

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

CAMPUS AVANÇADO - NATAL

CURSO DE DIREITO

JULIO CESAR FLORENCIO DE MELO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DAS ENTIDADES HOSPITALARES

NATAL-RN

2022

JULIO CESAR FLORENCIO DE MELO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DAS ENTIDADES HOSPITALARES

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Campus Avançado de Natal da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para aprovação na disciplina Trabalho de Curso II.

Orientadora: Prof.^a Dra. Maria Audenora das Neves Silva Martins

NATAL-RN

2022

Todos os direitos estão reservados a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do(a) autor(a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu(a) respectivo(a) autor(a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

F632r Florencio de Melo, Julio Cesar
A Responsabilidade Civil do Médico e das Entidades
Hospitalares. / Julio Cesar Florencio de Melo. - Natal,
2022.
34p.

Orientador(a): Profa. Ora. Maria Audenora das Neves
Silva Martins.
Monografia (Graduação em Direito). Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte.

1. Direito. 2. Responsabilidade Civil. 3. Erro médico. 4.
Responsabilidade Objetiva. 5. Responsabilidade Subjetiva.
I. das Neves Silva Martins, Maria Audenora. II.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III.
Título.

JULIO CESAR FLORENCIO DE MELO

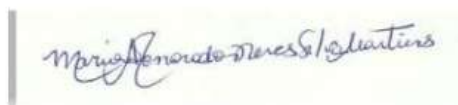
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DAS ENTIDADES HOSPITALARES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Campus Avançado de Natal da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, como requisito para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II.

Orientador: Prof.^a Dra. Maria Audenora das Neves Silva Martins

Aprovado em: 02 / 05 / 2022

Banca Examinadora:



Prof.^a Dra. Maria Audenora das Neves Silva Martins
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof.^o Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Prof.^o Dr. Bruno Tavares Padilha
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DAS ENTIDADES HOSPITALARES

Julio Cesar Florencio de Melo¹

RESUMO: O referido estudo objetivou analisar a responsabilidade civil médica e das entidades hospitalares à luz da legislação, doutrina e jurisprudência brasileira. O trabalho discute as espécies subjetiva e objetiva da responsabilidade civil com base nos princípios do novo Código Civil brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor, entre outros fundamentos e critérios para avaliar o erro médico. Será realizada uma revisão de literatura no campo de debates em torno da legislação que rege a prática da responsabilidade civil médica e da entidade hospitalar, buscando descrever as espécies subjetiva e objetiva da responsabilidade civil, relacionando-as ao erro médico; os tipos de obrigações que envolvem a prestação do serviço médico e analisar a responsabilidade civil. A responsabilidade civil do profissional decorrente do erro médico deve ocorrer após a observância de condições legalmente definidas: o exercício profissional, o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Esta responsabilidade será, no geral, contratual, subjetiva e como obrigação de meio. Punir o médico que infringiu regras fundamentais de sua profissão é um direito da sociedade e um dever do Estado. Por isso, o Código de Ética Médica veda categoricamente atos dos médicos que poderiam ocasionar processos judiciais, assim como elenca os direitos que os médicos também possuem.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil, Erro Médico, Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva.

¹ Discente do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. E-mail: juliomelo@alu.uern.br

ABSTRACT: This study aimed to analyze the civil liability of doctors and hospital entities in light of Brazilian legislation, doctrine and jurisprudence. The work discusses the subjective and objective species of civil responsibility based on the principles of the new Brazilian Civil Code and the Consumer Defense Code, among other foundations and criteria to evaluate medical error. A review of literature will be carried out in the field of debates around the legislation that governs the practice of medical civil responsibility and the hospital entity, seeking to describe the subjective and objective species of civil responsibility, relating them to medical error; the types of obligations that involve the provision of medical service and analyze civil responsibility. The civil responsibility of the professional arising from medical error should occur after observing the legally defined conditions: the professional practice, the damage, the fault and the causal link. This responsibility will be, in general, contractual, subjective and as an obligation of means. Punishing the physician who has broken the fundamental rules of his profession is a right of society and a duty of the State. For this reason, the Code of Medical Ethics categorically prohibits acts by physicians that could cause lawsuits, and also lists the rights that physicians also have.

