XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO III

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

NILSON TADEU REIS CAMPOS SILVA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil contemporâneo III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: José Sebastião de Oliveira, Nilson Tadeu Reis Campos Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-305-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Contemporâneo. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO III

Apresentação

Os catorze trabalhos defendidos no GT DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO III mostraram-se conectados por um fio condutor: a aproximação da clássica doxa com a práxis imposta pelos tempos atuais, com o objetivo de transformação de institutos jurídicos amoldados e sintonizados com as necessidades atuais de defesa de interesses das pessoas inter-relacionadas, aderentes ao tema Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito, com ênfase à tutela do tráfego jurídico, das relações interpessoais e da responsabilidade e capacidade. Cláudia Franco Corrêa e Juliana Barcellos da Cunha e Menezes ofertam oportuna reflexão sobre o fenômeno da multipropriedade no Brasil frente à anomia legislativa e à clássica característica de numerus clausus, a apresentarem a necessidade de superação do hermetismo dos direitos reais para adequação à contemporaneidade, sob o título A MULTIPROPRIEDADE ("TIME SHARING") NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA CARACTERÍSTICA NUMERUS CLAUSUS DOS DIREITOS REAIS: CONTROVÉRSIAS E CONSENSOS, texto que configura importante contribuição para o desenvolvimento do ordenamento jurídico em consonância com as demandas sociais, valor que também se vê no artigo CONTRATO DE LONGA DURAÇÃO: PAUTAS INTERPRETATIVAS E LIMITES À RESOLUÇÃO em que Wilson Alexandre Dés Essarts Barufaldi apresenta novas fórmulas para preservação da relação jurídica no tempo e no espaço a fim de se atender as exigências social e econômica sem conferir caráter absoluto aos argumentos puramente econômicos ou matemáticos. O trabalho de Daniella Bernucci Paulino e Rodolpho Barreto Sampaio Júnior, intitulado PANORAMA JURISPRUDENCIAL DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, procede à rigorosa crítica à imprecisão daquela Corte ao aplicar princípios como boa-fé objetiva, relatividade contratual e preservação do equilíbrio econômico como se suficientes à análise econômica da função social do contrato, o que culmina por minar a estrutura do mercado, concluído a exaustiva pesquisa com a verificação da intenção da jurisprudência de se valer da função social como forma de realização da justiça distributiva. Raphael Abs Musa de Lemos e Adriano Elias Oliveira analisam em seu USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: UM EFETIVO NOVO INSTITUTO? as origens dessa que classificam como medida da política pública de desjudiciarização, ancorada nos modelos peruano e lusitano, e mostram como notários e registradores são agentes fundamentais para a atenuação da cultura de litigiosidade ainda persistente no Brasil, e as dificuldades de se proteger o direito fundamental de propriedade. Gustavo Aurélio Martins e Angelo Antonio Depieri examinam com

percuciência em CONTRATOS ELETRÔNICOS E SUA RELAÇÃO COM A ATUAL LEGISLAÇÃO BRASILEIRA a demonstrar a necessidade de aplicação sistêmica do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, apresentando as várias espécies de pactos e suas implicações, enquanto Leonardo Lindroth de Paiva trás à discussão oportuna reflexão sobre A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE CONTEÚDO sob dois enfoques: o da responsabilidade pelos pelo conteúdo que o próprio provedor, por meio de seus prepostos, disponibiliza na rede, e por atos de terceiros, quando um utilizador do provedor de conteúdo disponibiliza informações ou dados na rede, sem o conhecimento e autorização prévia do provedor, desde a análise do tríduo de deveres específicos de segurança, de informação e de lealdade. Aline Klayse Dos Santos Fonseca e Pastora Do Socorro Teixeira Leal defendem a APLICAÇÃO DE SANÇÕES PREVENTIVAS NA RESPONSABILIDADE CIVIL PARA A MÁXIMA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS no qual apresentam a necessidade de superação da imprescindibilidade do dano para a imputação de responsabilidade, demonstrando que a formação do estado de danosidade é um fator de imputação e esta um meio de prevenção de danos, para enfatizarem a prevenção e seu aspecto pedagógico como função primordial na responsabilidade civil, o que torna as sanções mais eficazes e mais efetiva a tutela dos direitos fundamentais. Horácio Monteschio e José Sebastião de Oliveira demonstram a lesão que os direitos da personalidade sofrem no mundo virtual, em seu MARCO CIVIL DA INTERNET: RESTRIÇÃO AO PLENO EXERCÍCIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, defendendo a adoção, como meio alternativo à judicialização, solução que entendem ser mais ágil, célere e eficiente para a tutela daqueles direitos: a postulação direta ao provedor ou mediante a intervenção de Câmara arbitral. O artigo A EXTRAPATRIMONIALIDADE DO CORPO E SEUS EFEITOS, de Alexandra Clara Ferreira Faria, analisa as questões relativas ao direito ao corpo como exercício do direito de propriedade advindo da autonomia privada, propondo a conceituação de negócio jurídico existencial e a releitura do instituto da doação, para vislumbrar a doação neutra como instituto apropriado para o patrimônio genético. Em DA BIPARTIÇÃO DOS DANOS À SUPERAÇÃO DE LIMITES: A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA CONFORMAÇÃO ESTÉTICA INDIVIDUAL À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL Gabriela Stefania Batista Ferreira e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral refletem sobre a distinção entre dano moral e estético com a superação da dicotomia dano patrimonial-dano moral, enquanto Rodrigo Diniz De Paula Barcelos e Caio Eduardo De Menezes Faria em RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E A PROVA NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS diferenciam a natureza jurídica da responsabilidade civil entre os atos praticados pelos agentes dos estabelecimentos hospitalares, como abordagem indispensável dos encargos probatórios nos processos ajuizados por pacientes. Lygia Maria Copi apresenta o exame dos efeitos causados pelas alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com

Deficiência, relacionando-as com a categoria da capacidade para consentir, em seu A AUTONOMIA DOS DEFICIENTES MENTAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE E A CAPACIDADE PARA CONSENTIR: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Sob outro viés, o artigo A CAPACIDADE CIVIL DE EXERCÍCIO DE DIREITOS E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA, de Iara Pereira Ribeiro, analisa com profundidade o instituto da tomada de decisão apoiada criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para servir como instrumento eficaz para a capacidade de agir, propiciando o direito e a autonomia da vontade das pessoas com deficiência. Nilson Tadeu Reis Campos Silva e Hamilton Belloto Henriques, em seu O LÁTEGO E O FREIO DO REGIME DA INCAPACIDADE CIVIL NO BRASIL, utilizam-se da metáfora da Divina Comédia para criticarem o Estatuto da Pessoa com deficiência que extinguiu o regime de incapacidade civil no Brasil, demonstrando suas repercussões nas esferas civil e penal e a possível ineficiência do sistema penal na proteção de vulneráveis, e analisam o projeto de lei que pretende fazer revigorar aquele regime.

