Concorrente Da Vítima. 8. Fato De Terceiro. 9. Caso Fortuito Ou De Força Maior.

RESUMO

O presente artigo trata da responsabilidade solidária entre o Médico e o corpo clínico que envolve as cirurgias plásticas, e tem por objetivo examinar a responsabilidade dicotômica em proporção de cada qual. Não obstante, tem-se em complemento, uma leitura acerca das situações que inviabilizam a atribuição de responsabilidade ao Médico Cirurgião e seus desdobramentos. O método de desenvolvimento do presente artigo está lastreado na pesquisa bibliográfica atinente a relação Médico-Paciente e direito, na consulta a legislação pátria vigente, a periódicos e etc. Tem se como resultado de pesquisa um material conciso e elucidativo a respeito da cirurgia plástica, no que toca a responsabilidade solidaria entre os profissionais e as entidades hospitalares, haja vista a questão de obrigação envolta aos resultados, benefícios e prejuízos na vida de um paciente antes-durante-após um procedimento cirúrgico.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Cirurgia Plástica. Cirurgia Estética. Responsabilidade Subjetiva. Médico.

ABSTRACT

The present article deals with the joint responsibility between the Physician and the clinical body that involves the plastic surgeries, and aims to examine the dichotomous responsibility in proportion of each one. Nevertheless, it is a complement, a reading about the situations that make unfeasible the attribution of responsibility to

⁷ Acadêmicas do 10º período do Curso de Direito da Instituição Dom Bosco e integrantes do Grupo de Pesquisa em Direito do Consumidor e Direitos Culturais, coordenado pelo Prof. Dr. Marcelo Conrado.

the Physician Surgeon and its unfolding. The method of development of the present article is based on the bibliographical research concerning the relationship Doctor-Patient and law, in the consultation the current national legislation, to periodicals and etc. As a result of the research, there is a concise and elucidative material regarding plastic surgery, regarding the joint responsibility between professionals and hospital entities, given the question of obligation involved in the results, benefits and losses in the life of a patient before -during- after a surgical procedure.

Keywords: Civil Responsibility. Plastic Surgery. Aesthetic Surgery. Subjective Responsibility. Doctor.

1 INTRODUÇÃO

Num primeiro momento, o trabalho apresentará os elementos essenciais para que, nessa relação jurídica paciente/profissional médico haja, de fato, a caracterização da responsabilidade civil. Num segundo momento, que não colide com o primeiro, apresentar-se-á algumas tratativas que comumente não são lembradas quando a responsabilidade dos demais profissionais, nesse caso em especial a do anestesiológico.

Tendo em conta que os contratos estão inseridos no ramo jurídico que, por sua vez gera obrigações e, em decorrência dessas, incidem na responsabilidade civil por situações não cumpridas decorrentes do contrato firmado, ou ainda, por razões nele não previstas que tenham gerado inconformismo, cumpre esclarecer que essa relação jurídica existente entre paciente e o profissional médico.

As excludentes de responsabilidade do médico serão objeto de explanação após a concepção da relação Médico-Paciente.

2 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

Sabendo que a relação jurídica formalizada pelas partes (paciente/médico) gera uma obrigação, cumpre assinalar acerca dessas. Há de ser observados de antemão a diferença entre obrigação e responsabilidade, termos estes que não se confundem. Responsabilidade é a “obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem”⁸ enquanto a obrigação é um dever prin-

8 SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico Conciso/ De Plácido e Silva; Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 1º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 642

cial que dela decorrem, se cumprida extingue-se e caso não seja cumprida surge a anterior responsabilidade.

Neste escólio, cumpre esclarecer que a obrigação que assume o profissional de saúde ser de meio ou de resultado, antes de tudo é obrigação contratual, por meio do contrato de prestação de serviços de saúde. Infere-se que, quando do início do trabalho do profissional médico, o paciente já tenha outorga do consentimento informado a este.

Para a formalização da obrigação de meio ou de resultado é necessária a prévia formalização do negócio jurídico, no qual será manifestada a vontade das partes, pois esse será o elemento caracterizador da obrigação. Como exemplo, aponta Roberto⁹.

Pode-se citar a situação na qual um paciente busca certo tratamento médico, podendo ser inclusive uma cirurgia plástica estética (nariz). Imagine-se um profissional de saúde, um médico-cirurgião, que, na consulta, mostra, numa tela de computador, vários formatos de nariz e solicita que a cliente escolha um de seu agrado, prometendo que, após a cirurgia, o nariz ficará como o do formato escolhido. Neste momento, concretiza-se a relação entre as partes, tendo por objeto uma obrigação de resultado.