Keywords: Civil Liability, Medical Error, Strict Liability and Subjective Liability

SUMÁRIO:

SUMÁRIO:1. INTRODUÇÃO; 2. RESPONSABILIDADE.2.1. Conceito.2.2. Responsabilidade Extracontratual e Contratual.2.3. Distinção entre Obrigação e Responsabilidade2.4. Posicionamento da Responsabilidade na teoria geral do Direito;2.5. Função da Responsabilidade Civil.2.6. Espécies de Responsabilidade2.6.1. Responsabilidade Subjetiva e Objetiva.2.6.2. Responsabilidade nas Relações de Consumo. 3. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA 3.1. Pressupostos da Responsabilidade civil subjetiva.3.1.1. Culpa provada e culpa presumida. 4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.4.1 Abuso do direito; 5. HOSPITAIS E PRESTADORES DE SAÚDE 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil de médicos e hospitais é um dos temas que tem sido recorrente nos corredores do judiciário, mesmo assim é bastante complexo. Portanto, torna-se relevante esta discussão por se tratar de um assunto que demanda atenção e aprofundamento pelas recorrentes questões que envolve processos indenizatórios, éticos e criminais com frequência cada vez maior junto à classe médica e às entidades hospitalares. Outra barreira é que a matéria é distintamente técnica e, em título, uma incógnita para muitos juízes e advogados.

Segundo Gaburri (2018, p.266) o médico é um profissional liberal que deverá prestar serviços a todos quantos o procurarem, inclusive se for de rede privada, os que o procuram estejam dispostos a pagar o valor quantificado pelo profissional médico. Neste contexto, caracteriza-se uma relação de consumo, pois o médico é fornecedor de um serviço, como rege o CDC em seus termos no *caput* do art. 3º, *ipsis litteris*:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O médico, culturalmente, representa o ser humano, pois irá amenizar a dor, aliviar o sofrimento e adiar a morte do paciente. Por isso, o seu erro, por menor que seja, poderá acarretar consequências intangíveis. O exercício da Medicina, até um passado historicamente recente, era cercado de uma aura de divindade e não se discutiam os atos médicos da época, pois estes eram considerados como intermediários da vontade divina.

Segundo Udelsmann (2002), no Código de Hammurabi da Babilônia do séc. XVIII a.C. havia regras que previam penas aos médicos em caso de erros. Com a evolução dos conhecimentos, a arte da Medicina foi se tornando ciência, e, com isso, a sociedade passou a exigir dos médicos condutas científicas e reparação por eventuais erros cometidos. A sociedade muito evoluiu desde então até chegarmos aos tempos de hoje, onde o exercício da Medicina em nosso país tornou-se quase uma atividade de risco jurídico. Não bastassem as inúmeras dificuldades das políticas governamentais de saúde, os conflitos com os planos e seguros de saúde,

acrescente-se, mais recentemente, a tendência à institucionalização da "indústria da indenização", cópia deformada de modelos existentes em outros países mais evoluídos (UDELSMANN, 2002).

Sobre isto, Parreira (2011) ressalta que na mesma velocidade que a tecnologia médica evoluiu tornando os tratamentos mais eficientes e mais humanos, outras áreas do saber também se aprimoraram e o acesso do cidadão às informações sobre a ciência e sobre os seus direitos e melhoria das ferramentas de solução para seus conflitos mudaram o panorama mundial, atingindo a relação médico-paciente, cujos fundamentos ainda estão sendo adaptados para sobreviver com harmonia à mudança dos tempos. Uma das mais visíveis transformações porque passa a relação médico-paciente é o respeito devido à autonomia do paciente que deixa a posição passiva para assumir seu papel de sujeito no relacionamento com o profissional que cuida de sua saúde.

A autonomia é representada pelo documento conhecido como Termo de Consentimento Informado ou Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). O Consentimento Livre e Esclarecido é o documento que deve ser apresentado pelo médico e assinado pelo paciente, no qual constem as informações gerais sobre o tratamento, duração, consequências, eventuais complicações e outras necessárias à segurança de ambos, que se irmanam pelo objetivo comum (PARREIRA,2011).

Na hipótese, hoje em dia cada vez mais comum, de haver uma insatisfação do paciente com o resultado obtido com o tratamento médico e o paciente decidir-se por demandar contra o médico, seja no Conselho Regional de Medicina – CRM seja na Justiça Comum – nas áreas cível e criminal, a existência do Consentimento Livre e Esclarecido como parte integrante do Prontuário Médico corretamente preenchido, é um forte indício de que o paciente estava ciente de que tanto ele quanto o médico não são deus e que se irmanam em busca do melhor resultado (PARREIRA,2011).

