



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE-UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS-CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO-UAD

ÍCARO SILVA OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE ERRO MÉDICO

Sousa – PB

2018

ÍCARO SILVA OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE ERRO MÉDICO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial de obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Sousa - PB

2018

ÍCARO SILVA OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE ERRO MÉDICO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial de obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Data da aprovação: 03/12/2018.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Professor (a):

Professor (a):

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter me abençoado ao longo destes 5 anos, por ter me proporcionado força e perseverança para enfrentar os desafios que surgiram no meu caminho, por ter concedido vitórias para celebrar e dificuldades para aprender, mesmo que a princípio eu não entendesse o motivo dos eventos que se realizaram na minha vida, foi tudo sua obra para que eu pudesse crescer e aprende.

Agradeço aos meus queridos pais, Solange e Josean, que sempre foram os meus maiores incentivadores, que sempre tiveram uma palavra de apoio ou um conselho quando eu precisei e que serviram como rochas para mim em momentos de tempestade. Aos meus avós pelo carinho e disposição, e ao meu irmão Weyber, pela sua paciência e auxílio.

Agradeço aos meus colegas graduandos por terem me recebido e conferido ajuda sempre que eu necessitei, aos professores da UFCG pela disponibilidade, profissionalismo e dedicação a formação dos estudantes, quero em especial agradecer ao meu orientador, professor Eduardo Jorge Pereira de Oliveira, pela disponibilidade, ajuda e incentivo.

Sou grato a turma do curso de Direito 2013.2 da UEPB, campus de Guarabira, onde iniciei a vida universitária antes de vir para a UFCG, eu sou grato pela amizade e companheirismo, especialmente de minha amiga Indianara que estará sempre no meu coração, e sou grato aos professores da instituição por me darem as bases do conhecimento.

RESUMO

Esta monografia aborda a temática da responsabilidade civil em caso de erro médico, buscando explicar de forma satisfatória as nuances do mesmo. A evolução histórica da noção de responsabilidade civil é exposta e serve de alicerce para as informações seguintes, que incluem, o conceito e natureza de responsabilidade civil médica, seus pressupostos e excludentes. A legislação envolvida no tema é exposta ao longo do texto, juntamente com citações de diversos autores. É discutida a questão da responsabilidade civil de estabelecimentos de saúde. O objetivo deste trabalho é entender a noção de responsabilidade civil e como ela se aplica no contexto da prática médica,

PALAVRAS-CHAVES: responsabilidade civil, responsabilidade médica, erro médico, direito civil, deveres do médico.

ABSTRACT

This monograph approaches the subject of the civil liability in case of medical error, trying to explain in a satisfactory way the nuances of it. The historical evolution of the notion of civil liability is exposed and serves as ground for the following information, which includes the concept and nature of the medical civil liability, its assumptions and excluding causes. The legislation about the subject is exposed through the text, along with quotes of various authors. It's discussed the civil liability of health establishments. The goal of this monograph is to understand the notion of civil liability and how it applies in the context of medical practice.

KEY-WORDS: civil liability, medical liability, medical error, common law, physician's duties.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
2.1 HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
2.2 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.3.1 CONDUTA HUMANA.....	13
2.3.2 NEXO CAUSAL.....	14
2.3.3 DANO	16
2.3.4 CULPA	19
2.4 TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	21
2.4.1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL.....	21
2.4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.....	23
2.4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	23
3. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	25
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	26
3.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	27
3.3 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	29
3.4 RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MÉDICO	29
3.5 OS DEVERES DO MÉDICO.....	31
3.6 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	33
3.6.1 IATROGENIA.....	35
3.6.2 FATO DE TERCEIRO	36
3.6.3 ERRO ESCUSÁVEL	37
3.6.4 INTERCORRÊNCIA MÉDICA.....	37
3.6.5 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.....	37
3.6.6 CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR.....	37
3.6.7 CUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL	38
4. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTABELECIMENTOS HOSPITALARES.....	38
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PÚBLICOS.....	41
5 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	42
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

A profissão médica é uma das mais antigas do mundo, a princípio um ofício permeado por misticismo e superstição e que foi evoluindo para a categoria de ciência, e tal evolução criou a necessidade de regras que regessem a prática da medicina e protegessem os pacientes em caso de erro ou conduta impropria dos médicos.

Neste trabalho será analisado o instituto da responsabilidade civil e como se aplica a prática da medicina, em particular nas situações de dano causado por erro médico. A hipótese adota é analisar se essa responsabilidade é uniforme independente de se tratar de profissional liberal ou empregado, ou de estabelecimento de saúde público ou particular.

Através da pesquisa bibliográfica de textos normativos e doutrinários foram construídos 5 capítulos: o 1º e o 2º trata da responsabilidade civil, o 3º capítulo trata da responsabilidade civil médica, o 4º explora a responsabilidade civil de estabelecimentos hospitalares e o 5º trata da Teoria da perda de uma chance, circunstância que pode gerar o dever de indenizar

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos primórdios da civilização humana os indivíduos se agrupavam em tribos ou grupos desprovidos de quaisquer regras meios de regulamentação das relações entre os indivíduos. Durante este período existia a tão apenas a prática de vinganças coletivas executadas por meio de ações conjuntas da tribo contra aquele ou aqueles que ferissem um ou mais de seus membros.

A vingança coletiva se transmuta em privada, o ofendido, sozinho, revida contra o ofensor, atentando aos limites do dano que ele sofreu, princípio consonante com a famosa Le de Talião “olho por olho, dente por dente”, que teria servido como base para o Código de Hamurabi na antiga Mesopotâmia.

A respeito da responsabilidade nos primeiros estágios da civilização Carlos Roberto Gonçalves (2010, pg. 24) diz:

Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava então a vingança privada [...] se a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha a vindita imediata, posteriormente regulamentada, e que resultou na pena de talião, do “olho por olho, dente por dente.

Foi se reparando que a reparação do dano pela retribuição na mesma forma e medida deste não era realizável, pois não reparava o dano sofrido e maximizava seu efeito.

Avançando na linha histórica é chegado o período onde o poder público já goza de expressão sobre a sociedade, surgem as Leis das XII Tábuas, impedindo que o abuso do exercício do direito de retaliação, elas passam a impor uma regulação de como o lesado exerceria o direito de retaliação. Surge então a sistemática da responsabilidade objetiva; em seguida veio a fase da composição voluntária, na qual a vítima poderia determinar uma quantia em pecúnia ou apenas a vingança contra o agressor, na primeira alternativa cabia a autoridade pública determinar uma quantia a ser paga ou montante de bens a serem dispostos à vítima.

Um marco expressivo no desenvolvimento da responsabilidade civil aconteceu durante a época romana com a publicação de *Lex Aquilia* que cunhou a nova designação de responsabilidade civil delitual, de acordo com Sílvio de Salvo Venosa (2010, p.18 e 19):

Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade. A *Lex Aquilia* foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II A.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Como os escravos eram considerados coisas, a lei também se aplicava na hipótese de danos ou morte deles. Punia-se por uma conduta que viesse a ocasionar danos.

Foi introduzida a noção de culpa para a responsabilidade, de modo que se não fosse possível atribuir culpa ao causador do dano o mesmo estava desobrigado a reparar o dano, dando origem à responsabilidade extracontratual. O direito francês aprimorou aos poucos as ideias elaboradas pelos romanos, o Código Napoleônico trouxe em seu texto a noção de que a responsabilidade deveria se embasar na culpa, proporcionando o surgimento da responsabilidade civil subjetiva.

É um tanto obscuro o seu início do direito português, a mais antiga responsabiliza a invasão dos Visigodos, pela rustica legislação soberana de Portugal, com uma forte influencia germânica, temperada com o cristianismo, nessa época não se fazia diferença entre as responsabilidades civil e criminal. Depois da invasão árabe a reparação monetária se passou a ser aplicada a reparação monetária paralela a punição corporal.

Durante a era do Brasil colonial, as Ordenações do Reino que vigoravam em território brasileiro confundiam reparação, pena e multa. O Código Civil de 1966 se adaptou aos novos rumos da responsabilidade civil, determinando em seu artigo número 483 que quem violar ilicitamente, por culpa ou dolo, o direito de outros ou designações legais que protegem os direitos de

outrem, fica obrigado a indenizar pelos danos causados, sendo salientado que só existe a obrigação de indenizar independente de culpa nos casos especificados em lei.