Por outro lado, se, nas mesmas circunstâncias, ao invés de o médico afirmar à paciente que seu nariz ficará naquele molde, disser que com o auxílio de sua experiência profissional, das técnicas modernas que utiliza, e do aperfeiçoamento obtido em cursos que realizou no País e no exterior, disponibilizará toda sua diligência para adequar ao melhor formato o nariz da paciente, mas que não poderá garantir que ficará igual ao de outra pessoa, uma vez que cada indivíduo tem suas características específicas e que nenhum ser humano é igual a outro, estará instalando-se uma relação com obrigação de meios.

Diante disso é possível perceber que, não é o tipo de relação contratual que irá determinar se a obrigação será de meio ou de resultado, mas sim a vontade das partes. Nesse sentido, uma cirurgia plástica estética ou reparadora, anestesia, tratamento médico, serviços de odontologia, não é o determinante para caracterizar a obrigação de meio ou de resultado, podendo cada uma delas ora ser de meio, ora ser de resultado de acordo com a declaração de vontade das partes.

Nesse prisma, surge levantar questão que deve ser ponderada. É possível, de fato, o profissional médico se comprometer a garantir um resultado, no caso da

9 ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado. Curitiba: Juruá, 2005, p.191.

responsabilidade médica, no corpo humano?

A obrigação de meio é caracterizada pelo fato de o devedor da obrigação se empenhar na atividade, diligentemente, ainda que não atinja o resultado esperado passo que não obrigação de resultado essa só será cumprida se o resultado esperado for atingido.

Roberto aponta que o responsável pela distinção dessas obrigações foi o jurista francês René Demongue, na obra *Traité des obligation sem général*. Tal trabalho foi de grande importância para a seara da responsabilidade civil. Demongue apud Roberto ¹⁰.

O profissional liberal (médico, advogado) responde por obrigação de meio, não de resultado. Ele não deve ser responsável se o cliente não se cura. Ele promete somente cuidados atenciosos, e o cliente deve provar a culpa do médico e a relação causal entre a culpa e o ato danoso.

É nesse sentido que advoga Guimarães quando diz que o médico não deve prometer resultados de sua atuação profissional aos seus pacientes, que “seu compromisso e resume em prestar sempre um serviço diligente e cuidadoso, de acordo com os recursos técnicos existentes, dos quais se possa utilizar”¹¹.

Por outro lado, há quem defenda que a cirurgioplástica se trata de obrigação de resultado. É justamente o que defende Gomes¹².

Nas obrigações de resultado, é exatamente o fim que importa ao contratante, devendo o profissional contratado atingi-lo, pois a isto se compromete, garantindo-o. A não realização do resultado esperado implica no inadimplemento contratual. Resta nítido que, se não fosse pelo resultado esperado, não seria celebrado o contrato.

Como se vê, ao ser contratado para a realização de cirurgia estética, geralmente custosa, o médico, em regra, se obriga a atingir determinado resultado, assegurando sua realização. Obriga-se a corrigir orelhas de abano de certo paciente, deve corrigi-las, com êxito, sob pena de inadimplemento. Distingue-se, em muito, pois, da obrigação assumida pelo cirurgião plástico, por exemplo, é contratado para

10 ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado. Curitiba: Juruá, 2005, p.191.

11 GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. Responsabilidade médico-hospitalarem face do direito do consumidor. In: Revista de Direito Privado. Vol.10. Ano 3. Abr.- jun. 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.131.

12 GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. In: Revista de Direito Privado. vol.12. Ano3. Out.-dez. 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 85.

recuperar pele da face queimada em acidente de trânsito. Aqui, não há obrigação de atingir resultado estético algum, e nem poderia o facultativo prometer a recuperação total da pele lesionada, bastando para o cumprimento do contrato aplicar todo o conhecimento e técnica na recuperação da área atingida, utilizando-se todos os meios necessário se disponíveis para tal desiderato. O resultado prometido é exatamente o desempenho do melhor serviço.

Nesse diapasão, “um tratamento de saúde realizado sem o consentimento informado do paciente poderá fazer com que o profissional de saúde responda pelos danos não-patrimoniais devidos à violação aos direitos de personalidade de seu paciente”¹³.

Acerca do contrato médico, uma vez firmado, tem força cogente e faz lei entre as partes, assim como qualquer outro contrato. O ato médico nas palavras de Ramos Filho “é aquele ato profissional tornado concreto, em face do Ordenamento Jurídico vigente, por quem esteja legalmente habilitado a exercer a medicina”¹⁴.