O alto nível científico dos artigos e sua temática permitiram importantes debates, que muito contribuíram para a compreensão do papel dos atores no Estado Democrático de Direito e da cidadania, razão pela qual recomendamos fortemente sua leitura.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - UNICESUMAR

Prof. Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva - UEM e UENP

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS E A PROVA NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS

CIVIL LIABILITY OF HOSPITALS AND PROOF IN COMPENSATION CLAIMS

Rodrigo Diniz De Paula Barcelos [1]
Caio Eduardo De Menezes Faria [2]

Resumo

O presente artigo propõe uma reflexão sobre o tema da responsabilidade civil dos hospitais e da produção de provas nas demandas indenizatórias promovidas pelos pacientes. Elabora uma análise do conceito de hospital, das especificidades das atividades desenvolvidas pelos seus agentes, e sobre o posicionamento jurisprudencial e doutrinário a respeito da natureza jurídica da responsabilidade civil dos hospitais pelos danos ocasionados. Conclui, chamando a atenção para a divergência existente acerca da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva e subjetiva, principalmente com relação aos atos essencialmente médicos, e sobre as especificidades da prova nas demandas indenizatórias.

Palavras-chave: Responsabilidade civil dos hospitais, Prova nas ações por erro médico, Responsabilidade civil do médico

Abstract/Resumen/Résumé

This article proposes a reflection on the issue of liability of the hospitals and the production of evidence in damages demands promoted by patients. Elaborates a hospital concept analysis, the specific characteristics of the activities developed by its staff, and the jurisprudential and doctrinal position regarding the legal nature of the liability of hospitals for the damages incurred. It concludes by calling attention to the divergence exists on the application of the theory of objective and subjective responsibility, especially with respect to essentially medical acts and on the specifics of proof in damages demands.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hospital's liability, Evidence related to malpractice, Doctor's liability

---

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Graduado pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Advogado.

[2] Cientista Econômico pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas. Graduando em Direito pela Faculdade de Barretos.

Introdução

A palavra responsabilidade tem sua origem latina do verbo respondere, que significa que alguém deve responsabilizar-se por alguma coisa. O fundamento central da responsabilidade civil consiste de uma maneira geral, no fato de que ninguém pode lesar direito alheio. A lesão a direito alheio importa na obrigação de uma determinada pessoa em reparar esse dano.

A questão da responsabilidade civil no Brasil é de suma importância para os dias atuais e tamanha importância verifica-se não somente pelo crescimento desenfreado do número de ações de responsabilidade perante os Tribunais, mas também, pelas muitas divergências que o instituto tem suscitado na doutrina e na jurisprudência.

Dentro desse contexto encontra-se a temática acerca da responsabilidade civil de médicos e hospitais, mas poucos são os estudos que detêm a sua análise com relação ao tema. O presente trabalho procura trilhar exatamente por esse caminho, trazendo ao lume, sob o ponto de vista jurídico, o tema da responsabilidade civil dos hospitais e sobre a prova nas demandas indenizatórias.

Para a consecução deste objetivo, o artigo passará em um primeiro momento pelo conceito de hospital e pelas especificidades da atividade médico-hospitalar. Após, tratará da natureza jurídica da responsabilidade civil dos hospitais, bem como dos contornos que abrangem o dever de reparação pelos serviços meramente hospitalares, tratados como de hospedagem, pelos serviços essencialmente médicos e pelos serviços paramédicos. E, por fim, promoverá uma análise da prova nas ações movidas contra os nosocômios.

A conclusão retoma e sintetiza os principais entendimentos firmados no tocante aos aspectos mais controversos abordados neste trabalho, chamando a atenção para a divergência existente a respeito da natureza jurídica da responsabilidade civil dos hospitais em decorrência de atos essencialmente médicos, onde aparecem de um lado os defensores da teoria objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação da culpa e, de outro, os que entendem ser necessária a comprovação da culpa do médico, como pressuposto do dever de indenizar.

1. Definição de hospitais e seus serviços

Os hospitais são, em uma simples definição, estabelecimentos destinados à internação e ao tratamento de doentes, formados por instalações, aparelhos e

instrumentos médicos. A palavra hospital tem sua origem latina do vocábulo *Hospitalis*, que provém de *hospes* – hóspedes, sendo que, atualmente, o temo hospital, possui a mesma acepção de *nosocomium*, de origem grega, que significa tratar os doentes.

O Ministério da Saúde define hospital como sendo parte integrante de uma organização médica e social, cuja função básica consiste em proporcionar à população assistência médica integral, curativa e preventiva, sob quaisquer regimes de atendimento, inclusive o domiciliar, constituindo-se também em centro de educação, capacitação de recursos humanos e de pesquisas em saúde, bem como de encaminhamento de pacientes, cabendo-lhe supervisionar e orientar os estabelecimentos de saúde a ele vinculados tecnicamente (BRASIL, 1977, p.11).

Ruy Rosado de Aguiar Junior (1995, p. 33) define hospital como uma universalidade de fato, formada por um conjunto de instalações, aparelhos, e instrumentos médicos e cirúrgicos destinados ao tratamento da saúde, vinculada a uma pessoa jurídica, sua mantenedora, mas que não realiza ato médico.

Existe no hospital, uma enorme variedade de serviços, distinção essa, imprescindível para a delimitação da responsabilidade civil dos hospitais, uma vez que, diferenciada será a responsabilidade atribuída para cada um deles. É preciso, pois, distinguir, o ato médico propriamente dito, daquele realizado pelos seus auxiliares, e dos derivados da hospedagem.

Miguel Kfouri Neto (2010, p. 36-39) na intenção de delimitar o tema, apresenta em sua obra, a sistematização alvitrada por Fernández Hierro, que diferencia a responsabilidade advinda de: a) atos extra-médicos; b) atos paramédicos; c) atos essencialmente médicos. Os atos extra-médicos, para o autor, são aqueles relacionados à hotelaria, realizados pelo pessoal auxiliar, sob ordens da administração do nosocômio, tais como, serviços de alimentação, alojamento, deslocamento, manutenção e funcionamento dos equipamentos. Difere, no entanto, de uma simples hospedagem, tendo em vista a obrigação de manter também a segurança do paciente, adotando as medidas necessárias para garantir a integridade física do enfermo nas suas dependências, evitando assim, qualquer acidente que possa lhe ser ocasionado. Os atos paramédicos, por sua vez, são aqueles desempenhados pela enfermagem e demais profissionais da área de saúde, que executam ordens do médico. Já os atos essencialmente médicos, referem-se aqueles exercidos exclusivamente pelos profissionais da medicina.