O Código francês influenciou o sistema jurídico brasileiro, o Código de 1916, o primeiro a ser adotado pela república, seguia a regra da responsabilidade civil subjetiva, tomava o preceito da exigência da prova de culpa ou dolo do causador do dano para que este seja compelido a reparar.

Diante do progresso desencadeado pelo desenvolvimento econômico aliado a multiplicação de danos e transformações nas relações sociais e os arranjos já existentes foram se mostrando algumas vezes ineficazes quando o ofendido não conseguia provar a culpa do acusado.

Nasce a teoria da responsabilidade civil objetiva, ou teoria do risco, onde a obrigação de reparar surge da presença da conduta humana, do nexo e da causalidade, mas, de acordo com esta linha, a responsabilidade independe da culpa. O atual Código Civil respeita ambas as teorias, no objetivo de resguardar os interesses dos indivíduos.

2.2 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

A harmonia e equilíbrio social, bem como o convívio em sociedade são perturbados quando um indivíduo é lesado em caráter material ou moral, de modo que para reparar as relações interpessoais dos membros da sociedade nasce a obrigação de reparação, vindo junto com o instituto da responsabilidade civil.

A restituição na seara civil toma por base a noção de não lesar outrem, se ocorrer, o perpetrador ficava obrigado a satisfazer determinada sanção. A responsabilidade civil é tratada no Código Civil de 2002 em um título próprio, entre os artigos 927 a 954, conectados aos artigos 186 e 187, onde está explícita a definição de ato ilícito.

A responsabilidade civil esta diretamente ligada a prática da conduta danosa, seja ela comissiva ou omissiva, que gera a obrigação de reparar; obrigação esta que consiste em três objetivos básicos, quais sejam: a

reparação do dano provocado, a penalização do culpado como meio de desmotivar outros a praticar conduta danosa. Como diz Cairo Júnior (2006 *apud* MANHABUSCO G., MANHABUSCO J., 2010, p.44):

A responsabilidade civil representa o dever de ressarcir ou de compensar, imposto àquele que, por ação ou omissão, por fato próprio, de terceiro, ou de coisas dele dependentes, provoque a diminuição ou alteração no patrimônio material ou moral de alguém.

A responsabilização civil se baseia na conduta do agente, no dano causado e no nexo de causalidade entre os dois primeiros, a variante é a presença de um quarto elemento, e em cima disso existem duas teorias básicas a respeito da reparação civil.

A teoria da responsabilidade civil objetiva tem entre seus elementos compositores a culpa, o dever de reparar se manifesta nas situações especificadas na lei, ou na realização de atividades que por sua natureza implicam em riscos aos direitos de outrem, sendo possível notar no artigo 927 do Código Civil em vigor a adoção da teoria do risco, o texto do mesmo, no entanto, é ajustável ao caso concreto.

Existem três espécies de teorias do risco, quando um indivíduo se aproveita de certa atividade, responde por danos causados pela sua prática, sendo a teoria do risco proveito, numa relação de ônus e bônus. Quando alguém. No momento em que alguém, no desenvolvimento de sua atividade, cria riscos a outros, deve arcar com os danos dela ocasionados, sendo a teoria do risco atividade, que muito se confunde com a do risco criado, em atividades que por sua natureza, são dotadas de possibilidade de causar dano. Com base nisto diz Gonçalves (2010, p 49):

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

A culpa presumida corresponde à responsabilidade subjetiva, deve o elemento culposo ser demonstrado, de forma presumida, havendo a inversão do ônus da prova, que fica por parte do ofensor provar que não teve culpa, enquanto o ofendido só tem de provar os elementos básicos.

A diferença entre a responsabilidade civil e as outras formas de responsabilização é o objetivo que busca alcançar, a responsabilização penal busca punir aquele que causou dano ao direito público e afronta a sociedade, a penalização tem caráter personalíssimo e se limita a figura do agressor, enquanto a reparação civil resguarda o interesse privado, a ideia de equilíbrio entre dano e reparação, nem sempre o causador do dano será obrigado a repará-lo. Apesar desse diferencial entre as modalidades de responsabilização existe uma interdependência entre as responsabilidades civil e penal como diz o artigo 935 do Código Civil:

Art. 935 – A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. (BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em 15 de setembro de 2018).

O artigo delinea quatro características necessárias à reparação civil: a conduta humana, dano causado, nexos de causalidade entre conduta e o dano, culpa ou dolo do agente, ressalve-se que tais requisitos podem variar de acordo com o tipo de responsabilidade.

O artigo 927 do CC/2002 fala do dever de indenizar independente da culpa ou dolo do agente provocador do dano, sendo suficiente a presença dos outros requisitos, sendo assim definida a modalidade objetiva da responsabilização. De qualquer forma três requisitos básicos deverão se configurar e em seguida se analisar a necessidade ou não de culpa, dependendo do dispositivo que julga mais correto a ser aplicado no caso concreto.

2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.3.1 CONDUTA HUMANA

A conduta é o primeiro elemento que se pode ser extraído do artigo 186, sendo de fundamental importância para a configuração da responsabilidade civil. Pode se conceituar conduta como ação, todo ato humano, voluntário e imputável, incluindo os culposos, e ainda as omissões diante do dever de agir.

Importante elemento caracterizador da conduta humana é a voluntariedade, que se define como a soma entre discernimento e consciência diante da liberdade de agir. O ato voluntário diz respeito à capacidade de percepção do que está praticando, não se confundindo a voluntariedade com o querer intencional de produzir resultado.

A ação ou omissão não necessariamente deve ser praticada pelo agente, em ato próprio, a conduta praticada por terceiro que estiver sob sua responsabilidade também pode gerar a obrigação de indenizar, nestes casos ocorre a responsabilidade indireta, prevista no artigo 932 do CC/2002, onde estão descritos os eventuais responsáveis, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos de terceiros ali referidos, de acordo com o artigo 933 do Código de 2002.

A ação que gera o dever de indenizar nem sempre está imbuída de caráter ilícito, como no caso de danos causados por ato lícito motivados por interesse privado (art. 188, inciso II, parágrafo único, CC/2002), a ação, mesmo lícita, faz nascer o dever de reparar. A reparação civil por ato lícito depende de norma legal que a preveja.

A obrigação de indenizar surge com uma conduta lesiva, comissiva ou omissiva, contrária ao direito e que geralmente decorre da infração de um dever legal, contratual e social.

2.3.2 NEXO CAUSAL

Outro requisito de suma importância para a configuração da responsabilidade civil é o nexo causal que vem a ser o elo ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado, sendo o primeiro fator a se analisar para determinar a existência da responsabilidade ou não, é inquirida a existência do nexo antes mesmo de se analisar a existência ou não da culpa, é estudando se

excluída a conduta do agente haveria ou não o mesmo resultado que se determina a responsabilidade. Portanto, não existindo o vínculo entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo lesado não há a responsabilidade de reparar.

No caso de condutas omissivas é analisado se o agente tinha o dever jurídico de agir, pois caso ele não exista não haverá relevância causal e, portanto não haveria responsabilidade.

Existem três teorias que tentam esclarecer a relação de causalidade, na tentativa de saber como fazer prova desse liame e como constatar qual foi o fato indispensável para ocorrência do resultado danoso. São elas: teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e teoria do dano direto e imediato.

A teoria da equivalência das condições não fazia diferença entre causa, condição e ocasião, considerando qualquer circunstância, direta ou indireta, que tenha contribuído para o dano como causa. Embora utilizada no direito penal esta teoria não é viável de ser usada na seara civil, pois levaria a uma regressão quase infinita dos fatos.

A teoria da causalidade adequada defende que a causa é a ação antecedente necessária para produzir o efeito danoso, caso várias condições convirjam para o mesmo fim nem todas serão usadas, somente a que foi determinante para o evento será considerada.

A teoria do dano imediato, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal, determina como causa do dano o elemento que a ele está diretamente conectado, sem intermediário ou intervalo. A maioria dos doutrinadores adere a esta corrente, enquanto uma minoria considera mais correta, a teoria da causalidade adequada.

Existem também as excludentes do nexo causal, casos de impossibilidade supervenientes do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente; a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior ou fato de terceiro são exemplos.

Perante o dano, predomina o dever de indenizar, o fato de terceiro não isenta o agente causador do estrago da obrigação, cabendo a quem indenizou pleitear ação de regresso contra o verdadeiro causador do prejuízo, de acordo com o artigo 930 do CC

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I). (BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em 15 de setembro de 2018).