Ainda, o autor discorre que “por sua configuração técnica, compõe-se de alguns elementos, a saber: anamneses, exame físico, formulação de hipóteses diagnósticas, interpretação de exames complementares, formulação de prescrição terapêutica”.

1 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A responsabilidade solidária ocorre quando um dos sujeitos passivos venha a responder juntamente com os demais, no caso em tela, não só o médico poderá ser responsabilizado por sua conduta num determinado ato como também o hospital, o instrumentador cirúrgico, o anesthesiologista, dentre outros.

Entre os profissionais de saúde a responsabilidade solidaria entre os participantes das cirurgias plásticas é fato que tem muita importância, pois se pode caracterizar ou não a existência da responsabilidade solidaria entre os membros de hospital, clínicas, planos de saúde entre outros.

Claramente o Código Civil¹⁵ em seu art. 932 aborda a responsabilidade solidaria: “São também responsáveis pela reação civil: “[...]; III – o empregador ou comitente,

13 ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado. Curitiba: Juruá, 2005, p.191.

14 RAMOS FILHO, Irineu. Elementos do contrato médico. In: Revista de Direito Privado. vol.7. Ano 2. Jul.-set. 2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.93.

15 BRASIL. Código Civil. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele”. Corroborando com o entendimento do CC, o Código de Defesa do Consumidor¹⁶ também elenca a possibilidade da conduta solidária em seu art. 7º.

Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Também no Código de Defesa do Consumidor¹⁷, em seu art. 25 estabelece.

É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista pelas Seções anteriores. § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores.

Ainda no CDC o art. 34 também versa sobre o tema “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

Abordado tais previsões legais, e passando agora para uma análise mais prática da responsabilidade solidária do caso em voga, a exemplo temos a figura do responsável contratual, que por uma determinada obrigação, subordina terceiro para a execução total ou parcial de uma cirurgia plástica. Partindo dessa premissa, Giostri¹⁸ faz uma clara distinção entre as formas de substituição que podem ocorrer no ramo médico.

16 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

17 Ibidem.

18 GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro Médico: à luz da jurisprudência comentada. 2º Ed, Curitiba: Juruá, 2011. p. 45.

a.1. Um médico (A) é substituído por outro (B), atuando este de forma independente, diretamente vinculado ao doente. Em ocorrendo erro, não deve haver responsabilidade para o médico (A), visto não existir nenhum tipo de relação entre os dois profissionais. a.2. Um médico (A), necessitando valer-se de um colega de profissão (B), subordina a atuação deste à sua direção. Incidindo o colega substituto (B) em culpa, resultará, para o primeiro (A), responsabilidade por fato de outrem.

Para sistematizar a análise da no caso de responsabilidade solidaria, a combinação do código consumeirista, resta claro de que os planos de saúde ou a operadora de plano de saúde é e será sempre responsável solidaria pelos danos eventualmente provocados a seus pacientes pelos médicos conveniados. A questão em comento é pura e simples de apresentar a concepção de que não só o médico cirurgião, como também outros integrantes da equipe e também responderão, de forma a elucidar o liame entre estes, Canal¹⁹ aponta que

conclui-se, pois, com amparo na jurisprudência uníssona, que a operadora ou administradora de planos de saúde privados sempre responderá de forma solidária e objetiva por todos os atos praticados pelos médicos credenciados e pelos hospitais, clinicas e casas de saúde conveniados, sempre que de tais atos resultarem danos aos pacientes consumidores.

A responsabilidade solidária no caso da operadora que oferece aos seus associados um rol de médicos e hospitais, cujo paciente tem limitada opção de liberdade para escolher, está à operadora a se responsabilizar pela qualidade dos serviços a serem fornecidos. A responsabilidade solidária nesse caso decorre da culpa in eligendo, e nesta medida comparada a situação do médico é totalmente distinta uma vez que o profissional liberal, responderá subjetivamente e a operadora (pelo mesmo ato), responderá de forma objetiva, independente da culpa do médico.

19 CANAL, Raul. Erro Médico e Judicialização da Medicina. Brasília: Gráfica e Editora Saturno, 2014. p. 249.

2 ANESTESIOLOGISTA

Transitando a temática, imperioso se faz necessário observar a importância e relação do médico anestesiológico nas cirurgias plásticas. O profissional especialista em anestesiológico tem papel crucial nas cirurgias plásticas bem como em procedimentos cirúrgicos que exijam a redução da dor sofrida pelo paciente, fazendo-o poder suportar a intervenção. A missão desse profissional, portanto, está condicionada a relação de manter as funções vitais do paciente em níveis seguros, e proporcioná-lo a ausência ou supressão de dor.