É necessário, então, discernir entre o ato médico propriamente dito, que pode ser realizado apenas pelo profissional, e pelo qual ele responde, e os atos realizados pelo

pessoal auxiliar. Há também os atos derivados do contrato de hospedagem, ligados à administração do hospital, e que se referem ao dever de guarda do paciente, não podendo se esquecer também, dos tratamentos realizados em hospital ou em farmácia em que são administrados remédios errados, injeções mal feitas, compressas excessivamente quentes, dentre outras situações. (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p. 33)

Ainda a respeito da diferenciação entre atividade médica daquela exercida no âmbito de um estabelecimento hospitalar, merece destaque a explicação realizada por Hélio do Valle Pereira (2011, p. 378-379):

> Diversa é a hipótese quando a atividade médica passa a ser elemento de empresa. Pense-se em uma clínica que mantenha empregados que sejam médicos e que forneçam o tratamento prometido. Eles não agirão, em tal contexto, em nome próprio, mas sob o comando do empregador. O liame se dará com a pessoa jurídica, que estará exposta ao regime de responsabilidade objetiva (art. 14, caput, do CDC). Pode ocorrer que haja a constituição de pessoa jurídica, mas ainda assim o caráter de profissão liberal não desapareça. Imagine-se que dois médicos formem uma sociedade, mas continuem se dedicando à atividade de origem. Então, permanecem atendendo diretamente os pacientes; o serviço prestado não é anônimo, mas pessoal dos médicos (o concurso de auxiliares é coadjuvante). O caráter liberal da profissão permanece. A intenção, ao ser formada a sociedade, era apenas no sentido de conjugar esforços para a melhor qualificação dos serviços. Trata-se, insistindo nos exemplos, de situação diversa daquela de um hospital mantido por pessoa jurídica formada coincidentemente por médicos. Ali, o labor intelectual de cada um dos especialistas ficará esmaecido. A massificação dos atendimentos, a necessidade de contratação de outros profissionais da saúde (especialmente outros médicos, que atuarão em regime de subordinação) e assim por diante levarão a sobrelevar a intenção meramente empresarial. A sociedade mantenedora do hospital poderia ser indiferentemente mantida por médicos ou por quaisquer outras pessoas. A profissão liberal que havia na origem (por parte dos integrantes da sociedade) fica esquecida.

O fato é que a relação entre o médico e o paciente não mais se restringe às duas pessoas envolvidas na atividade médica, sendo raríssimos os casos em que a pessoa busca particularmente o médico, remunerando-o diretamente pelos serviços desenvolvidos, não se mostrando suficiente, pois, apenas o estudo da responsabilidade civil do médico enquanto profissional liberal (KFOURI NETO, 2010, p. 29-30).

Deste modo, inevitável associar a esta nova realidade o aumento de demandas judiciais em face dos hospitais, posto que o carecimento por atendimento médico, especialmente procedimentos com maiores riscos, é satisfeito pelas entidades hospitalares. Estes, por sua vez, constituem-se na forma de personalidade jurídica, basicamente, fornecedores e prestadores de serviços, o que justifica a análise das demandas interpostas pelos seus pacientes sob o abrigo do Código de Defesa do Consumidor. Isto posto, notadamente a aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor a estes fornecedores de serviços, a análise se depara com a primordial

conceituação da essência jurídica da responsabilidade que recai sobre estes estabelecimentos, na medida em que discrepam entre si os atos e procedimentos realizados no estabelecimento

2. Natureza jurídica contratual da responsabilidade dos hospitais

Convém esclarecer, que a natureza jurídica existente entre o hospital e o paciente é também contratual, assim como na relação médico-paciente. O hospital firma um contrato com o paciente, se obrigando por meio dele, a uma prestação não somente de serviços essencialmente médicos como também aqueles referentes a serviços auxiliares, como de enfermagem, hospedagem, fornecimento de medicamentos, fornecimento de instrumentos, alojamento e alimentação.

Maria Helena Diniz (2011, p. 347), afirma ser claro o caráter contratual de hospitais e clinicas, inclusive quando se tratar de atendimento gratuito. Segundo a autora, "sua obrigação é semelhante à do hoteleiro, compreendendo deveres de assistência médico-hospitalar e de hospedagem (CC, arts. 932, IV, 933, 942, parágrafo único)".

Há, no entanto, que se destacar que o dever de hospedagem não possui inteira semelhança com a do hoteleiro, uma vez que o paciente apresenta determinadas especificidades estranhas a um hóspede comum, como por exemplo, a necessidade de maiores atenções com relação a sua segurança.

Arnaldo Rizzardo (2011, p. 307) menciona que o hospital firma com o paciente internado um contrato hospitalar, assumindo a obrigação de meio consistente em fornecer hospedagem (alojamento, alimentação) e de prestar serviços paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, pessoal de enfermaria, exames, produtos hemoteápicos etc.).

Deve-se salientar, no entanto, que em determinadas situações poderá haver responsabilidade extracontratual, quando se referir, por exemplo, aos danos ocasionados em atendimento de emergência, em momento anterior à existência do contrato (GODOY, 2000, p. 106).

É importante também ressaltar a natureza consumerista do contrato hospitalar, já que o hospital figura como prestador de serviços, subordinando-se assim aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, que atribui de forma expressa aos prestadores, a responsabilidade de natureza objetiva, pelos danos decorrentes da má prestação de tais serviços.

De todo modo, não há, portanto, dúvidas a respeito da natureza contratual da relação paciente-hospital, não merecendo a mesma maiores discussões a seu respeito, sendo esse o entendimento de nossos tribunais.

3. Responsabilidade dos hospitais

3.1. A responsabilidade dos hospitais por danos decorrentes de atos extra-médicos.

Os atos extra-médicos, como já mencionado no presente artigo, são aqueles relacionados à hotelaria, realizados pelo pessoal auxiliar, sob ordens da administração do nosocômio, tais como, serviços de alimentação, alojamento, deslocamento, manutenção e funcionamento dos equipamentos, e aqueles referentes a segurança do paciente. Assim, além dos serviços prestados comumente, há ainda para o hospital a obrigação de se garantir a incolumidade do paciente, dado ao estado de fragilidade que geralmente caracteriza os que ali se encontram.