Caso fortuito e força maior são tratados no artigo 393 do Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em 15 de setembro de 2018).

As excludentes incitam várias discussões doutrinárias sobre o que é cada uma, uns dizem que a distinção é meramente acadêmica outros dizem que ela existe de fato. A corrente majoritária defende que o caso fortuito corresponde a um acontecimento natural e a força maior a circunstâncias humanas. Rui Stocco (2007, p. 173) diz:

Apenas para efeito de registro, cabe observar que o nosso Direito consagra em termos gerais a isenção de responsabilidade quando o dano resulta de caso fortuito ou de força maior. Em pura doutrina, distinguem-se estes eventos dizendo que o caso fortuito é o acontecimento natural, derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto ou o temporal. Na força maior há um elemento humano, a ação das autoridades (factum principis), como ainda a revolução, o furto ou roubo, o assalto ou, noutro gênero, a desapropriação

É imprescindível que o dano resulte de ato alheio a vontade do agente, excluindo o nexo causal por ser um acontecimento totalmente estranho a conduta do agente, sendo inevitável a qualquer das partes, agente ou lesado.

2.3.3 DANO

O dano é o elemento objetivo da responsabilidade civil e elemento imprescindível para a configuração do dever de indenizar. Embora existam vários conceitos sobre dano, o mais conciso é o que define dano como lesão a um interesse jurídico tutelado, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial, causado por conduta comissiva ou omissiva.

Para que seja indenizável é preciso que o dano consista em uma violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa, é preciso que haja certeza do dano e a sua subsistência, sendo estes requisitos.

O primeiro é requisito é a obrigatoriedade de lesionar bem jurídico tutelado e pertencente a sujeito de direito. O Supremo Tribunal Federal, através da súmula 37, determina que são cumuláveis as indenizações por danos materiais e morais advindos do mesmo ato. Em seguida se verifica se o dano foi efetivo e certo, pois, não é passível de indenização a mera possibilidade do dano.

Se destaque que a indenização sem ocorrência de dano implica em enriquecimento sem causa para quem recebe, implica diminuir o patrimônio de alguém injustamente para o aumento de outro, o que não é permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme os artigos 884 a 886 de Código Civil.

A Carta Magna, em seu artigo 5º, incisos V e X, garante como direito fundamental a resposta e a indenização por danos materiais, morais e a imagem, cabendo a legislação civil discipliná-los. Assim o dano será material ou patrimonial, e moral ou extrapatrimonial.

Por dano material se entende aquele que atinge bens materiais, provocando a deterioração, total ou parcial, podendo ser auferidos economicamente, para que a vítima possa ser indenizada, buscando reestabelecer o estado do patrimônio antes do dano, o artigo 402 do CC/2002 diz:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil, Brasília, DF. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em 15 de setembro de 2018).

Do artigo extraímos dois conceitos, o dano emergente a o do lucro cessante, o primeiro é a perda patrimonial atual que acarreta a diminuição do patrimônio, é facilmente comprovado e é simples o seu calculo, não sendo difícil restabelecer o desfalque patrimonial. Lucro cessante diz respeito ao que o lesado deixou de auferir devido ao dano sofrido

Sob a Constituição Cidadão foi deixada de lado a discussão se danos morais podem ser reparados ou não, e passou a discutir o que seria o dano moral para satisfazer o sofrimento pelo qual o indivíduo passou. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Na concepção moderna da reparação do dano moral, prevalece a orientação de que a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. (STJ, REsp 173.124, 4ª T., Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ: 19.11.2001)

O dano moral não implica necessariamente em um dano concreto ao patrimônio material, mas ao direito personalíssimo do indivíduo, o que por sua vez dificulta a determinação da extensão do estrago causado e o cálculo do valor a ser pago.

O dano extrapatrimonial afeta o animo psíquico, transitando pelo imponderável, é necessário, devendo se estabelecer como parâmetro um homem médio, não levando em conta aqueles super sensíveis que se aborrecem com pequenas e/ou triviais coisas, nem aqueles que são que tem pouca ou nenhuma sensibilidade.

Doutrinadores dividem o dano moral em direto e indireto, o primeiro é onde se atinge diretamente bem de ordem moral (vida, integridade psicológica), já o segundo diz respeito ao dano material que atinge a vítima não pelo valor econômico, mas pelo sentimental.

Há discussões acerca do dano estético, que é a alteração morfológica externa no indivíduo, causando desagrado ao portador e indenizável pela humilhação que o submete.

Maior parte dos doutrinadores entende que no caso de o dano estético ser passageiro passível de correção médica, ele se categoriza como dano material, pelos gastos efetuados e dívidas contraídas, podendo ser objeto de reparação civil. Não sendo o dano reversível ele se insere no campo de dano moral, pois, afeta o subjetivismo da pessoa.

2.3.4 CULPA

A culpa tem suas raízes no Direito Romano, na Lei Aquilia. A culpa passou por um longo período de desenvolvimento até chegar a sua forma atual. A culpa é mencionada em passagens do ordenamento jurídico nacional que tratam da responsabilidade civil, entretanto ela deixou de ser pressuposto essencial para a sua configuração com o Código de 2002, que passou a admitir a responsabilidade objetiva, apesar disto a culpa ainda é elemento de grande importância para o tema em questão e digno de análise.

A culpa em sentido estrito se baseia no agir com negligência, imprudência e imperícia em relação ao direito alheio sem a intenção de violar um direito de outro, já a respeito da culpa em sentido amplo diz Maria Helena Diniz (2003, p.42):

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas consequências.

A doutrina clássica diz que a culpa é formada por três elementos: a voluntariedade do comportamento do agente, a previsibilidade e a violação do dever do cuidado. O primeiro implica não em uma intenção de causar o dano, mas na naturalidade e espontaneidade com que a conduta é efetuada. Posteriormente temos um resultado previsível, e assim sendo, evitável, caso não fosse assim, adentraria na esfera do caso fortuito ou força maior, extrapolando os limites da culpa, eximindo o agente da obrigação de indenizar. Por fim a falta de cautela, a violação do dever de cuidado que leva ao dano, se esta inobservância é intencional, temos o dolo.

Negligencia, imperícia e imprudência caem na categoria de culpa *strictu senso*; a primeira é inobservância das normas que determinam ao homem agir com cautela, capacidade e discernimento, imperícia é a falta de habilidade técnica para a realização de ato, profissão ou atividade, imprudência por sua vez é o abandono da cautela necessária para o exercício de determinada atividade.

A teoria da responsabilidade civil não questiona o grau da culpa do agente, mas a sua comprovação, e na teoria da responsabilidade civil objetiva nem isso é necessário, bastando apenas a conduta, o dano e o nexo causal. Mas a necessidade de estudar os graus de culpa parte da leitura do parágrafo único do artigo 944, *in verbis*:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. (BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em 16 de setembro de 2018).

Conclui-se da leitura do citado artigo que o legislador fala na gravidade da culpa, mostrando sua relevância na fixação do valor da reparação, conferido ao juiz a faculdade de reduzir a indenização quando ela for exagerada. Ressalte se que a questão é doutrinária, se dividindo em culpa grave quando o agente atua com extrema falta de cautela sendo injustificável ao homem médio, já a culpa leve é associada a falta de diligencia que pode ser comum a qualquer sujeito e a culpa levíssima diz respeito a um esmero extraordinário, além do exigido a um homem médio, um conhecimento singular ou alguma habilidade especializada para certa atividade.

A teoria da culpa presumida dita que diante da ocorrência do evento danoso o ônus de demonstrar a culpa fica a cargo do agente que causou o dano, para se isentar do dever de indenizar ele deve demonstrar que não agiu com culpa. Estas observações são validas para auferir a responsabilidade civil subjetiva, já que a objetiva se baseia na teoria do risco.

Por última existe a culpa concorrente, quando o agente causador e a vítima incorrem em culpa pelo prejuízo, com base no artigo 945 do Código Civil

a indenização será dividida proporcionalmente ao grau de culpabilidade dos envolvidos

2.4 TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

As teorias acerca da responsabilidade surgiram e se transformaram ao decorrer do tempo, influenciadas por fatos históricos, condições sociais e mudanças no ordenamento legal, objetivando prover aos indivíduos a melhor proteção perante situações em que eles possam se encontrar onde haja dano a bem jurídico lesionado.