A anestesia é o que bloqueia temporariamente a dor sofrida pelo paciente, e seu uso tem por finalidade fornecer condições favoráveis para o ato cirúrgico, mantendo este em estado de analgesia.

Por um longo tempo, o cirurgião e tão apenas ele era considerado chefe dominante na relação cirúrgica, e que, por conseguinte, único responsável pelos danos advindo ao paciente. Tal concepção foi ultrapassada, e hoje, o médico anestesiológico possui um papel crucial nas intervenções cirúrgicas, equivalente ao cirurgião, como bem aponta Giostri²⁰.

Modernamente, com a evolução da especialidade desse último (não mais anestesista, mas anestesiológico), tem-se, como consequência, uma necessária dissociação de responsabilidades entre a sua e a do médico-cirurgião. No passado, era ele considerado como auxiliar do operador, trabalhando sob as suas ordens e sendo tal tarefa muitas vezes desempenhada, até mesmo por enfermeiras. Todavia, com o avanço científico-tecnológico, o ato anestésico tornou-se extremamente complexo. As drogas utilizadas, bem como toda a aparelhagem necessária para sua realização, passaram a demandar do profissional um alto conhecimento, tanto técnico como científico [...] atualmente, o anestesiológico ocupa posição de destaque no ato cirúrgico, em pé de igualdade com o cirurgião.

No Brasil, ainda não é pacificado o entendimento de que o anestesiológico possui autonomia perante o médico cirurgião, haja vista as correntes doutrinárias e jurisprudenciais. Há os que entendam pela responsabilidade do cirurgião em qualquer situação e também aquelas que interpretam a prestação do anestesiológico como de resultado, devido a complexidade e individualizando tal responsabilidade

20 GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro Médico: à luz da jurisprudência comentada. 2ª Ed, Curitiba: Juruá, 2011. p. 46.

entre os dois profissionais.

A obrigação correlata entre as duas atividades pode ocasionar mazelas das mais prejudiciais ao paciente, pois uma anestesia mal feita compromete todo o ato cirúrgico. Observando o contrario, uma cirurgia plástica mal feita, não prejudica o trabalho de um anesthesiologista, tendo em vista a sua real função dissociada do procedimento.

Reforçando o seu posicionamento, Gisotri²¹ disserta sobre esta especialidade como sendo responsabilidade individualmente do médico anesthesiologista, pairando as controvérsias da temática em um direcionamento lastreado nessa sua concepção.

Entendemos que em nenhum caso se justifica uma responsabilidade bipartida entre cirurgião e anesthesiologista, uma vez que é possível caracterizar se o dano ocorrido ao paciente se deu pelo ato anestésico ou pelo ato cirúrgico, vez que as conseqüências são diferentes e têm características próprias. Já é por tais razões que a tendência atual é pela autonomia de responsabilidade entre cirurgião e anesthesiologista.

Esta breve abordagem acerca do profissional anesthesiologista é puramente exemplificativa, mas que, não poderia deixar de ser abordada, haja vista estarem ambos (médico cirurgião e anesthesiologista) trabalhando no mesmo ambiente de trabalho e mais importante com o mesmo cliente. Acrescentar a idéia do risco enfrentado por esses profissionais está atrelado ao elemento de “subjetividade humana” e reação individual de cada é sem dúvidas uma atividade bastante complexa.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL

O Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) em seu art. 932 inciso III bem como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) em seu art. 14 elencam em seus textos a possibilidade de responsabilização/reparação aos que de algum modo sofrerem algum tipo de prejuízo, que são eles. “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”²²e.

21 GIOTRI, Hildegard Taggesell. Erro Médico: à luz da jurisprudência comentada. 2º Ed, Curitiba: Juruá, 2011. p. 46.

22 BRASIL. Código de Processo Civil. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos ²³.

Dentro do mesmo art. 14 do CDC em seu parágrafo primeiro versa: “§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes [...]”²⁴. Dentre as circunstâncias relevantes citadas no referido codex, fica elencado, sem exaustão as seguintes: O modo de fornecimento; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido.

Nesta mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, em súmula 341, fixou em caráter vinculante, que “É presumida a culpa do patrão pelo ato culposo do empregado ou preposto”²⁵.

A interpretação do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor a cerca da responsabilidade do hospital pelo erro, leva a uma intrigante reflexão, pois nem sempre a responsabilidade do hospital será presumida como afirma a súmula 341, em todas as ocasiões o médico poderá ser considerado preposto do hospital e nem sempre será demonstrada a prestação de serviço defeituoso. Sobre o caso em comento, disserta Canal²⁶.