José Carlos Maldonado de Carvalho (2005, p. 139), ao discorrer sobre o tema, destaca que o hospital "embora não tenha a obrigação de garantir a cura ou a vida do paciente, tem o prestador de serviços médicos a responsabilidade e o dever de resguardar o paciente durante o período de hospitalização, dos danos previsíveis".

Os danos ocasionados aos pacientes pela defeituosa prestação de serviços considerados extra-médicos, como queimaduras e fraturas devido a quedas, conduzem a responsabilidade do hospital pelo defeito do serviço, como preceitua o Código de Defesa do Consumidor. A assistência médica prestada na qualidade de fornecedor de serviços pelo hospital independe da existência de culpa, bastando, portanto, a relação de causalidade e o dano experimentado (KFOURI NETO, 2010, p. 36).

Na lição de Ruy Stoco (2013, p. 982):

> Há danos materiais ou morais suportados por pacientes e seus próximos, causados não em razão da atuação dos médicos ou das casas de saúde diretamente junto às vítimas, ou no tratamento específico do mal que as acomete ou, ainda, do procedimento médico contratado, mas decorrentes da culpa in vigilando ou in eligendo dos prepostos, enquanto os pacientes, clientes ou internos estão hospedados ou internados no hospital e, portando, acobertados por cláusula de incolumidade. Constituem exemplos mais expressivos as quedas sofridas pelos pacientes por falta de cuidados por parte dos enfermeiros e serviçais; os suicídios ou tentativas de suicídio cometidos pelos internos com distúrbios mentais; a fuga de pacientes do hospital, que vêm sofre acidentes já fora das dependências do nosocômio, ou causem mal a terceiros. Também e principalmente nesses casos, por força do disposto no arts. 932, III, e 933 do CC/2002, empenha-se a responsabilidade objetiva do hospital, agora prevista expressamente.

Em acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde foi examinado caso em que uma paciente de 79 anos de idade, portadora de osteoporose, sofreu uma queda no banheiro quando estava internada, entendeu o relator ser devida a indenização pleiteada a título de danos morais, que foi à época arbitrada em R$ 8.000,00 (oito mil reais). Para o relator, o fato de a paciente ser portadora de osteoporose servia apenas para reforçar a responsabilidade do hospital, pois diante da maior fragilidade da paciente cuidados redobrados deveriam ser tomados para evitar uma queda (SÃO PAULO, 2013, online).

No ensinamento da jurisprudência supracitada, extrai-se que os atos tratados como extra-médicos possuem natureza essencialmente empresária, tendo em vista que oferecem a prestação de serviços, pertinentes à hospedaria, à refeição e a outros serviços acessórios disponibilizados durante a hospitalização, com a finalidade capitalista, qual seja, o lucro. Em contrapartida, a promessa é de cuidado, prevenção e guarda, de forma a moldar uma blindagem de acordo com as necessidades pontuais de seus consumidores. Por sua essência empresária, embora inexista qualquer imputação aos hospitais de obrigação de entrega de resultado, responderá por falhas destes atos de objetivamente, nos termos do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

3.2. A responsabilidade dos hospitais por danos decorrentes de atos essencialmente médicos.

Há divergências, no entanto, com relação à responsabilidade dos hospitais decorrentes de atos essencialmente médicos, aparecendo de um lado, os defensores da teoria objetiva e, de outro, os que entendem ser necessária a comprovação da culpa do médico, como pressuposto do dever de indenizar. Nesse sentido, pertinente a observação realizada por Henrique e Alexandre Araújo Costa (2008, p. 30-31), sobre a divergência existente com relação à responsabilidade dos hospitais:

> Apesar de tecnicamente mais adequada, a responsabilização objetiva do hospital desorganiza os conceitos teóricos quando a caracterização do defeito exige a determinação da culpa do médico. [...] no no caso de erro médico, o insucesso do tratamento não é uma indicação de defeito, pois essa é uma obrigação de meio. Quando o paciente demanda o médico e o hospital, postulando reparação dos danos patrimoniais derivados de um tratamento que julgou equivocado, a discussão sobre o defeito termina abrangendo a questão da culpabilidade, pois a definição da adequação do tratamento implica um juízo acerca da negligência, da imprudência ou da imperícia do médico.Isso faz com que, nas causas em que o defeito do serviço é o próprio erro médico, não seja possível manter os limites típicos entre a responsabilidade objetiva do hospital e a subjetiva do profissional. Ocorre, então, uma mistura entre elementos da responsabilidade objetiva do hospital e da responsabilidade subjetiva do médico, que conduz o juiz a precisar decidir simultaneamente os

> dois temas Dessa maneira, o fato de tratar-se de obrigação de meio faz com que sejam rompidas as fronteiras típicas entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva, o que gera uma grande indefinição acerca do modo correto de processar um pedido conjunto de indenização.

Leonardo Viera Santos (2008, p. 200) comenta em sua obra, que o advento do art. 14 do CDC, bem como, mais recentemente, dos artigos 933 e 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, serviu ainda mais para consolidar a essa divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil dos hospitais nesse tocante. O autor menciona que a obrigação assumida pelos hospitais com relação aos serviços essencialmente médicos, é, em regra, de meios, sendo esse o principal óbice à objetivação da responsabilidade hospitalar. Para ele, enquanto a medicina não dominar o organismo humano assim como o mecânico domina o motor de um carro, a exigência da culpa imperará no que diz respeito à responsabilidade de médicos e hospitais e conclui que haverá, portanto, a necessidade de se analisar a conduta do facultativo para definir se o dano havido decorreu ou não da inexatidão da ciência médica mesmo no que toca à responsabilidade hospitalar.

Nesse mesmo sentido, Ruy Stoco (2013, p. 982), menciona que o hospital firma com o paciente internado um contrato hospitalar e assume uma obrigação de meios, não se obrigando a curar efetivamente o paciente, mas tão somente, o melhor serviço ao seu alcance, fazendo aquilo que se propôs a cumprir. Assim, conclui o autor, que se o dano ao paciente for imputado ao hospital em razão da atuação de seus prepostos e decorrer do exercício de sua atividade especifica e típica da área médica, então incidirá o § 4º do art. 14 do CDC, que estabelece a responsabilidade subjetiva desses profissionais liberais. Na explicação do autor:

> O preceito contido no caput do art.14 do CDC (Lei 8.078, de 11.09.90) estabelece que "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços. Para nós o legislador cometeu grave erro lógico e de concepção. Se a responsabilidade do hospital ou da empresa prestadora de serviços é contratual, tal circunstancia mostra-se, no caso dos hospitais, em antinomia com a teoria da responsabilidade objetiva. Ora, se a instituição de saúde se compromete a submeter um paciente a cirurgia, por intermédio de médicos, sob a sua responsabilidade, está a exercer uma atividade de meios e não de resultados. Assim, só se lhe pode exigir que a atuação de seus profissionais seja normal e que a cirurgia seja feita segundo as técnicas usuais e utilização do instrumental adequado. Se tal ocorrer, o contrato estará cumprido. Do contrário, descumprindo essas condições mínimas, a hipótese é de inadimplemento contratual.