Debates e divergências levaram a certas modificações quanto a um dos pressupostos do dever de indenizar, o objetivismo foi adotado e a responsabilidade se tornou independente da culpa, haja vista este requisito ser insuficiente para regular todos os casos de reparação.

A responsabilidade civil se apresenta em diferentes espécies, de acordo com a perspectiva em análise, quanto ao agente ela pode ser direta (fruto de sua ação), ou indireta (proveniente de ato de terceiro ligado ao agente, ou de fato de animal ou coisa inanimada sob' sua guarda).

Quanto ao fato gerador, a responsabilidade pode ser contratual quando surgir da violação de norma determinada em contrato, ou extracontratual quando advier da violação de direito de outro. Esta ultima pode ser subjetiva quando se faz necessária a análise do dolo ou culpa, ou objetiva quando basta apenas a presença dos outros pressupostos.

2.4.1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Para distinguir estas duas modalidades de responsabilidade é necessário identificar a natureza da norma jurídica violada, seu foco esta na origem da obrigação, enquanto elas compartilham os demais elementos.

A responsabilidade contratual se baseia no descumprimento, por violação ou inadimplência, de uma determinação expressa ou tácita advinda de contrato, baseada na autonomia de vontade das partes. Esta espécie de reparação esta disciplinada no Código Civil a partir do artigo 389 e seguintes, o

conceito de ato ilícito (artigo 186), no entanto, é válido para os dois, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 26):

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil.

Além dos pressupostos gerais para o dever de indenizar, esta forma exige dois requisitos adicionais: a existência de um contrato e sua inexecução. Nas palavras de Cavalieri Filho (2005, p.297):

Tem que existir um contrato válido (com agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou indeterminado – art. 104/CC) entre o devedor e o credor, ou seja, não pode ser nulo nem possuir vícios que alterem sua validade. Além do contrato válido, para que ocorra a responsabilidade contratual é necessária inexecução do contrato em todo ou em parte, através do inadimplemento ou da mora.

Há a inadimplência quando a obrigação não é cumprida, não há mais a possibilidade do credor receber a prestação, e constituindo a mora o devedor que não executou a obrigação do modo que havia sido convencionado, mas ainda é possível de cumpri-la com proveito para o credor.

Quanto ao ônus da prova, na responsabilidade contratual o autor apenas tem de comprovar o descumprimento da obrigação contratual, logo a culpa é presumida, ficando a cargo de o devedor mostrar que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma excludente dentre as admitidas em lei.

A responsabilidade extracontratual é a violação de imposição legal a qual todos na sociedade devem obediência, e que configura lesão ao direito de outrem, não há vínculo jurídico entre lesante e lesado, e a fonte do dever de indenizar é a lei. Esta responsabilidade esta disciplinada nos artigos 186 a 188 e 927 do Código Civil, diz Maria Helena Diniz (2003, p. 459):

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquilina decorre da violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da pratica de um direito ilícito, sem que haja nenhum vinculo contratual entre o lesado e o lesante. Resulta, portanto, da observância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou personalidade, ou melhor, de violação negativa de não prejudicar ninguém.

A princípio a responsabilidade extracontratual se baseia na culpa, ficando a cargo do prejudicado provar que o agente agiu com imprudência, imperícia ou negligência, para ser ressarcido, contudo, a responsabilidade extracontratual também pode ser aplicada independente da culpa, se baseando no risco da atividade realizada pelo provocador do dano. Nestes a busca da indenização se fundamenta na verificação de ato ilícito.

2.4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

O elemento diferenciador nesta teoria é a culpa, somada a conduta do agente, nexos causal e dano cria o dever de ressarcir, neste sentido a culpa é lato sensu, englobando o dolo, a negligência, a imperícia e a imprudência. Diz Raimundo Simão de Melo (2006, p. 125):

No geral, a responsabilidade civil está fundamentada no delito ou quase delito, estabelecendo que do ato ilícito decorre o dever de indenizar, considerando ilícito o ato quando praticado em contrariedade à lei e mediante culpa (negligência, imprudência e/ou imperícia) ou dolo do agente.

O direito brasileiro adotou por postura se manter fiel à teoria subjetiva nos artigos 186 e 927 do Código Civil, este último artigo traz uma exceção a teoria da responsabilidade subjetiva, estipulando em seu texto que há a obrigação de reparar o dano independente da ocorrência da culpa nos casos determinados em lei ou quando a atividade exercida pelo causador do dano implicar, por sua natureza, em riscos para os direitos de terceiros, desta maneira para que exista a responsabilidade é necessário que exista a culpa, e a reparação do dano tem como pressuposto a prática de ato ilícito, sem a prova da culpa, inexistente a obrigação de reparar o dano.

2.4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

O progresso desencadeado pelo desenvolvimento econômico bem como a multiplicação de danos criaram a necessidade e condições para o surgimento de novas teorias, é válido contar que elas buscaram proporcionar maior proteção à vítima, que, naqueles tempos, além de não contar com proteção legal suficiente, cabia a ela o ônus da prova contra o ofensor.

A base da teoria objetiva consiste no elemento do risco, uma teoria que defende a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da

responsabilidade civil. O exercício de atividade que oferece ou possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade. Na legislação italiana o exercício de atividade perigosa é caracterizado como fundamento da responsabilidade civil, com inversão do ônus da prova, sendo determinado no artigo 2.050 do Código Civil italiano que qualquer pessoa que cause a outrem devido a execução de atividade perigosa, seja o perigo proveniente da natureza a atividade em si ou pela natureza dos meios utilizados para o cumprimento da atividade é passível de compensação se não provar ter tomado todas as medidas necessárias para evitar os danos ocorridos.

Em suma o Código italiano adota a postura de que o agente só irá se exonerar da responsabilidade de indenizar se provar que adotou as medidas necessárias para evitar a lesão, disposições semelhantes são encontradas no Código Civil mexicano, português, libanês, entre outros.

A responsabilidade objetiva tem por fundamento o princípio da equidade, existente desde a época do direito romano, determinando que aquele que lucrar com uma situação deve responder pelo risco ou desvantagens dela resultantes, em suma, quem se beneficia deve suportar os riscos. No direito moderno a teoria da responsabilidade objetiva se apresenta com duas faces, uma a é a teoria do risco, a outra é a teoria do dano objetivo.

Segundo teoria do dano objetivo, se houver um dano ele deve ser ressarcido independentemente da ideia de culpa. Uma e outra consagraram a responsabilidade objetiva (a responsabilidade sem culpa).

O que se percebe é que vem se tentando fundamentar a responsabilidade de repara na ideia de culpa, mas no plano prático essa abordagem se mostrou não ser eficaz o suficiente para acompanhar o ritmo do progresso, partindo dessa necessidade o legislador determinou casos especiais em que deve ocorrer a reparação independente da culpa.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou uma postura receptiva a teoria subjetiva, é válido salientar que em outros dispositivos, ou mesmo em

legislações esparsas, adotaram o princípio da responsabilidade objetiva, como nos artigos 936 e 937, que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono de animal, que terá que ressarcir os danos causados pelo animal caso não possa provar que culpa é da vítima ou força, e do dono de edifício em ruínas, que responderá pelos danos causados pela ruína se a mesma provier de falta de reparos cuja necessidade fosse manifesta.

No artigo 938 é definido que o indivíduo que habitar prédio ou parte dele será responsabilizado pelo dano proveniente de coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido. O artigo 933 determina que os indivíduos listados nos incisos I a V do artigo 932, mesmo não haja culpa de sua parte, irão responder pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Outros indicativos da influencia da responsabilidade objetiva são: a responsabilidade dos pais pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e sua companhia independente de quem tenha a guarda, a responsabilidade do empregador pelos atos perpetrados pelos seus empregados no exercício de seu trabalho ou em função do mesmo, bem como são responsáveis os empresários e em empresas pelos produtos que eles põem em circulação no mercado de consumo.

Em outras legislações, tais qual o Código de Aeronáutica, a Lei de Acidentes de Trabalho, o Código do Consumidor, e outros diplomas, também é perceptível a adoção, por parte do legislador, da responsabilidade objetiva.