Quando o dano provocado no paciente se der por defeitos na prestação de serviços de “hospitalaria”, aqui compreendidos todos os demais serviços prestados ao paciente por empregados do hospital (enfermeiros, auxiliares e técnicos de enfermagem, técnicos em radiologia, nutricionistas, cozinheiros, cuidadores, auxiliares de serviços gerais et Cetera) a responsabilidade será objetiva e a culpa presumida. Todavia, quando os defeitos na prestação do serviço, forem reclamadas em relação ao serviço prestado pelo médico, passaremos a ter uma carga de subjetividade e deveremos sim, entrar na seara da culpa para discutir a responsabilidade do hospital.

23 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília. Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

24 Ibidem.

25 CANAL, Raul. Erro Médico e Judicialização da Medicina. Brasília: Gráfica e Editora Saturno, 2014.

26 Ibidem.

Ao modo de entender do referido autor, dependerá neste caso da relação de confiança, pois se o paciente procurou o hospital e lá se sujeitou ao médico que estava de plantão, ao socorrista, ao médico de emergência e do atuar destes sobreveio o respectivo dano, a responsabilidade será de fato do hospital (com direito a regresso e interpelação contra o médico causador do dano) no caso a relação de confiança era com o hospital, importando tão pouco quem o atenderia, sendo o mesmo fornecedor e serviços. Do inverso, se o paciente procurasse pelo médico a quem está habituado a se consultar e a relação de confiança derivasse deste e não do hospital, certamente o paciente na hipótese de escolha mudaria de hospital ou clínica, pois a sua referência é o médico e não a entidade hospitalar. Nesta segunda hipótese o hospital não responderia nem solidariamente nem objetivamente pelos danos provocados por aquele operador de saúde específico, e somente pelos serviços de hotelaria.

Na visão de Caio Mario da Silva Pereira apud Canal, o mesmo discorda da afirmativa de que a relação de confiança exime o hospital de responder por negligência, imprudência e imperícia capitaneada pelo médico a sua disposição bem como da natureza da atividade que segundo ele²⁷.

Nesta última qualidade, responde pelos danos a finalidade específica de se submeter a tratamento, o hospital é responsável pela omissão do médico da casa, que deixa, por exemplo, de acompanhar o estado do paciente, daí resultando a agravação de seu estado. No caso, não responde o estabelecimento. Na definição de responsabilidade, AGUIAR DIAS faz uma distinção: se o médico atua subordinado à direção do hospital, este é responsável comitente em relação ao preposto; se, porém, o médico agiu no exercício de sua profissão, deixando de zelar pelo doente, ou ministrando alta dose de tóxico, ou se, por omissão sua, ocorre processo infeccioso, ou, ainda, se examina tardiamente o doente, ou e descursa as normas de sua profissão, a responsabilidade direta é do médico. Não se pode olvidar o fato de haver um contrato entre o doente e o hospital, aquém corre o dever de prestar assistência oportuna e satisfatória.

As bases de responsabilização até agora estudados apresenta de forma centrada no instituto da culpa, onde a determinação de reparação do dano se justifica

27 CANAL, Raul. Erro Médico e Judicialização da Medicina. Brasília: Gráfica e Editora Saturno, 2014.

pela ação culposa do agente que a cometeu. Os hospitais como pessoas jurídicas não deixam de responder civilmente, e conforme estabelece o Código Civil, a responsabilidade incluiu-se no sistema subjetivo de culpa. Como bem esclarece França “Quem responde civilmente, é claro, não é o hospital nem seus diretores, mas a pessoa jurídica que mantém o hospital [...] é evidente que a pessoa jurídica não pode reclamar para si a profissionalidade do ato, como fazem o médico”²⁸.

Esclareça-se que se tratando da responsabilidade civil por danos causados ao paciente, de fato o hospital responde pelos atos dos profissionais médicos, seus empregados de apoio ao serviço médico e também os administram, dentre diretores, supervisores e etc. Partindo de tal afirmativa, a responsabilidade é objetiva dos hospitais, isto é, decorre da lei consumerista. Neste diapasão, Melo²⁹ assevera “a responsabilidade legal exclui a responsabilidade contratual, pois têm como fundamento as relações de massa, a vulnerabilidade, a hipossuficiência da vítima e, principalmente o risco que passa sobre essa atividade, que tem que ser absorvido”.

Assim, bastara ao lesado a comprovação do dano bem como do nexos de causalidade interligando o serviço prestado para fazer surgir o dano o dever de indenizar.