O autor considera um absurdo lógico, que para ação movida em face da pessoa física do médico seja exigida a comprovação do comportamento culposo como condição para a responsabilização, enquanto que, para a responsabilização da pessoa jurídica,

como fundamento nesse mesmo comportamento, seja dispensada a culpa, bastando o nexo de causalidade entre a atuação do profissional e preposto.

Ainda com o mesmo entendimento, Miguel Kfouri Neto (2010, p. 41) entende que para que exsurja a responsabilidade do hospital ou clínica, o médico deverá ter agido com culpa; desta forma, a responsabilidade do estabelecimento fica subordinada ao descumprimento prévio da obrigação assumida pelo médico perante o paciente. Acrescenta o autor, que além de não haver em nosso ordenamento jurídico qualquer dispositivo que imponha ao médico o dever de reparar o dano independentemente da culpa, não há também qualquer risco na atividade médica. Para ele, a atividade não implica por sua natureza, risco para o paciente, mas sim, uma esperança de cura, salvação e mitigação das dores do paciente.

Leonardo Vieira (2008, p. 200), ao comentar a questão, assevera:

> Não é demais lembrar que se, de repente, as pessoas deixassem de prestar serviço subordinado, sob a égide do liame empregatício, se poderia cogitar do fim dos acidentes de trabalho. O mesmo, contudo, não poderia ser dito se o segmento médico-hospitalar deixasse de existir, já que as doenças e as mortes continuariam ocorrendo, até de forma mais intensa, sem que fosse possível evitar os prejuízos delas decorrentes. Isto prova que a atividade hospitalar relacionada com a prestação de serviços médicos não se enquadra na teoria do risco simplesmente pelo fato de não gerar.

Jurandir Sebastião (APUD, STOCO, 2013, p. 984), no mesmo sentido, entende que se não for afastado o critério da responsabilidade civil sem a comprovação da culpa, em quaisquer dos casos de morte do paciente ou do agravamento de sua saúde, poderá, o hospital, ser injustamente responsabilizado ao fundamento da presunção de defeito na prestação do serviço.

Também em defesa da aplicação da teoria subjetiva, Ruy Rosado de Aguiar (1995, p. 521), anuncia que a responsabilidade do hospital por erros de sua equipe médica deve ser apurada mediante a culpa. Afirma o autor, ser imprescindível a prova da culpa, mesmo com o advento do Código de Defesa do Consumidor, quando se tratar de dano produzido por médico integrante de seus quadros. Nas palavras do autor:

> Isto é, o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar danos produzidos por médico integrante de seus quadros (AI 179.184-1 – 5ª CC – TJSP), pois é preciso provar a culpa deste para somente depois ter como presumida a culpa do hospital.

Não são poucos os autores que partilham do mesmo entendimento que os acima citados. A mesma conclusão é obtida por João Monteiro de Castro (2005, p. 78) em sua obra:

> O enquadramento jurídico do hospital é o de fornecedor de serviços. Pelo artigo 18 do CDC, o hospital (fornecedor de serviços) então, em tese, responde independentemente de culpa pelos danos causados aos pacientes (consumidores) por defeitos relativos à prestação. Quanto ao médico (preposto ou empregado do hospital), o serviço prestado será tido como defeituoso após a apuração de culpa sua. Portanto, a falha na prestação do serviço do hospital, relacionada com o ato médico, só restará configurada se tiver havido dano por ato culposo de algum dos médicos com o qual tenha relação de empregou ou preposição. O mesmo não ocorre com o contrato de hospedagem do paciente, por exemplo, situação em que incidirá o art. 18 mencionado.

Segundo Hélio do Valle Pereira (2011, p. 383), a não aplicação da teoria objetiva aos estabelecimentos hospitalares por atividades que envolvem a intervenção médica, deriva na necessidade de não expor os nosocômios a um risco integral, ou seja, um compromisso com imprescindível cura. O autor menciona que seria incoerente a tese de que um "falecimento fosse obrigatoriamente imputado ao estabelecimento de saúde, como se as pessoas fossem, em princípio, imorredouras", o até mesmo, "que a arte médica fosse vista com tamanha perfeição que qualquer evento que não o êxito pleno da intervenção merecesse sancionamento".

O Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o posicionamento acima exposto, decidiu em 2005 também pela necessidade de comprovação da culpa médica para a responsabilização do nosocômio (BRASIL, 2005, on-line)[1].

O entendimento foi novamente confirmado em 2011, e a responsabilidade do hospital por falha na atuação técnico-profissional dos médicos a ele vinculados depende da demonstração do agir culposo (BRASIL, 2011, on-line).

O que se percebe é que o fundamento principal da resistência à aplicação do regime da responsabilidade objetiva às atividades essencialmente médicas proporcionadas por estabelecimentos de saúde visa de uma maneira geral, impedir que,

---

[1]"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".

sem que haja a necessidade de prova da culpa de seus prepostos, fiquem os hospitais a um risco sem precedentes, ou seja, um compromisso com a necessidade de cura.

Existe, no entanto, conforme já mencionado, posição contrária a acima exposta, que toma por fundamento, os preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor, a fim de sustentar a ideia de que o hospital responde objetivamente pelos danos ocasionados pelos médicos que nele integram. Isso porque, não há dúvidas de que a atividade médico-hospitalar, oferecida nos hospitais privados, às pessoas, de forma habitual e remunerada, se enquadra, de fato, na relação prevista pelo Código.

Nehemias Domingos de Melo (2013, p. 139-140) defende a aplicação da responsabilidade objetiva dos hospitais, inclusive nos casos de erro médico, não cabendo, segundo o mencionado autor, perquirir sobre eventual culpa da conduta médica, bastando apenas ao lesado, a comprovação do dano e o nexo de causalidade que o ligue diretamente aos serviços prestados defeituosamente pelo nosocômio, para que surja o dever de indenizar. Para ele, embora o médico responda mediante a aferição da culpa, esta exceção não se aplica ao hospital, devendo ser sempre objetiva, somente se isentando da responsabilidade de reparar o dano se provar que não houve falhas, defeitos ou inadequação no serviço prestado, ou que o evento ocorreu por culpa da vítima ou de terceiro.