Ao que se refere à aplicação da responsabilidade objetiva na órbita das relações particulares, se saliente a intenção do legislador foi a de contemplar a teoria da culpa presumida, sendo necessário apenas que ocorra a lesão e sua autoria. Na medida em que este direito é concedido, é restringido, quando é estipulado que o ilícito deve ser abrangido pelos ditames do código, desde que o caso esteja definido em lei ou atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos a terceiros. Em virtude disto tal normativo deve ser compreendido sob' a ótica da responsabilidade civil objetiva mitigada

3. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A medicina como conhecemos hoje é vastamente diferente das práticas as quais recorriam os povos antigos para o tratamento de doenças, um dos principais diferenciais é que nos primórdios da civilização a cura era vista sob' uma aura de divindade, como a intervenção de forças superiores invés de um ato praticado por seres humanos possuidores de determinado conhecimento.

Com o passar dos anos a medicina foi perdendo seus contornos místicos e foi adquirindo o status de ciência, daí começou a surgir a necessidade de normas e regras de conduta que regessem a atividade médica.

Um dos primeiros regimentos legais a tratar do problema do erro médico foi o Código de Hamurabi, um dos mais antigos conjuntos de leis escritas conhecidas, previa em seus artigos 218, 219 e 226 estipulavam penas contra médicos e cirurgiões que provocassem lesões corporais a escravos e animais, também era estipuladas penas aqueles que cometiam erros em seus procedimentos, as ditas penas iam desde a amputação das mãos até a execução.

No Egito os médicos gozavam de elevada posição social, ocupando uma posição comparável a de sacerdote, todavia, suas atividades estavam regulamentadas em um conjunto de regras que estipulavam que se o médico, no intuito de salvar a vida do paciente utilizasse de outros meios, estava sujeito a sanções mesmo que conseguisse a cura do paciente.

Entre os Ostrogodos e Visigodos existia o costume de entregar a família de individuo que falecera devido a suposta imperícia médica o medico responsável para que eles tratassem da questão como bem entendessem.

No Livro de Vedas, o Levítico, já se encontravam estipuladas penas para aqueles que não exercessem a medicina rigorosamente, tais punições incluíam ter as mãos decepadas e pena de morte se o paciente ficasse cego ou morresse, isso se homem livre, no caso de escravos, cabia indenização a ser paga ao dono.

Na época da Roma antiga a legislação dispunha que caso um escravo morresse devido a erro médico o médico responsável deveria ressarcir o dono do escravo em dinheiro, mas no caso de morte de um cidadão livre por imperícia médica o profissional responsável era executado. Com a Lei Aquilia veio a diferenciação entre a pena e a reparação, e a distinção entre delito público (aqueles perturbadores da ordem social) e os privados (cometidos entre particulares).

Na Idade Média foram as pesadas sanções aos médicos foram sendo eliminadas, passava a valer o princípio pelo qual se deveria analisar e individualizar a culpa, a penalização se baseava na conduta profissional e não no resultado obtido, a obrigação de reparar derivava do ato humano danoso a outrem.

A evolução da responsabilidade médica no nosso ordenamento legal sofreu forte influência do direito francês que aprimorou as ideias do direito romano, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória, e estabelecendo certos princípios como o do direito à reparação sempre que houvesse culpa (ainda que leve), a separação entre responsabilidade civil e a responsabilidade penal, a existência da culpa contratual, o dever de ressarcir que não se liga a um delito, mas à imprudência, negligência ou imperícia.

3.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Medicina é a área profissional que objetiva o estudo e tratamento de moléstias, bem como a prevenção das mesmas e a manutenção e melhoria dos padrões de vida e de saúde. Saúde pode ser definida como o bem estar físico e psíquico, como disse Miguel Kfoury Neto (2003, p. 22):

Não obstante a acentuada evolução da Ciência Médica (que é também arte), máxime no campo do diagnóstico e da medicina curativa, com o desenvolvimento de aparelhos e alta tecnologia, ainda existe uma aura de romantismo em torno dessa profissão – e o médico continua a ser visto como um sacerdote, ungido com o dom da cura.

O direito deve ser exigido pelo cidadão, e como encargo do Estado ele deve provê-lo bem como empregar medidas visando à prevenção e tratamento

de doenças. Dada a importância da atividade médica o Estado exige título reconhecido e preenchimento de requisitos legais para o seu exercício, ainda segundo Kfoury Neto (2003, p. 25):

No exercício profissional da medicina, uma falha pode ter consequências irremediáveis, porque a vida que se perde é irrecuperável. Por respeito à dignidade do ser humano, a relação contratual que se estabelece entre o médico e o paciente deverá estar sempre impregnada de humana consideração pelo semelhante e pelos valores espirituais que ele representa. Assim, a função médica encerra, muito mais que um ato de justiça social, um dever imposto pela fraternidade social, tornando mais suportáveis a dor e a morte.

A responsabilidade civil subjetiva causada pelos danos causados por atividade médica já se encontrava prevista no Código Civil de 1916 e foi mantida no Código atual no artigo 951:

Art. 951. O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em 20 de setembro de 2018).

Os artigos mencionados no dispositivo citado se referem as indenizações no caso de homicídio, lesão ou ofensa à saúde e o impedimento de exercício de profissão ou ofício.

O Código de Ética da atividade médica estabelece em seu 1º artigo:

Art. 1.º A medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa, racial, política ou social, e colaborar para a prevenção da doença, o aperfeiçoamento da espécie, a melhoria dos padrões de saúde e de vida da coletividade. (BRASIL. RESOLUÇÃO CFM Nº 1931, DE 24 DE SETEMBRO DE 2009. Aprova o Código de Ética Médica, Brasília, DF. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm> Acesso 20 de setembro de 2018).

O médico tem deveres a cumprir, um dos quais é o dever da informação, pelo qual o profissional informará ao paciente ou a sua família a respeito das técnicas e métodos a serem utilizados no tratamento ou na intervenção cirúrgica. O médico que atua em erro no exercício de sua atividade terá como a caracterização desse erro o elemento culpa, sob as modalidades da imperícia ou da negligência.

Em decorrência do erro o médico irá arcar com a responsabilidade civil ou penal, e ainda sujeito a sanções administrativas do Conselho Federal ou Estadual de Medicina, os quais são entidades fiscalizadoras da atividade médica, e a depender da gravidade da situação poderá ter seu CRM cassado.

Em suma a responsabilidade civil médica é a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano causado a terceiro no exercício de sua profissão, sendo requerido lembrar que ao se falar desta modalidade de responsabilidade civil não se fala apenas do profissional liberal, mas também dos estabelecimentos de saúde em geral

Vários mecanismos existem para resguardar o paciente da irresponsabilidade médica, todavia não é fácil a comprovação de falhas médicas dado o grande arcabouço legal que protege esta profissão, bem como o pacto de união e fidelidade que existe entre a comunidade médica, dificultando a prova de culpa e, algumas vezes, até punições junto aos Conselhos Regionais e/ou Federal de Medicina.

3.3 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

A responsabilidade pessoal do médico será apurada mediante a verificação de culpa, ao passo que a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial será objetiva, assim como a responsabilidade do Estado. Não obstante, na responsabilidade pessoal do médico será admissível a inversão do ônus da prova, tendo em vista a hipossuficiência do consumidor.

3.4 RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MÉDICO

A referida responsabilidade engloba o debate acerca da obrigação de meio ou de resultado. A obrigação do meio seria aquela em que o médico não assume o risco de determinado resultado, mas o dever de agir com diligência e prudência, em consonância com as técnicas usuais.

No caso da obrigação de meio o profissional só será responsabilizado se for provada qualquer modalidade de culpa, ficando a cargo de a parte lesada provar que a culpa do profissional, sendo faculdade do juiz a inversão

do ônus da prova em favor do consumidor, diz o artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em 18 de setembro de 2018).

Aqui se faz necessário esclarecer o que é erro médico: se conceitua como dano ou agravo provocado ao paciente decorrente de procedimento cirúrgico, médico ou odontológico, causado por ação ou inação do médico durante o exercício de seu ofício. O erro médico se baseia no princípio da culpa, na ausência do cuidado requerido por parte do profissional, o dolo aqui não configura elemento componente do fato, exceto nos casos de dolo eventual, onde o agente assume o risco de provocar grave dano.

O erro médico se baseia no princípio da culpa, na ausência do cuidado requerido por parte do profissional, o dolo aqui não configura elemento componente do fato, exceto nos casos de dolo eventual, onde o agente assume o risco de provocar grave dano.

É preciso distinguir o erro médico proveniente do acidente imprevisível e do resultado incontrolável. O acidente imprevisível é o dano causado por caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto ou evitado independente de quem seja o autor em idênticas circunstâncias, já o resultado incontrolável é fruto de situação incontornável da própria evolução do caso, quando até o momento a ciência não dispõe de solução.