Não se fala em Erros de outros profissionais, como se fala em Erro Médico, que abriga sob esta designação a iatrogenia, o acidente, a complicação, o resultado adverso e o erro propriamente dito. É comum que até mesmo a insatisfação do paciente seja chamada de Erro Médico, sem maiores questionamentos sobre suas reais causas. A responsabilidade de clínicas e hospitais, que envolvem a conduta de outros profissionais, quando acionados pelos pacientes insatisfeitos, jurídica ou eticamente, também são classificados como Erro Médico (PARREIRA,2011).

Com a constituição de 1988, juntamente com o Código do Consumidor, Lei n. 8078/90, modificações substanciais têm ocorrido nas relações médico/paciente, assim como nas relações entre as entidades de prestação de serviços médico hospitalares e seus clientes (BAIA, 2020). A entidade hospitalar responde, independentemente da comprovação da culpa, por danos alegados por aqueles que usaram seus serviços. Para isso, basta que o paciente demonstre uma relação de causalidade, provando apenas que utilizou o serviço prestado pela empresa e que, em decorrência disso, houve um dano.

De acordo com Baia (2020), no caso dos médicos que são considerados profissionais liberais há de se indenizar caso o agente prove que houve culpa do profissional no ato praticado, ressaltando se o ato foi cometido com imprudência, imperícia ou negligência. O art. 6º do Código do Consumidor dispõe sobre a denominada inversão do ônus da prova, significando que, nos processos contra o médico, sob a proteção do chamado “erro médico”, cabe ao mesmo provar que a alegação do autor da ação não condiz com a verdade, ou melhor, cabe atestar que não agiu de forma culposa.

Sendo assim, este trabalho buscou abordar o tema de responsabilidade civil médica e da entidade hospitalar na perspectiva de fazer um aprofundamento teórico através da revisão bibliográfica de grandes nomes do Direito civil brasileiro. Pois é necessária a reflexão social e profissional a respeito da temática. Torna-se relevante esta discussão por se tratar de um assunto que demanda atenção e aprofundamento pelas recorrentes questões que envolvem processos indenizatórios, éticos e criminais com frequência cada vez maior na classe médica e nas entidades hospitalares.

A justificativa para o desenvolvimento deste estudo se origina no fato de se conhecer o campo de debates em torno da legislação que rege a prática da responsabilidade civil do médico e da entidade hospitalar para melhor ampliar a discussão no campo do direito e melhorar a assistência prestada aos pacientes e reduzir, na prática, os erros que dão origem à responsabilidade médica.

A partir destes pressupostos, emergiram os seguintes objetivos: descrever as espécies subjetiva e objetiva da responsabilidade civil, relacionando-as ao erro médico; demonstrar os tipos de obrigação que envolvem a prestação do serviço médico; analisar a responsabilidade civil dos médicos e dos hospitais e o aspecto subjetivo da avaliação do erro médico.

O percurso metodológico deste estudo foi realizado com base em uma revisão integrativa da literatura, visto que a mesma reúne e sintetiza resultados de pesquisas sobre um delimitado tema, de maneira sistemática e organizada, contribuindo com o aprofundamento do conhecimento do tema investigado se utilizando de grandes nomes do direito civil como CAVALIERE FILHO (2014); GONÇALVES (2015); FIÚZA 2010, UNDELMAN (2002), GABURRI (2018).

Os resultados deste trabalho foram pautados nos temas a seguir: a) aspectos gerais erro médico, que trata da parte dos conceitos de responsabilidade civil e espécies de responsabilidade civil por erro médico; b) tipos de obrigações na atividade médica (obrigação do meio e obrigação do resultado); c) responsabilidade civil dos hospitais. Entende-se, portanto, que a responsabilidade civil do profissional decorrente do erro médico deve ocorrer após a observância de condições legalmente definidas: o exercício profissional, o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Também se compreende que esta responsabilidade será, no geral, contratual, subjetiva e decorrente de uma obrigação de meio

2. RESPONSABILIDADE.

2.1. Conceito.

Evidencia-se, segundo Cavalieri Filho (2014, p.14) o principal objetivo da ordem jurídica, afirmou San Tiago Dantas, é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer: ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria. Podemos sintetizar a lição desse grande mestre dizendo que o direito se destina aos atos lícitos; cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos nocivos.