Francisco Chagas de Moraes (APUD, STOCO, 2013, p. 982), também perfila do mesmo entendimento, pois para ele, somente ao médico na qualidade de profissional liberal será apurado o elemento culpa para a responsabilização. Já no caso de serviços médicos prestados por hospital, como fornecedor de serviços, a apuração da responsabilidade independe da culpa.

Com base nos preceitos consumeristas, Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 420) entende também, que os hospitais respondem de forma objetiva pelos danos causados, sejam eles advindos da atividade empresarial ou dos serviços profissionais prestados pelos médicos de seus quadros. Para o autor:

> Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, responde objetivamente pelos danos causados a seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração de sua atividade empresarial, tais como defeito de equipamento (v.g em Porto Seguro a mesa de cirurgia quebrou durante o parto e o bebê caiu ao chão, não resistindo ao traumatismo craniano), equívocos e omissões da enfermagem na aplicação de medicamentos, falta de vigilância e acompanhamento do paciente durante a internação (v.g queda do paciente do leito hospitalar com fratura do crânio), infecção hospitalar etc.; quer se tratem de serviços técnico-profissionais prestados por médicos que neles atuam ou a eles sejam conveniados (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 426).

O hospital como fornecedor de serviços, nos seus dizeres, só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste ou a culpa exclusiva do paciente ou de terceiros, ou seja, bastará, para afastar sua responsabilidade, que prove que o evento não decorreu do defeito do serviço, mas sim das condições próprias do paciente ou de fato da natureza.

No mesmo sentido, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim (APUD, STOCO, 2013, 982) assevera:

> O Código é claro ao asseverar que só para a 'responsabilidade pessoal' dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente.

A divergência doutrinária a respeito da natureza da responsabilidade civil do hospital, como prestador de serviços médico-hospitalares reflete também nas decisões de proferidas pelos nossos Tribunais, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça.

Exemplo disso foi a também recente decisão, proferida pela Terceira Turma daquele Tribunal Superior, publicada no dia 12 de Setembro de 2013, em sede de Recurso Especial, onde foi mantida a condenação do hospital pelos danos ocasionados a uma criança de 1 ano e 5 meses. Defendeu o relator, a aplicação da responsabilidade objetiva ao caso, ressaltando que a responsabilidade subjetiva é restrita aos profissionais liberais, não se estendendo aos demais fornecedores, inclusive os hospitais e clínicas médicas. No entanto, para o Ministro relator Paulo de Tarso Viera, a responsabilidade objetiva do hospital não é absoluta, podendo ser afastada com fundamento em uma das excludentes do acima aludido § 3º do art. 14 do CDC, como a inexistência de defeito, a culpa exclusiva da vítima ou o fato exclusivo de terceiro (BRASIL, 2013, on-line). Há de ressaltar, que no referido caso, foram inúmeros atendimentos prestados, que ocasionaram os danos à criança, e não um único ato causado por algum preposto do hospital.

Importante dizer, por fim, que situações há em que o médico realiza o atendimento utilizando apenas o suporte físico do hospital sem, entretanto, manter qualquer relação de emprego ou preposição com o mesmo. Nessas situações o hospital não poderá ser responsabilizado (AGUIAR, 1995, p. 39).

3.3. A responsabilidade dos hospitais por danos decorrentes de atos paramédicos.

Os danos decorrentes de atos paramédicos (medicamentos, instalações, pessoal de enfermaria), também se subordinam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Na lição de Miguel Kfouri Neto (2010, p. 37):

> Atos paramédicos – em geral, são praticados pela enfermagem e outros profissionais da saúde, auxiliares ou colaboradores, que executam ordens do médico. Alimentação parenteral, colocação de aparelho gessado em membro fraturado, administração de medicamentos, aplicação de injeções, exames radiológicos, curativos, controle de pressão arterial e temperatura – são alguns exemplos. Eventuais lesões sofridas pelos pacientes advindas da má prestação desses serviços, também se subordinam às regras do CDC – e pelos danos torna-se responsável o hospital.

O hospital nesse caso, de fato, deve responder objetivamente, como por exemplo, pela transfusão de sangue coletado de pessoa portadora de doença contagiosa, como por exemplo, de pessoa portadora do vírus HIV. Para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cabe ao hospital a fim de assegurar a saúde e a vida dos pacientes dependentes de transfusão, verificar a qualidade do sangue doado. No caso apreciado pelo TJSP naquela ocasião, o hospital não dispunha de registro quanto à realização de testes anti-HIV do material doado e transfundido na paciente (SÃO PAULO, 2014, online).

Aos atos ora analisados, procede-se a responsabilidade de cunho objetivo, julgando pela equivalência destes com aqueles atos extra-médicos. Os procedimentos desta natureza atribuem ao hospital o dever de recobrir e proteger seus usuários. Portanto, a atividade econômica aqui desenvolvida, quer dizer, a monetização dos serviços confere obrigatoriedade aos estabelecimentos hospitalares o cuidado redobrado, sob pena, de responder pelos danos causados, independentemente de comprovação da culpa.

4. A prova nas ações movidas contra hospitais

Antes de apresentar as peculiaridades no tocante à prova, direcionada à responsabilidade civil dos hospitais, importa traçar um pequeno desenvolvimento a respeito de seu conceito e outros aspectos a ele ligados. A doutrina é extremamente rica na definição de prova, que de uma maneira geral, consiste no instrumento que as partes possuem para demonstrar os fatos alegados no processo. A finalidade é convencer, ou seja, tornar irrefutável o fato apresentado, afastando dúvidas, gerando a convicção do julgador.

João Batista Lopes (2007, p. 26) explica que o vocábulo “prova” advém do latim probatio, que significa verificação, exame, inspeção. Afirma o autor, que na linguagem jurídica, em sentido objetivo, o termo é empregado como sinônimo de demonstração dos fatos alegados no processo, enquanto que no sentido subjetivo, representa a convicção que de forma no espírito do juiz acerca da existência ou não dos fatos alegados no processo.

Para Aclibes Burgarelli (2000, p. 54), provar:

> Resume-se na realização de uma tarefa necessária e obrigatória, para constituir estado de convencimento no espírito do juiz, este na condição de órgão julgador, a respeito de um fato alegado e sua efetiva ocorrência, tal como foi descrito. Prova, assim, é meio, é instrumento utilizado para a demonstração de veracidade entre o fato alegado e sua direta relação com o mundo da realidade material, de modo a criar, no espírito humano, convencimento de adequação. Prova judiciária, a seu turno, é o meio demonstrativo de veracidade entre o fato material (fato constitutivo do direito) e o fundamento jurídico do pedido.