A obrigação de resultado é aquela em que o contratado se compromete a atingir um objetivo específico, é o entendimento quase majoritário na doutrina nacional, nesta forma de obrigação cabe ao contratado provar que não agiu com culpa e que o resultado esperado não ocorreu por razões alheias ou por qualquer causa excludente de responsabilidade.

A culpa, entretanto, não pode ser presumida simplesmente pela existência de contrato, se deve levar em conta o tipo de obrigação assumida. Em resumo, o médico responderá quando prometer determinado resultado e não o entregar.

3.5 OS DEVERES DO MÉDICO

A profissão médica não é apenas uma atividade de caráter nobre e muito respeitável, mas também de suma importância, uma vez que indivíduos entregam sua integridade física e/ou mental bem como seu bem estar nas mãos destes profissionais, sejam eles particulares ou empregados pelo Estado, em vista disso foi necessário elaborar um compendio de orientações a serem seguidas pelos médicos, especificamente, o que resultou no Código de Ética Médica.

O Código de Ética Médica é o livro que contem as regras a serem seguidas pelos médicos no exercício de seu ofício, bem como no exercício de atividades relativas ao ensino, pesquisa e administração de saúde, ou de qualquer outra atividade que faça uso do conhecimento de medicina.

Um dos deveres estipulados pelo CEM é o dever de informar, conforme o estipulado no artigo 34, segundo o qual o médico tem o dever de informar o paciente, seus familiares ou responsáveis legais sobre a doença, suas peculiaridades, sobre os riscos existentes e complicações que possam advir, bem como efeitos colaterais causados pelo tratamento.

O artigo 6º, inciso III do CDC diz:

Art. 6º. São direitos do consumidor:

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade de preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...] (BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em 18 de setembro de 2018).

Ainda no CDC encontramos disposto no artigo 31:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em 18 de setembro de 2018).

Outro importante dever do médico é se aprimorar para a prática de seu ofício se atualizando regularmente quanto a novas técnicas, tratamentos, medicamentos e equipamentos, bem como expandindo seu conhecimento através de especializações, palestras e congressos.

O artigo 15 do CC e o CEM (Princípios Fundamentais, XXI e artigos. 22 e 31) tratam de outro dever de grande importância, o de respeitar o direito do paciente (seus familiares ou responsáveis legais) de decidir livremente sobre o procedimento a ser realizado e sobre a execução de práticas médicas, salvo em face do iminente risco de morte, obtendo seu consentimento para o tratamento adequado. O CEM também estabelece outros deveres ao médico.

Artigo 13 dita o dever de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença; a obrigação de cumprir, salvo, por motivo justo, as normas emanadas pelo Conselho Federal e Conselhos Regionais de medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado (artigo 17). O dever, segundo o artigo 26, de respeitar a vontade de qualquer pessoa considerada capaz (física e mentalmente), em greve de fome, devendo alertá-las das prováveis complicações que possam aparecer em razão disso e, na hipótese de risco iminente de morte, trata-la.

Os artigos 27 e 28 do Código de Ética Médica tratam do dever de respeitar a integridade física e mental do paciente em qualquer instituição em que tenha sido acolhido, enquanto o artigo 32 dispõe sobre o dever de usar de todos os meios cientificamente reconhecidos de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente; o artigo seguinte dispõe sobre um dever mais comumente conhecido, o de o médico ajudar o paciente que procure seu

auxílio em casos de urgência ou emergência quando não houver outro médico para fazê-lo.

O artigo 35 trata das visitas, consultas e quaisquer outros procedimentos médicos, determinando que eles não devam ser em número excessivo nem exagerem a gravidade ou compliquem o diagnóstico ou prognóstico. esclarecer ao doador, ao receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos (art. 44)

O Código estabelece em seu artigo 73 o dever de guardar sigilo de fatos que tenha tido conhecimento em virtude de sua prática profissional, salvo por motivo justo, dever legal, ou consentimento por escrito do paciente. Fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta (artigo 86). No artigo 88 é descrito o dever de dar acesso ao paciente de seu prontuário, de lhe fornecer cópia quando solicitada e dar as devidas explicações a respeito de sua condição, exceto quando ocasionarem riscos ao paciente ou a terceiros.

As obrigações anteriormente elencadas, e as demais presentes no CEM e na legislação tem por objetivo incentivar e cobrar a excelência e a responsabilidade dos profissionais da medicina e, paralelamente, zelar pelo bem estar físico e mental dos indivíduos, proporcionando benefícios as duas parte envolvidas.

3.6 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Já foi estabelecido previamente o qual nobre e importante, bem como difícil, é a profissão de médico e que em virtude disto existem regras e parâmetros a serem seguidos, e um deles é que o médico deve assumir o erro grosseiro ou manifesto e indenizar o paciente prejudicado, no entanto, assim como outras situações abarcadas no direito, existem causas que podem excluir a culpabilidade do médico e gerar a improcedência da ação penal e conseqüentemente a extinção da punibilidade do agente.

As excludentes da responsabilidade médica são muitas e englobam variadas situações, uma delas é o estado de necessidade, que é a situação para salvar bem jurídico próprio ou de terceiro exposto a perigo, se sacrifica a vida ou bem jurídico, é um preceito utilizado também no Código Penal, no artigo 24:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. (BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848 DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940, Código Penal, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 21 de setembro de 2018).

O estado de necessidade, entretanto, não funciona como excludente da responsabilidade quando o mesmo foi criado pela falta de diligência do médico. O Código Penal, artigo 21 prevê:

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único – considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência. (BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848 DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940, Código Penal, Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 21 de setembro de 2018).

Outro fator excludente é a cláusula de não indenização. O contrato entre médico e paciente pode ser escrito ou verbal, se iniciando no primeiro contato entre as partes (geralmente a primeira consulta) e se finaliza com a liberação do paciente. O contrato pode ser tácito, bastando o atendimento do paciente pelo médico, ou expresso quando se dá por meio de documentação específica, sendo sempre bilateral e oneroso, pois de um lado está o profissional que irá prestar um serviço e do outro um contratante que em troca da prestação irá remunerar o médico, sendo possível adicionar ao contrato uma cláusula que determina que não haja responsabilidade civil no caso de

descumprimento do contrato, inexistindo o dever de reparação pelo dano provocado a uma das partes, seja a contratante ou a contratada.

Para que essa cláusula seja válida é necessário o consentimento das partes envolvidas, é preciso também que corresponda a uma vantagem paralela em benefício do outro contraente. A cláusula de não indeniza, porém, não se relaciona com direitos personalíssimos ou indisponíveis, sendo nula nesses casos.

Dentre outras causas excludentes de responsabilidade pode-se destacar:

1. Iatrogenia
2. Fato de terceiro
3. Erro escusável
4. Intercorrência médica
5. Culpa exclusiva da vítima
6. Caso fortuito ou força maior
7. Cumprimento de um dever legal

3.6.1 IATROGENIA

Iatrogenia consiste em um prejuízo inevitável provocado por ato médico em pacientes sadios ou doentes, cujos transtornos são irreversíveis e inesperados, em sua maioria não geram responsabilidade para o médico ou para o hospital (salvo quando ocorrer descumprimento do dever de informação ou quando resultar de ação ou omissão culposa), pois são previsíveis ou decorrentes de fatores individuais ligados ao estado físico e psicológico e peculiaridades orgânicas próprias a cada um, sem relação de causa e efeito com a atuação do médico, técnica ou medicamento empregado.

É necessário apenas que o paciente tenha sido previamente informado sobre as possíveis consequências iatrogênicas, e ela tenha dado seu consentimento, nesse caso a responsabilidade não recaíra sobre o médico ou estabelecimento de saúde. Segundo Stocco (2007, p. 588) existem 3 formas de iatrogenia:

1. lesões previsíveis, sabendo-se que o procedimento implica em seqüela (Exemplos: cirurgias mutiladoras, como amputações de membros (visíveis), gastrectomias, colecistectomias, apendicectomias (não visíveis));
2. lesões previsíveis, porém inesperadas, podendo o procedimento acarretar lesões inerentes à técnica (Exemplos: reação alérgica em decorrência do uso de contrastes radiológicos);
3. lesões decorrentes da falha do comportamento humano no exercício da profissão, caso em que as falhas são passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico (Exemplo: confusão da veia safena com a artéria femoral durante cirurgia de varizes, levando à gangrena).