Para atingir esse desiderato, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*. Alguns desses deveres atingem a todos indistintamente, como no caso dos direitos absolutos; outros, nos direitos relativos, atingem a pessoa ou pessoas determinadas.

Entende-se, assim, por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações (GONÇALVES, 2009, p.247)

Nessa discussão, podemos citar o conceito carregado por Carlos Roberto Gonçalves em que cita que

A palavra responsabilidade origina-se do latim *re-spondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir (GONÇALVES, 2009, p.458)

Inicialmente, há que se verificar a real ocorrência de algum dano ao paciente. Havendo dano, há que se auferir a noção do nexo de causalidade, ou seja, é imperativo que se estabeleça que a lesão foi realmente causada por ação ou omissão do médico e sua culpa. Se um paciente sofre uma anóxia durante a anestesia com lesão cerebral e comprova-se que houve descuido do anestesista, configura-se um dano, o nexo de causalidade e a culpa. A indenização será, então, devida.

O dever jurídico da responsabilidade pode basear-se em contrato, fato ou omissão, advindo, assim, tanto da convenção como da norma jurídica. Pode, pois, a responsabilidade civil, singelamente, definir-se como a obrigação de reparar o prejuízo causado a alguém. A responsabilidade civil visa à reparação amparada no princípio *naeminem laedere*.

Entre os romanos, não havia nenhuma distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Tudo, inclusive a compensação pecuniária, não passava de uma pena imposta ao causador do dano. A *lex aquilia* começou a fazer uma leve distinção: embora a reponsabilidade continuasse sendo penal, a indenização pecuniária 'passou a ser a única forma de sanção nos casos de atos lesivos não criminosos

A ilicitude é chamada de civil ou penal tenho em vista exclusivamente a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. Na responsabilidade de penal, o agente infringe uma norma penal, de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse lesado é privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação se, ao causar dano, o agente transgride, também, a lei penal, ele torna-se, ao mesmo tempo, obrigado civil e penalmente

A responsabilidade penal é pessoal, intransferível. Responde o réu com a privação de liberdade. A responsabilidade civil é patrimonial: é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações. Ninguém pode ser preso por dívida civil, exceto o devedor de pensão oriunda do direito da família.

A responsabilidade penal é pessoal também em outro sentido: a pena não pode ultrapassar a pessoa delincente. No civil, há várias hipóteses de responsabilidade por ato de outrem, conforme art 932 do CC.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - O tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - O empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

A tipicidade é um dos requisitos genéricos do crime. No civil, no entanto, qualquer, ação ou omissão pode gerar a responsabilidade, desde que viole direito ou cause prejuízo a outrem cc 186 e 927 Institui o Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A culpabilidade é bem mais ampla na área civil (a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar). Na esfera criminal exige-se, para a condenação, que a culpa tenha certo grau ou intensidade. Na verdade, a diferença é apenas de grau ou de critério de aplicação, porque substancialmente a culpa civil e a culpa penal são iguais, pois tem os mesmos elementos.

A imputabilidade também é tratada de modo diverso. Somente os maiores de 18 anos são responsáveis criminalmente. No civil, o menor de 18 anos responde pelos

prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes, e se a indenização, que deverá ser equitativa, não o privar do necessário ao seu sustento, ou ao das pessoas que dele dependem CC art 928, caput e parágrafo único.

Conforme Gonçalves (2009, p.220):

No âmbito civil, a responsabilidade da pessoa jurídica pode ser contratual e extracontratual, sendo para esse fim equiparada a pessoa natural. Na orbita contratual essa responsabilidade, de caráter patrimonial, emerge do art 389 do código civil: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Também o Código de Defesa do consumidor responsabiliza de forma objetiva as pessoas jurídicas pelo fato e por vício do produto e do serviço (arts 2 e 18):

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

No campo extracontratual, a responsabilidade delitual ou aquiliana provem dos arts 186, 187 e 927, bem como dos arts 932, III, e 933 do Código Civil, que reprimem a prática de atos ilícitos e estabelecem, para o seu autor, a obrigação de reparar o prejuízo causado, impondo a todos, indiretamente, o dever de não lesar a outrem.