Pela definição acima, consta-se que não basta a mera realização da prova, sendo imprescindível também que esta tenha força de convencer o julgador de sua adequação. Nesse mesmo sentido, pertinente a observação feita por Eduardo Cambi (2006, p. 215), para quem:

> Realizar a prova não é um dado decisivo ou o único meio para conseguir a obtenção da tutela jurisdicional plena. Percebe-se, pois, que não basta à parte produzir a prova (por sinal, é indiferente quem a produz), para que sua pretensão ou a sua defesa sejam acolhidas, mas é necessário que essa prova realizada, no contexto do conjunto probatório, tenha força persuasiva suficiente para poder convencer o juiz de que suas alegações são verdadeiras e de que têm razão, merecendo obter a tutela jurisdicional favorável; caso contrário, não haveria sentido a fase de valoração da prova e o magistrado não teria como julgar o dilema de ter de decidir qual das partes tem razão, se ambas provassem os fatos a que estão onerados.

O objeto da prova são todos os fatos que devem ser provados no processo, e os fatos que impõem a necessidade de prova são os fatos controvertidos, relevantes e pertinentes à causa. Os fatos controversos são aqueles que foram afirmados por uma parte e impugnados pela outra. Os fatos relevantes, por sua vez, são aqueles acontecimentos que influem diretamente no julgamento da lide. Já os pertinentes, são aqueles que possuem relação direta com a causa (LOPES, 2007, p. 31-32).

Às partes caberá o encargo de provar os fatos, o chamado ônus da prova. Nelson Nery Junior (2010, p. 635), ao discorrer sobre o tema, explica que a palavra vem do latim ônus, cujo significado é fardo, peso, gravame. Para o autor, “não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho da causa”.

Nesse mesmo sentido, João Batista Lopes (2007, p. 37) ressalta que não há um dever jurídico de provar, mas tão somente o ônus. Para o autor, no ônus há ideia de carga e não de obrigação ou dever. No entanto, afirma que a parte a quem a lei atribui o ônus não será automaticamente prejudicada se dele não se desincumbir, já que o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos.

Dentro desse contexto, não há como negar, a dificuldade, em algumas das vezes até mesmo a impossibilidade, de o paciente comprovar a culpa e também o nexo de causalidade em ações de responsabilidade fundada na atuação médica. Surgem, em decorrência dessa dificuldade probatória, inúmeras tendências doutrinárias e decisões no sentido de se modificar a regra tradicional do ônus, principalmente, levando principalmente em consideração a maior ou menor facilidade na sua produção.

No direito pátrio, por exemplo, reconhece-se a possibilidade de coexistência entre a responsabilidade subjetiva do médico esculpida no artigo 951 do Código Civil, e a norma contida no Código de Defesa do Consumidor que consagra possibilidade de inversão do ônus da prova. Defende-se que o fato de o Código de Defesa do Consumidor ter consagrado a responsabilidade civil subjetiva para o profissional liberal não ilide a possibilidade de aplicação dos outros mecanismos nele existentes.

Nelson Nery Junior (2010, p. 635) entende que nas ações movidas em face do profissional liberal, seja a sua obrigação de meio ou resultado, é sim possível haver a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, conforme autoriza 6°, VIII, do Código.

No mesmo sentido, Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 398-399), destaca também a possibilidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, pois segundo ele, a hipossuficiência aludida pelo Código não é apenas econômica.

Miguel Kfouri Neto (2010, p. 60), por sua vez, entende que na responsabilidade civil médica e hospitalar, decorrente de comportamento culposo do médico, não se poderá, em princípio, aplicar a inversão do ônus da prova. Segundo o autor, poderá, no entanto, considerando o caso, modificar-se o encargo probatório, desde que o faça de forma clara e objetiva, atribuindo assim, a produção de determinada prova à parte que tenha melhores condições de trazê-la. Defende, mencionado doutrinador, que ao invés da aplicação da inversão do ônus da prova, é dado ao julgador valer-se da técnica denominada cargas probatórias dinâmicas.

Exemplo de um dos primeiros casos da aplicação da mencionada técnica foi o julgamento do RESP n. 69.309 – SC pelo então Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Na ocasião ressaltou o relator que a prova da regularidade do comportamento médico

encontra-se nas mãos do hospital, que deve sempre cuidar de ser preciso nos relatórios, fichas de observação, controle, tratamento e tudo mais e, portanto, é ele quem possui as melhores condições para comprovar o que realmente aconteceu na privacidade da sala cirúrgica (BRASIL, 1996, on-line).

Ademais da inversão total do ônus da prova, enraizada no Código de Defesa do Consumidor, o novo Código de Processo Civil inovou quanto à distribuição do ônus da prova, que deixa de ser fixa e passa a ser dinâmica. O §1º do artigo 373 traz ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a ser deferida pelo Juiz quando houver "impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo" ou "maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário". Portanto, na medida em que a estabilidade do ônus da prova é superada, cada parte poderá ter o ônus específico para determinado fato alegado.

Diante das circunstâncias fáticas do caso, a dinamicidade do encargo probatório busca equilibrar tal ônus entre as partes. Nas ações de responsabilidade médica a modificação trará alternativas à inversão total do ônus da prova, sobretudo pela inversão praticamente automática e geral garantida pelo Código de Defesa do Consumidor, o que, por vezes obriga médicos e hospitais a se desdobrarem na produção de provas impossíveis, também devidamente chamadas de "diabólicas". Assim, o ônus da prova incumbirá a quem tiver melhores condições de produzi-la, sejam médicos, sejam hospitais, sejam até mesmo pacientes.

Portanto, tanto o médico como o hospital, deverão ter preocupações maiores com a instrução probatória, de maneira a produzir as provas que estiverem ao seu alcance, inclusive as pré-processuais, para formar assim o convencimento do magistrado. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova traduz a ideia de relativização da rigidez do sistema legal Vale ressaltar, por fim, que há também posicionamento contrário à sua aplicação.

Considerações finais

A discussão acerca do instituto da responsabilidade civil invariavelmente conterá em sua abordagem os conceitos da subjetividade e objetividade que, em síntese, relaciona a existência, ou não, de culpa na conduta do agente causador do dano.