Sobre a responsabilidade objetiva em face do Código de Defesa do Consumidor Mello³⁰ salienta.

Interessante frisar, desde logo que embora o profissional liberal responda mediante aferição da culpa (exceção contida no § 4º do art. 14 do CDC), esta exceção não se aplica ao hospital, tendo em vista que sua responsabilidade será sempre objetiva, devendo ser enquadrada no caput do art. 14 da Lei nº 8.078/90. Evidente que tal assertiva somente se aplica aos casos em que haja vínculo empregatício entre o profissional e o hospital, quando então a questão da culpa restará afastada, e o nosocômio responderá objetivamente, tendo em vista que o erro médico equipara-se a falha na prestação do serviço [...].

Reafirma-se, contudo que hospitais e similares devam responder objetivamente pelo erro médico, condenando-os em qualquer evento danoso ocorrido em

28 FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico. 11. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

29 MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por erro Médico: doutrina e jurisprudência. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 139.

30 Ibidem.

suas dependências, mas para que fique isentos de tal responsabilização e o dever de indenizar basta o hospital provar, de que não houve falhas, inadequação no serviço ou que restou comprovada a culpa exclusiva da vítima.

Alguns doutrinadores refutam a tese da responsabilização objetiva, como é o caso de Kfoury Neto³¹, “O dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo, da culpa, quer seja do profissional vinculado a este estabelecimento hospitalar ou não”.

Mesmo que não houvesse em nosso ordenamento um Código de Defesa do Consumidor e tão somente o Código Civil vigente, à título exemplificativo, ainda assim, a responsabilidade do hospital, seria objetiva. A combinação da doutrina entende que a matéria a cerca da responsabilidade permeia-se dentre a culpa in vigilando, culpa in custodiendo e da culpa in eligendo.

A temática sobre a responsabilização dos hospitais devido ao erro médico vai muito além da temática ora abordada, oportuno agora tratar sobre as excludentes de responsabilização do médico.

6 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Existem situações que, diferentemente da atribuição de responsabilidade, pode haver condições de exclusão do fato ao profissional médico, o que se enquadra perfeitamente com os casos de cirurgia plástica. Como bem observa Giostri³² “[...] a irresponsabilidade médica tem como fundamento jurídico a ausência de dolo de sua conduta”.

Existem, portanto, as chamadas excludentes de responsabilidade, que cumulada com o nexo de causalidade (relação de causa e efeito) entre o dano causador e/ou o responsável pela atividade pode diferir do resultado de responsabilidade. Reforçando a importância do nexo causal, De Plácido e Silva³³ “diz-se na composição da responsabilidade civil, da relação de causa e efeito entre o fato e o dano objeto de ressarcimento”.

31 KFOURI NETO, Miguel. A Responsabilidade Civil Do Médico. In: Doutrinas essenciais de responsabilidade civil. Vol.5. Out.-2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

32 GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro Médico: à luz da jurisprudência comentada. 2º Ed, Curitiba: Juruá, 2011. p. 65.

33 SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico Conciso/ De Plácido e Silva; Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 1º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.p. 520.

Na concepção de Melo³⁴ sobre a ligação do nexo causal, vejamos “A lógica está em que o dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexo de causal entre ele e o seu causador responsável [...]”.

O nexo causal também recebe observância na Lei 8.78/90, anotando-se que a responsabilidade imposta ao fornecedor (de produtos e serviços) é um dever de qualidade e segurança, livrando o consumidor no que diz respeito ao risco a sua vida, segurança, integridade física bem como seu patrimônio.

Em face dessa concepção é indissociável o estudo do nexo causal no caso das excludentes de responsabilidade em razão da teoria do risco adotado na legislação pátria. A conduta culposa da vítima, o fato de terceiro (estranho ao corpo de médicos, o caso fortuito, a força maior e a imprevisibilidade fazem parte de uma gama de possibilidades que não dá causa, isentando o médico de responsabilidade).

7 CULPA EXCLUSIVA/CONCORRENTE DA VÍTIMA

A primeira excludente de responsabilidade do dever de indenizar é se não a culpa exclusiva da vítima. Em resumo, se o agente, no caso o médico, em nada contribuiu para a ocorrência do evento danoso, não há que se falar em ação praticada. A quebra do nexo de causalidade de certa forma não está expresso no Código Civil de 2002, a não ser quando trata da responsabilidade de possuidor de animal (art. 936), no entanto a doutrina e a jurisprudência já pacificaram a problemática da culpa exclusiva da vítima.

No caso de erro médico, a quebra do nexo de causalidade é apontada por Melo³⁵.