No sistema de responsabilidade subjetiva, deve haver o nexo causalidade entre o dano indenizável e o ato ilícito praticado pelo agente. Só responde pelo dano, em princípio, aquele que lhe der causa. É a responsabilidade por fato próprio, que deflui do art 186 do Código Civil. A lei, entretanto, estabelece alguns casos em que o agente deve suportar as consequências do fato do terceiro. Nesse particular, estabelece o art 932, III, do CC, que são também responsáveis pela reparação civil “o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” Acrescenta o art 933 que essa responsabilidade independe da culpa, sendo portanto, objetiva.

2.2. Responsabilidade Extracontratual e Contratual.

Considera-se, conforme Carlos Roberto Gonçalves que uma pessoa pode causar: prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual (dever contratual) levando a responsabilidade de indenizar perdas e danos, nos termos do art. 389 do código civil. Quando a responsabilidade não deriva de contrato, mas de infração ao dever de conduta (dever legal) imposto genericamente no art. 927 do Código Civil, diz que ela é extracontratual (GONÇALVES, 2009, p. 456). “**Art. 389.** Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” (Código Civil).

Embora a consequência da infração ao dever legal e ao dever contratual seja a mesma (obrigação de ressarcir o prejuízo causado), o Código Civil brasileiro distinguiu as duas espécies de responsabilidade, acolhendo a teoria dualista e afastando a unitária, disciplinando a extracontratual nos arts 186 e 187, sob título de “Dos atos ilícitos”, complementando a regulamentação nos arts. 927 e s., e a contratual, como consequência da inexecução das obrigações, nos arts. 389, 395 e s, omitindo qualquer referência diferenciadora. No entanto algumas diferenças podem ser apontadas:

A primeira, e talvez mais significativa, diz respeito ao ônus da prova. Na responsabilidade contratual, o inadimplemento presume-se culposos. O credor, lesado encontra-se em posição mais favorável, pois só estar obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida, sendo presumida a culpa do inadimplente. Na extracontratual, ao lesado incube o ônus de provar a culpa ou dolo do causador do dano (caso pedestre atropelado pelo ônibus e tem o ônus de provar imprudência do condutor). A contratual tem origem na convenção enquanto a extra contratual a tem na inobservância do dever do genérico de não lesar a outrem. A capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade contratual, sendo mais ampla no campo da extracontratual. Com efeito, os atos ilícitos podem ser perpetrados por amentais e por menores e podem gerar o dano indenizável, ao passo que somente as pessoas plenamente capazes são suscetíveis de celebrar convenções válidas. No tocante a gradação da culpa, a falta se apuraria de maneira mais rigorosa na responsabilidade delitual, enquanto na responsabilidade contratual ela variaria de intensidade de conformidade com as diferentes hipóteses de culpa aquiliana, em que vige o princípio do *in lege aquilia et dece* a um certo escalonamento, de conformidade com os diferentes casos em que ela se configure, ao passo que, no delitual, ela iria mais longe, alcançando a falta ligeiríssima (GONÇALVES, 2008, p.457)

2.3. Distinção entre Obrigação e Responsabilidade

Há muita confusão entre entender o conceito de obrigação e responsabilidade civil, na realidade, o descumprimento da obrigação gera a responsabilidade e/ou responsabilização de alguém. A obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor exigir do devedor, no caso do nosso estudo, é o cumprimento do médico no exercício da função em realizar algo que lhe foi capitaneado, o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de crédito e débito, tendo caráter transitório, objetivando uma prestação de serviço de saúde. Assim, é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações nas relações de consumo de acordo com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Quando a obrigação não é cumprida (seja por ausência, ou por erro do serviço), o credor, ou seja, aquele que solicitou a prestação de serviço do médico passa a cobrar sua responsabilidade civil.

Vale salientar que há diferença entre obrigação e responsabilidade. A responsabilidade só passar a existir se o devedor não exerce fluentemente sua obrigação, ou cumpre de forma equivocada. A responsabilidade é a implicação jurídica patrimonial da inadimplência da relação obrigacional. Estando de tal modo, independentes.