Nestas hipóteses não se configura ato ilícito uma vez que as lesões, apesar de causadas por ato médico, não foram causadas por imprudência, negligência ou imperícia, mas por serem medidas imprescindíveis para salvar uma vida.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através de sua 18ª Câmara Cível, julgando ação oriunda da 10ª Câmara Cível da comarca de Niterói, publicou em 06 de outubro 2016 acórdão de um caso envolvendo iatrogenia:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. Agravo retido não conhecido, porquanto não reiterado. Julgamento extrapetita configurado. Nulidade não reconhecida em face da solução de mérito conferida aos recursos. Cirurgia para colocação de prótese mamária bilateral, através de técnica denominada mastopexia. Alegação de colocação errônea da prótese, ocasionadora de resultado estético insatisfatório. Adoção das cautelas devidas e emprego da técnica adequada atestados pela prova pericial. Posicionamento equivocado da prótese refutado pelo experto. Deslocamento das mamas não caracterizado. Ausência de dano, dada a conclusão de ganho estético resultante da intervenção cirúrgica. Excesso de pele atribuído exclusivamente à ptose mamária com atrofia glandular apresentada pela paciente. Quadro de flacidez elevada inerente à estrutura biológica da autora. Condição iatrogênica. Exclusão da responsabilidade civil dos réus, em virtude do rompimento do nexo de causalidade. Responsabilidade civil elidida. Recursos providos. (APL 0036112-79.2008.8.19.0002, TJRJ, 18ª Câmara Cível, Rel. Des Carlos Eduardo da Rosa Fonseca Passos, DJe 06/10/2016)

3.6.2 FATO DE TERCEIRO

O fato de terceiro se configura nos casos em que a ação seja dolosa ou culposa partiu de alguém que não o médico exclui a responsabilidade, semelhante a culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito e força maior, somente

poderá se configurar fato de terceiro se a conduta de terceiro for o fator predominante da lesão.

3.6.3 ERRO ESCUSÁVEL

O erro é algo do qual humano algum está imune, podendo ocorrer com qualquer um, inclusive médicos, porém pelo fato de sua profissão lidar com a vida humana seus erros carregam maior seriedade, e, portanto sujeitos a mais severa punição.

O erro escusável, que ocorre por acidente funesto, isentando o médico de sua responsabilidade. Mantenha-se em mente que o erro médico é aquele que decorre de falta de prudência ou diligencia requerida para o caso concreto.

3.6.4 INTERCORRÊNCIA MÉDICA

É o evento inesperado em um procedimento médico que não poderia ser previsto, em geral, ser previsto ou alertado ao paciente. Um médico pode realizar um procedimento de maneira correta, atento a todas as normas (técnicas e de segurança), ainda sim as reações orgânicas dos pacientes vão variar, estando assim sujeitos a variações anatômicas imprevisíveis.

3.6.5 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

A culpa da vítima ocorre quando o paciente é o causador do dano, o médico, como não teve parte no erro ele não poderá ser responsabilizado, pois não há o nexos causal entre a conduta do médico e o resultado.

A culpa exclusiva da vítima geralmente ocorre quando o paciente não segue as indicações ou cuidados pós-operatórios recomendados pelo médico, este se torna apenas um instrumento para a materialização do dano ao invés de um perpetrador, logo livre de responsabilidade.

3.6.6 CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR

No caso fortuito e força maior o que ocorre não é a ação ou omissão culposa do agente, mas um fato imprevisível e inevitável que rompe o nexos de causalidade.

O caso fortuito é intrínseco a ação humana, independente da conduta médica, não sendo previsível e, logo sendo inevitável. A força maior é a ocorrência externa a relação médico-paciente, possuindo um elemento humano normalmente, que mesmo identificada não pode ser evitada.

3.6.7 CUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL

O Código Penal trata, em seu artigo 23, do cumprimento de um dever legal e do exercício regular do direito:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de um direito. (BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848 DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso 17 de setembro de 2018).

No estrito cumprimento do dever legal, certo comportamento é imposto por lei, a conduta, apesar de típica, não é ilícita. No exercício regular de um direito, o sujeito tem de obedecer a conduta imposta pelo Poder Público, caso contrário incorrerá em abuso de direito e será penalizado por tal. Em ambos os casos citados anteriormente o consentimento do ofendido pode funcionar como excludente da responsabilidade.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTABELECIMENTOS HOSPITALARES

Para entender a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares é preciso entender que eles são fornecedores de serviço e assim são sujeitos às disposições do Código do Consumidor, dentre elas o artigo 14:

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. (BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em 18 de setembro de 2018).

O texto do artigo acima citado determina que os fornecedores de serviço tem o dever de indenizar os seus consumidores pelos danos causados

por seus serviços, independente da culpa, e esta disposição vale aos estabelecimentos de saúde como hospitais, clínicas, casas de saúde e estabelecimentos similares estarão obrigados a indenizar os lesados pelos atos dos médicos que ali trabalham (seja como administradores ou como empregados), pelos auxiliares de serviço e pelas falhas no equipamento ou outro serviço.

É preciso ressaltar que a responsabilidade dos hospitais se restringe aos médicos ali empregados, não englobando o profissional que apenas utiliza as instalações do hospital para a internação e tratamento de pacientes, logo é necessário primeiramente averiguar se o médico atua no hospital sob' contrato de prestação de serviços ou não.

Hospitais e similares respondem objetivamente pelo erro médico, mas não necessariamente por todo e qualquer evento danoso, é possível que o hospital se isente da responsabilidade se comprovar que não houve falhas, defeitos ou inadequações do serviço prestado, ou que o dano se deu por culpa da própria vítima ou de terceiro. Válido também é lembrar que o CC adota a teoria do risco no tocante a responsabilidade civil objetiva de agentes empreendedores de atividades de risco em seu artigo 927. Dita Coelho (2007, p. 2002):

No que se refere a proteção daqueles que se relacionam com hospitais, clínicas, ou qualquer entidade fundada para prestar serviços médicos e hospitalares, incide a teoria da responsabilidade objetiva. Nesse contexto incluem-se as sociedades de médicos que exploram a medicina de maneira empresarial, pois se os médicos perdem a personalidade da prestação de serviços, são tratados como fornecedores, subordinando-se à responsabilidade objetiva.

Existe, porém, uma corrente oposta a tal pensamento, para a qual a responsabilidade dos hospitais e similares, deve ser analisada mediante a verificação de culpa, conforme § 4º, do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Mediante ao exposto, conclui que a responsabilidade de hospitais, clínicas, casas de saúde e similares cai na categoria da responsabilidade civil objetiva, embora o médico seja categorizado como profissional liberal e em vista disto a apuração de sua responsabilidade envolva a comprovação da

culpa, apenas isso não possibilita a comunicação desta à pessoa jurídica, pois a proteção legal se restringe a pessoa física, assim quanto um profissional liberal que presta serviços integrando uma pessoa jurídica não se pode verificar a responsabilidade da pessoa jurídica a partir da averiguação da culpa do profissional, porque não tratar-se-á mais de responsabilidade pessoal, uma vez que esta característica não faz mais parte da configuração da responsabilidade, se verificando, assim, a responsabilidade objetiva de uma pessoa jurídica que agrega ou emprega o profissional.

A responsabilidade do médico e dos estabelecimentos pode, no entanto, ser solidária, como sugerem os seguintes artigos do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 7º (...)

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. (BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em 25 de setembro de 2018).

Art. 25 (...)

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores. (BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em 25 de setembro de 2018).

Os artigos tratam da hipótese de reparação de danos (patrimoniais ou morais) ao consumidor (direto ou indireto) provocado pela atuação dos prestadores de serviço. A responsabilidade solidária existe entre aqueles que no caso figuram como fornecedores e/ou prestadores de serviço médico e hospitalar, e aquele que prestou serviço nas suas dependências, ou, em outros termos, nas relações de consumo oriundas de serviços de saúde, a solidariedade envolve, igualmente, todos aqueles que participam da execução do processo, respondendo por eventuais danos decorrentes de defeitos no serviço, tanto o hospital quanto o profissional que nele atua.

O hospital também pode ser beneficiado pelas excludentes de responsabilidade civil de que o médico pode se utilizar; se em face de acusação de dano causado por erro médico, for possível comprovar que tanto o estabelecimento, quanto os profissionais que nele trabalham, observaram todas as normas requeridas e executaram atenta e cuidadosamente o procedimento médico, a responsabilidade poder ser exonerada baseada em caso fortuito ou força maior.