A culpa exclusiva da vítima no caso de erro médico será identificada como aquele comportamento sem o qual o evento danoso não teria se materializado. Se o paciente adota posturas que agravem seu estado de saúde ou descumpra deliberadamente as prescrições, e com isso não obtém o pleno restabelecido ou incorre o óbito, evidente que o insucesso de tratamento não se poderá imputar ao médico, tendo em vista que foi a conduta do paciente a

34 MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por erro Médico: doutrina e jurisprudência.2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47.

35 MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por erro Médico: doutrina e jurisprudência.2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 51.

causa determinante do resultado funesto. Logo não haverá nexos de causalidade entre a atividade médica e o evento danoso que se pretenda indenizar.

O Código Civil, no entanto, faz menção à culpa concorrente em seu art. 945³⁶: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Poderia o legislador ter esquecido de prever que a vítima sozinha causar o dano pra si própria.

O fenômeno do rompimento do nexo causal pela culpa exclusiva da vítima acontece, normalmente, quando o paciente de forma indisciplinada não observa a conduta prescrita pelo médico. Tema este que faz ligação com o dever do paciente estudado anteriormente, e que, fulmina totalmente com o nexo causal e afasta a responsabilidade médica.

A não existência de instituto específico para a culpa exclusiva da vítima não impede, desde que comprovado, a culpa da vítima pela inobservância de suas atribuições na manutenção de um comportamento regrado de recuperação pós-cirúrgica por exemplo.

Sem que seja explanada demasiadamente a culpa exclusiva da vítima, existem outros elementos que isentam a responsabilidade do médico perante o dever de indenizar, como é o caso fato de terceiro.

8 FATO DE TERCEIRO

No caso do fato de terceiro, diferente do estudado anteriormente, nem a vítima e nem o médico deram causa a sua incidência. Possui o fato de terceiro uma semelhança com o caso fortuito e a força maior (4.5) no que toca a imprevisibilidade e inevitabilidade, que também rompem com o nexo causal.

Em outras palavras, o fenômeno do fato de terceiro, exclui a culpa do médico, a responsabilidade e o dever de indenizar, caso seja configurado quando outro agente (estranho a relação do médico e do paciente) intervém causando dano ao paciente Giostri salienta³⁷.

36 BRASIL. Código Civil. 59.ed. São Paulo: Saraiva, 2008

37 GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro Médico: à luz da jurisprudência comentada. 2º Ed, Curitiba: Juruá, 2011. p. 66.

Um terceiro que possa isentar o médico de responsabilidade, só quando este termo estiver a se referir a pessoas estranhas ao corpo médico, já que o profissional é responsável por seus prepostos, tais quais enfermeiros, auxiliares e instrumentadores e, neste caso, fala-se em responsabilidade pelo fato de outrem.

Importante frisar que a distinção entre “fato de terceiro” e “fato de outrem” são utilizadas pela doutrina como sinônimas. Notadamente, é válida a distinção entre terceiros sendo aqueles estranhos a relação à equipe do médico, e outrem empregado aqueles que participam da atividade cirúrgica. Como exemplo clássico Canal³⁸.

Seria o enfermeiro que aplicou a injeção pela via equivocada. Foi prescrito intramuscular e ele aplicou uma injeção pela via endovenosa. Há uma casuística recente de um enfermeiro que ministrou o alimento pela via venosa em vez de fazê-lo pela sonda parental, provocando o óbito do paciente. Outro exemplo seria o nutricionista que indicou alimento salgado para o paciente hipertenso, provocando um pico hipertensivo, com um conseqüente acidente vascular cerebral.

Nestes casos, nas duas hipóteses ilustrativas, tem-se que a intervenção de um terceiro contribuiu decisivamente ao dano, independentemente da conduta do médico, para o resultado. Tratando-se do terceiro, no caso de figurante da equipe médica, o mesmo não pode fazer parte da relação processual, como assevera Canal³⁹.

[...] Um exemplo clássico pode ser citado como sendo o caso de um acidente anestésico durante uma cirurgia, provocando danos ao paciente. Nesse caso, se houvesse culpa teria sido exclusiva do anestesista. Todavia, o paciente processa apenas o cirurgião. Embora, demonstrado o dano, se provado que o fato gerador do mesmo fora exclusivamente do anesthesiologista, deverá ser afastada a responsabilidade do cirurgião, fundado justamente no fato de terceiro. Há, pois, que se demonstrar que os fatos do cirurgião não

38 CANAL, Raul. Erro Médico e Judicialização da Medicina. Brasília: Gráfica e Editora Saturno, 2014.p .73.
39 Ibidem 74/75.

concorreram com a provocação e nem com o agravante do evento danoso, caso contrário, poderá ser imputada culpa concorrente justamente pela causalidade.