2.4. Posicionamento da Responsabilidade na teoria geral do Direito

O direito estuda os fenômenos jurídicos, em seus traços formais, no empenho de criar, no plano da abstração, um sistema de princípios hierarquizados, classificados e de relevante valor lógico. Constituindo a responsabilidade um fenômeno jurídico, torna-se relevante situá-la no esquema geral da ordem jurídica.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves

A responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito. Ato jurídico é espécie de fato jurídico (GONÇALVES, 2011, p. 31)

Fato jurídico, em sentido amplo, é todo acontecimento da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do direito. Os que não tem repercussão no mundo jurídico são apenas “fatos”, dos quais não se ocupa o direito, por não serem “fatos jurídicos” (GONÇALVES, 2011, p.31)

Os fatos jurídicos em sentido amplo podem ser classificados em: fatos naturais (fatos jurídicos em sentido estrito) e fatos humanos (atos jurídicos em sentido amplo). Os primeiros decorrem da natureza e os segundos da atividade humana. Os fatos naturais, por sua vez, dividem-se em ordinários (nascimento, morte, maioridade, decurso do tempo) e extraordinários (terremoto, raio, tempestade, e outros fatos que se enquadram na categoria do caso fortuito ou força maior)

Os fatos humanos dividem-se em lícitos e ilícitos. Lícitos são os atos humanos a que a lei defere os efeitos almejados pelo agente. Praticados em conformidade com o ordenamento jurídico, produzem efeitos jurídicos voluntários, querido pelo agente. Os ilícitos, por serem praticados em desacordo com o prescrito no ordenamento jurídico, embora repercutam na esfera do direito, produzem efeitos jurídicos

involuntários, mas impostos por esse ordenamento. Em vez de direitos, criam deveres. Hoje se admite que os atos ilícitos integram a categoria dos atos jurídicos, pelos efeitos que produzem (geram a obrigação de reparar o prejuízo – CC, arts. 186 e 927)

Os atos lícitos dividem-se em: ato jurídico em sentido estrito (ou meramente lícito) negócio jurídico e ato-fato jurídico. Nos dois primeiros, exige-se uma manifestação de vontade. No negócio jurídico, a ação humana visa diretamente alcançar um fim prático permitido na lei, dentre a multiplicidade de efeitos possíveis. Por essa razão, é necessária uma vontade qualificada, sem vícios. No ato jurídico, o efeito da manifestação da vontade está pré-determinada na lei (notificação, que constitui em mora o devedor, por exemplo), não havendo por isso, qualquer dose de escolha da categoria jurídica. A ação humana se baseia não numa vontade qualificada, mas em simples intenção, como ocorre quando alguém fiska um peixe, dele se tornando proprietário graças ao instituto da ocupação.

Muitas vezes o efeito do ato não é buscado nem imaginado pelo agente, mas decorre de uma conduta e é sancionado pela lei, como no caso da pessoa que acha, casualmente, um tesouro. A conduta do agente não tinha por fim imediato adquirir-lhe a metade, mas tal acaba ocorrendo por força do disposto no art. 1264, ainda que se trate de um amental. É que há certas ações humanas que a lei encara como fatos, sem levar em consideração a vontade, a intenção ou a consciência do agente, demandando apenas o ato material de achar. Essas ações são denominadas pela doutrina atos-fatos jurídicos ou fatos jurídicos em sentido estrito.

O ato ilícito é o praticado com infração ao dever legal de não violar direito e não lesar a outrem. Tal dever é imposto a todos no art 186 do código civil, que prescreve: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete até ilícito”. Também o comete quem abusa de seu direito.

Ato ilícito é, portanto, fonte de obrigação: a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado (CC, art. 927). É praticado com infração a um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta dano para outrem.

O código civil de 2002 aperfeiçoou o conceito de ato ilícito, ao dizer que o pratica quem “violar direito e causar dano a outrem” (art.186), substituindo o “ou” (“violar direito ou causar dano a outrem”), que constava do art. 159 do diploma

anterior. Com efeito, mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.

Frise-se que a obrigação de indenizar pode resultar, em certos casos, de atos lícitos, como, por exemplo, os praticados em estado de necessidade (CC, arts. 188, II, 929 e 930) e o dono do prédio encravado que exige passagem pelo prédio vizinho, mediante o pagamento de indenização cabal (CC, art. 1285).

2.5. Funções da Responsabilidade Civil.

A dinâmica da responsabilidade civil na aplicação do Direito precisa de uma clara compreensão de suas funções. A doutrina costuma apontar como principais orientações a atribuição de três funções: função compensatória, reparatória e função punitiva.