É válido abordar a situação de responsabilização em caso de infecção hospitalar, primeiramente, todo processo de infecção que ocorre dentro do hospital é denominado infecção hospitalar, mas, nem sempre a infecção ocorre por fatos imputáveis ao hospital. Para que seja possível responsabilizar o estabelecimento pela infecção é necessário provar que a mesma ocorreu por causa da falta de cuidados dos médicos para prevenir a infecção ou provar que eles não agiram de maneira correta para o seu tratamento.

O hospital só poderá ser responsabilizado em casos de infecção se esta for resultante de assepsia insuficiente ou da falta de cuidados requeridos para evita-la, somente nestes casos o hospital poderá ser cogitado como responsável, sendo necessária a prova de tal para o pedido de indenização.

O entendimento majoritário é de que a responsabilidade do hospital em caso de infecção hospitalar é objetiva, salve se conseguir provar que, de sua parte, o estabelecimento tomou todas as medidas cabíveis para a prevenção e tratamento de qualquer infecção dentro de suas dependências.

Normalmente o médico, como responsável, arca com a indenização paga ao lesado, porém, se a vítima demonstrar que o patrimônio do médico é insuficiente para cobrir a restituição, ele poderá demandar que a reparação seja paga pelo estabelecimento hospitalar.

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS PÚBLICOS

No condizente aos serviços médicos prestados pelos hospitais públicos, a responsabilidade pelos danos causados ao pacientes é objetiva, em acordo com o dispositivo da Constituição. Diz o § 6º do art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 37 [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 18 de setembro de 2018).

Na hipótese de durante a prestação de serviço hospitalar ocorrer dano produzido por um dos profissionais que trabalham no estabelecimento, o Estado estará obrigado a indenizar, o lesado só precisará apresentar o dano e mostra o nexo causal entre o mencionado dano e a conduta do agente.

A responsabilidade dos hospitais públicos é objetivo, mas ainda sim existe a possibilidade de se eximirem da responsabilidade de indenizar, parcial ou totalmente, se conseguir provar ocorrência de caso fortuito ou força maior ou culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro.

5 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance foi desenvolvida na França nos anos 1960 e se tornou uma teoria estudada também pelos italianos, e pelos ingleses, e verificada em julgados americanos e ingleses e mais tarde pelos brasileiros.

A teoria da perda de uma chance é uma construção doutrinária aceita pelo ordenamento jurídico nacional, se encaixando dentro da seara da responsabilidade civil constituindo uma quarta modalidade de dano juntamente com os materiais, morais e estéticos.

Assim como nas outras modalidades de dano esta teoria exige a ocorrência de um dano causado por uma conduta culposa do agente para a configuração do nexo causal e nascimento da obrigação de indenizar, o que difere a perda de uma chance das outras formas de dano por se tratar em termos simples de uma chance perdida que resultou em um dano.

A perda de uma chance constitui uma situação em que a prática de uma conduta ilícita ou abuso de um direito impossibilita a obtenção de algo que a vítima esperava, fosse um resultado positivo ou simplesmente a não ocorrência de um prejuízo, criando um dano a ser reparado.

A teoria, embora aceita pelo nosso ordenamento jurídico, é fonte de controvérsias, pois o dano é originado de uma oportunidade perdida, uma situação que poderia ter se concretizado se a conduta do agente perpetrador do dano não tivesse se configurado, e justamente por se tratar de uma probabilidade o dano é de difícil averiguação, os outros tipos de danos (moral, patrimonial, estético) são de mais simples verificação e de simples quantificação para fins do cálculo da indenização, mas esta categoria é mais complicada por não ser um dano concreto propriamente dito, mas o dano causado por algo que deixou de acontecer ao sujeito ou que ele deixou de auferir.

Para determinar a ocorrência da perda de uma chance no plano concreto e diferencia-la da chance de dano eventual, é necessário determinar qual real era a probabilidade da chance alegadamente perdida pelo reclamante ter se concretizado se não pela conduta do agente agressor, atentando que o que for considerado improvável deve ser descartado.

A chance perdida tem de ser séria ou real e sua perda tem que acarretar dano concreto para a vítima, significando que a perda dessa chance dever ter impacto de alguma maneira na esfera patrimonial ou extrapatrimonial.

No campo das relações médico/paciente esta teoria confere ao lesado o amparo jurídico para demandar restituição em caso de frustração de tratamento médico, tendo sido privado de qualquer chance de se curar. Nesse caso o paciente lesado deve apresentar, de modo preciso, a seriedade suas chances de se curar e a relação causa/efeito entre as ações do médico e a frustração de suas probabilidades de melhora.

O médico, embora não possa sempre garantir a cura das moléstias que afligem seus pacientes, tem o dever de aplicar todo o seu conhecimento técnico e teórico para propiciar ao enfermo o melhor tratamento possível e as mais altas chances de cura ou, no mínimo, sobrevivência.

Quando o tratamento oferecido ao enfermo é deficiente ou falho, conseqüentemente as chances de melhora dele irão se reduzir, mediante tal o paciente pode pleitear indenização, pois ainda que não pudesse ter certeza de

que seria curado ou de que sobreviveria, ele sofreu uma redução das chances que ele tinha, o que configura um prejuízo concreto para a vítima e com ramificações de caráter econômico.

A indenização a ser paga a vítima não é, via de regra, integral, mas sim parcial isso porque não se está diante de um resultado certo, mas sim da possibilidade de um resultado. O juiz irá analisar o caso concreto, bem como averiguar quão favoráveis eram as possibilidades concretas do lesado, e baseado nas suas conclusões irá atribuir um valor que considere mais adequado ao prejuízo físico, psicológico, patrimonial e/ou extrapatrimonial ao qual o paciente foi submetido. Frise-se que nem todos os casos de perda de chance são indenizáveis, segundo a doutrina majoritária só são passíveis de indenização os casos em que a probabilidade de sucesso for maior que 50%.

Em caso de morte de paciente devido à demora ou descumprimento da decisão judicial que determine que o Estado deva lhe fornecer medicamento imperioso a manutenção de sua saúde, o Estado poderá ser responsabilizado, uma vez sua conduta extinguiu as possibilidade de sobrevivência do paciente.

Concluindo a teoria da perda da chance confere auxílio às pessoas que passaram pela frustração da perda de uma chance ou oportunidade a qual tinha uma real e concreta de usufruir e cuja perda gerou repercussões reais e de peso na sua vida.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho abordou a temática da responsabilidade civil nos casos de erro médico, analisando a responsabilidade pessoal do profissional, a responsabilidade dos hospitais, clínicas, casas de saúde e afins, bem como a do Estado enquanto provedor de serviços de saúde.

Nos 2 capítulos iniciais a responsabilidade civil foi o objeto de estudo, seguida da responsabilidade civil médica no capítulo 3 e das responsabilidades dos estabelecimentos hospitalares no capítulo 4 e por, no capítulo 5, foi explicada a Teoria da perda de um chance e como pode gerar responsabilidade civil.

Por fim, se conclui que a responsabilidade civil do médico se classifica como subjetiva, pois é requer a presença do elemento da culpa, e que se diferencia a responsabilidade dos estabelecimentos de saúde é objetiva, ou seja independe da culpa.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil. Código Civil. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm> Acesso em 15 de setembro de 2018.

Brasil. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de setembro 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078> Acesso em 18 de setembro de 2018.

Brasil. Código de Ética Médica. Resolução do CFM nº 1.931/2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm> Acesso em 20 de setembro de 2018.

Brasil. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 18 de setembro 2018.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 17.ed. aum. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRARA, Gabrielle Gazeo. Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance: quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar. 13 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047-Aspectos+gerais+sobre+a+teoria+da+perda+de+uma+chnace+quando>>. Acesso em 21 de outubro de 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. III.

GONÇALVES, Carlo Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MANHABUSCO, Gianncarlo Camargo e MANHABUSCO, José Carlos. Responsabilidade Civil Objetiva do Empregador. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010.

MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. 2ª Ed. São Paulo: LTR, 2006.

Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-R – APELAÇÃO: APL 0036112-79.2008.8.19.0002 RIO DE JANEIRO NITEROI 10ª VARA CIVEL. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/392929677/apelacao-apl-361127920088190002-rio-de-janeiro-niteroi-10-vara-civel>>. Acesso em 25 de outubro de 2018.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 4 v: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. (Coleção direito civil).