A culpa exclusiva do terceiro fora incluída no CDC como causa exonerativa da responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, nos casos de acidentes de consumo causados por produtos ou serviços. Sobre o fabricante e o fornecedor⁴⁰.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar.

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro

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

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

§II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar.

Neste contexto, vamos supor um exemplo bizarro: que um paciente esteja internado a fim de realizar uma cirurgia plástica, e esteja no mesmo hospital seu maior desafeto procurando-o em busca de vingança. Na suposição hipotética de invasão ao hospital pelo delinquente com eventuais conseqüências danosas ao pa-

40 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 2 out. 2016.

ciente internado, caracterizar-se-ia o fato de terceiro. Primeiro porque inteiramente imprevisível e estranho ao contrato de prestação de serviço que foi pactuado entre as partes e a entidade hospitalar, e segundo restaria afastada a conduta do médico, pois não existe conexão, elemento este de exclusão de responsabilidade.

9 CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR

Outro elemento ensejador de exclusão de responsabilidade é o caso fortuito ou força maior. Força maior, segundo De Plácido e Silva⁴¹ “assim se diz o caso, que, mesmo previsto ou previsível, não pode ser evitado pela vontade ou pela ação do homem” e caso fortuito “É expressão especialmente usada, na linguagem jurídica, para indicar todo caso que acontece imprevisivelmente, atuando por uma força que não se pode evitar”.

Canal⁴² salienta que “Quando o dano sofrido pelo paciente decorre de um caso fortuito ou motivo de força maior, também exonera o médico de se responsabilizar pelos danos experimentados”. Tal afirmativa revela que não existe omissão por parte do médico nesses casos, pois como o médico poderia prever ou evitar o caso fortuito ou a força maior.

O artigo 393 do Código Civil⁴³ de 2002 também definiu a situação como “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior se expressamente não se houver por eles responsabilizado” e complementa a informação no parágrafo único “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujo efeito não era possível evitar ou impedir”.

Nesta senda, define-se como sendo o caso fortuito algo imprevisível e inevitável, no passo que no caso força maior embora pudesse ser até prevista, não poderia esta ser evitada.

Embora o caso fortuito e a força maior façam parte das excludentes de responsabilidade, a doutrina pouco esclarece sobre a temática, no que concerne a responsabilidade médica, mas que indispensável para a compreensão da presente pesquisa.

Em suma, para que se caracterizem ambos os institutos, o fato deve ser necessário, superveniente, inevitável, longe do poder do médico da prática da que

41 SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico Conciso/ De Plácido e Silva; Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 1º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p.145.

42 CANAL, Raul. Erro Médico e Judicialização da Medicina. Brasília: Gráfica e Editora Saturno, 2014. p.71.

43 BRASIL. Código Civil. 59.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

redundou o resultado. Canal⁴⁴ finaliza “Causus a nullo praestantur” (do latim: “ninguém é responsável pelo caso fortuito”).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. 59.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Código de Processo Civil. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANAL, Raul. Erro Médico e Judicialização da Medicina. Brasília: Gráfica e Editora Saturno, 2014.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro Médico: à luz da jurisprudência comentada. 2º Ed, Curitiba: Juruá, 2011.

GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. In: Revista de Direito Privado. Vol 12/2002. p. 81-91. Out.-dez./2002. Doutrinas essenciais de responsabilidade Civil. Vol.5. p.741-754. Out./2011. DTR/2002/463. Disponível em:<<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a000001549a89c0b83b8947e1&docguid=Ie957b8f0f25011dfab6f01000000000&hitguid=Ie957b8f0f25011dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=761&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. In: Revista de Direito Privado. vol.12. Ano 3. Out.-dez. 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. Responsabilidade médico-hospitalar em face do direito do consumidor. In: Revista de Direito Privado. vol 10. Ano 3. Abr.-jun.2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. A Responsabilidade Civil Do Médico. In: Doutrinas essenciais de responsabilidade civil. Vol.5. Out.-2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por erro Médico: doutrina e jurisprudência. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RAMOS FILHO, Irineu. Elementos do contrato médico. In: Revista de Direito Privado. vol. 7. Ano 2. Jul.-set. 2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico Conciso/ De Plácido e Silva; Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 1º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

44 CANAL, Raul. Erro Médico e Judicialização da Medicina. Brasília: Gráfica e Editora Saturno, 2014. p.73.