Sem a intenção de esgotar a temática e impor a pacificação das controvérsias do assunto, o presente trabalho, sob a égide do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, se propôs a apontar o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o

tema da responsabilidade civil dos hospitais. Superadas as compreensões materiais e a sua aplicabilidade na medida das diferenças dos atos realizados em hospitais, a intenção foi também de apresentar os encargos probatórios das partes nas ações de responsabilidade civil.

A partir da compreensão do Código de Defesa do Consumidor, especificamente em seu artigo 14, entende-se a natureza da responsabilidade dos hospitais como objetiva, em outras palavras, surgirá o dever de reparar o dano sem a necessidade de comprovação de culpa. Contudo, em que pese a relação contratual entre paciente e médico ser consumerista, o conceito de fornecedor não enseja obrigatoriamente ao profissional médico o caráter de responsabilidade objetiva, hajam vistas as especificidades dos atos praticados dentro dos hospitais.

No tocante aos atos extra-médicos, aqueles pertinentes à hotelaria e à administração, as instituições hospitalares respondem objetivamente pelos danos causados. O nosocômio detém a característica de fornecedor de serviços propriamente dito, cuja intenção deverá ser a proteção e o resguardo do paciente e dos seus parentes. Assim, ao prestar tais serviços, o hospital toma para si a responsabilidade de garantir a incolumidade do paciente, acima de tudo, pela condição debilitada em que este se encontra.

Os atos essencialmente médicos dotam de uma particularidade, acertadamente prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §4º. Em se tratando de procedimentos realizados por médicos, a responsabilidade dos hospitais surgirá somente com a devida comprovação do elemento culpa.

Os atos paramédicos, semelhantes aos atos extra-médicos, consistem em serviços prestados no que se referem ao uso e distribuição de medicamentos, bem como os atos praticados por profissionais auxiliares dos médicos, como os enfermeiros. Estas práticas devem seguir os procedimentos instaurados pelo próprio hospital, cabendo a este a responsabilidade de gerenciá-los e supervisioná-los. Assim sendo, por estes atos, a instituição de saúde responderá objetivamente por qualquer dano causado.

Na medida em que se alcança o objetivo de diferenciar a natureza jurídica da responsabilidade civil entre os atos praticados pelos agentes dos estabelecimentos hospitalares, indispensável abordar os encargos probatórios nos processos ajuizados pelos pacientes.

A imposição de provar surge da presença de fatos controvertidos, relevantes e pertinentes ao assunto e à causa. O dever de reparação àquele que tiver sofrido dano é evidente e um ensinamento basilar do Código Civil brasileiro. Igualmente essencial é a

presença do nexo de causalidade entre o ato ou a omissão e o dano causado. A responsabilidade subjetiva necessita do elemento culpa para surgir o dever de reparação, enquanto, na objetiva, desnecessária a sua existência.

A discussão processual na maioria dos casos, por sua vez, se basta na validação comprobatória entre o ato ou a omissão com o dano gerado. A perspectiva da inversão do ônus da prova, consagrada no Código de Defesa do Consumidor, nasce da deficiência do antigo Código de Processo Civil que conferia ao autor o ônus exclusivo da prova. Assim, por diversas vezes, os pacientes demandantes em processos desta natureza se defrontavam com a impossibilidade de realizar provas, mormente pela dificuldade de sua produção.

Entretanto, a inversão total do ônus gera obstáculos no sentido de que, na mesma demanda, os fatos controvertidos podem ser de natureza impossível, ora para os pacientes, ora para os prestadores de serviços. Quer dizer, embora a produção de um fato seja possível, talvez de outro não mereça a mesma sorte. O novo Código de Processo Civil altera o padrão do encargo probatório, antes fixo e estático, para dinâmico, consoante às dificuldades e às impossibilidades de cada fato controvertido. Assim, o ônus da prova incumbirá a quem tiver melhores condições de produzi-la para determinado fato.

Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.718, p. 33-53, agosto 1995.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). Responsabilidade civil: direito fundamental à saúde: atividades de prestação de serviços médicos e de saúde, serviços médicos, serviços hospitalares, risco, meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.v. 5. (Doutrinas essenciais). p. 507-541.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Conceitos e definições em saúde.** Brasília, 1977. Disponível em<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0117conceitos.pdf>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 258.389 – SP**. Recorrente: Hospital Maternidade Jundiaí S/A. Recorrido: Clóvis Reis de Bastos. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Brasília, 16 de junho de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000445231&dt_publicacao=22/08/2005>. Acesso em 08 de setembro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.145.728 – MG**. Recorrente: Maternidade Octaviano Neves S/A. Recorrido: Valéria Mendes Spagnol e outros. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Quarta Turma. Brasília, 28 de junho

de 2011. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901182632&dt_publicacao=08/09/2011>. Acesso em 08 de setembro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.331.628 – DF**. Recorrente: Fundação Zerbini. Recorrido: DLT (Menor). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Brasília, 05 de Setembro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201359210&dt_publicacao=12/09/2013>. Acesso em 08 de setembro de 2016.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CAMBI, Eduardo. **A prova cível: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Método, 2005.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Iatrogenia e Erro Médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Alexandre Araujo, Henrique Araujo. **Erro médico: responsabilidade civil e penal de médicos e hospitais**. Brasília: Thesaurus, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GODOY, Roberto. **A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 89, n.777, p. 87-166, jul. 2000.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson Nery. **Os princípios do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista dos Tribunais, São Paulo. v. 4. p. 25, Outubro 2011.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Aspectos processuais das ações de responsabilidade médica**. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coord.). Curso de Direito Médico. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

SANTOS, Leonardo Viera. **Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Bahia: Jus Podium, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 0132638-81.2006.8.26.0100**. 3ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Congregação das Filhas de Nossa Senhora do Monte Calvário – Hospital Santa Virginia. Apelado: Fernanda da Anunciação Romualdo. Relator: Alexandre Marcondes. São Paulo, 12 de novembro de 2013. Disponível em:<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7163732&cdForo=0&vlCaptcha=ewcis>. Acesso em 07 de setembro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 0154757-74.2008.8.26.0000**. 10ª Câmara de Direito Público. Apelante: Josefina Tesolin da Silva. Apelado: Hospital das Clinicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez. São Paulo, 17 de março de 2014. Disponível em:< https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7394649&cdForo=0>. Acesso em 07 de setembro de 2016.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade civil médico/hospitalar e o ônus da prova**. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba. v. 9. n. 11. p. 43. Novembro 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **A responsabilidade médica, hospitalar e o ônus da prova sob a ótiva da análise econômica do direito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2cd2915e69546904> Acesso em: 07 de Setembro de 2016.