A função compensatória tem o objetivo de indenizar e/ou compensar, geralmente *in pecúnia*, a lesão sofrida, dada a não possibilidade de entrega total ou mesmo em parte da perda do objeto. A função reparatória consiste fundamentalmente na obrigação de reparar o dano causado, sendo medida a responsabilidade civil, não pela gravidade do comportamento do autor do fato danoso, ou seja, o lesante, mas sim pela extensão do dano causado (NORONHA, 2010). Já a função punitiva, alvo de controvérsias, atua para gerar um sentimento de punição, mas seu principal objetivo é gerar fins pedagógicos para condutas idênticas e/ou semelhantes, serve como exemplo tanto ao ofensor, como também de exemplo para o restante da sociedade. Melhor dizendo, a função punitiva da responsabilidade civil forma, irresponsável. Dando a lição que perante o direito tais condutas são reprováveis, para que quem o cometa reveja sua postura (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.70).

2.6. Espécies de Responsabilidade

2.6.1. Responsabilidade Subjetiva e Objetiva.

A Lei nº 8.078/90 do Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 14, § 4º, conservou o preceito que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação da culpa”.

Com isso, a análise da responsabilidade do médico será feita pormenorizadamente, caso a caso. Dessa forma a responsabilidade civil do médico é subjetiva, culpabilidade *strictu sensu* (imperícia, negligência ou imprudência), *in lege aquilia et levíssima culpa venit*, ou seja, a culpa, ainda que levíssima obriga a indenizar, pois como se trata do princípio constitucional elementar que é a preservação da saúde e vida humanas, não há cancha para “pequenas” culpas.

A teoria clássica, também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa (em sentido lato, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito) passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. (GONÇALVES, 2011, p.33)

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isso acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva ou de risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns casos, ela é presumida de lei. Em outros, é de todo prescindível (responsabilidade independente de culpa).

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

Conforme o CDC, a responsabilidade pessoal dos profissionais autônomos será avaliada por meio de apuração de culpa, por constituir serviço de obrigação de meio e não de resultado. A violação de um dever contratual deve ser comprovada pela demonstração de que o médico agiu com imprudência, negligência ou impertinência, conforme estipulado no Código Civil, em seu artigo 951.

Acreditamos ser necessário pormenorizar o artigo supra dito, qual seja, o artigo 951 do Código Civil. Persequi: “Art.951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

A responsabilidade do médico na utilização dos instrumentos que utiliza em todo e qualquer procedimento clínico decorre do princípio geral da responsabilidade do dono ou detentor do objeto, entendimento expressado por Andorn: “Pela utilização de instrumentos perigosos que causem danos aos seus pacientes responde o médico, tenha sido ele mesmo quem manipulou o instrumento ou o aparelho, ou seja um não médico, seu empregado”.

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. É o caso do art 936 Código Civil, que presume a culpa do dono do animal que venha causar o dano a outrem, mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão, do ônus *probandi*. Há casos em que se prescinde totalmente da culpa. São hipóteses de responsabilidade independente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre ação e o dano.

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria de 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 ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio de que é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi ônus*, isto é, quem auferir os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos ou riscos; ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo, em razão de uma atividade perigosa; ora, ainda, “risco profissional”, decorrente da atividade ou profissão do lesado, como ocorre nos acidentes de trabalho.

O código civil brasileiro filiou-se a teoria subjetiva. É o que se pode verificar no art 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. A responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da presunção de culpa, em dispositivos vários e esparsos (art 936, 937, 938 – que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caíram coisas -, além de outros, como os arts 929, 930, 939 e 940), e da responsabilidade objetiva independentemente de

culpa, no parágrafo único do art 927, “nos casos especificados pela lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico – como o de transporte, ou de trabalho por exemplo – implica a existência de riscos inerentes a atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa. Isso significa que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e dinamizam. Sendo a teoria subjetiva insuficiente para atender às imposições do progresso, cumpre o legislador fixar especificamente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independente daquela noção.

2.6.2. Responsabilidade nas Relações de Consumo.

Em cumprimento ao disposto na CF, que em seu artigo 5º XXXII, determina que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, em março de 1991 entrou em vigor o código de defesa do consumidor, cuja disciplina provocou uma verdadeira revolução em nossa responsabilidade civil. Em virtude da origem constitucional do mandamento de defesa do consumidor, o art 1º desse diploma legal autodefine suas normas como sendo de ordem pública e de interesse social, vale dizer, de aplicação necessária e observância obrigatória, pois, como de todos sabido, as normas de ordem pública são aquelas que positivam os valores básicos de uma sociedade.

Essa lei, a fim de dar cumprimento à sua vocação constitucional, criou uma sobre estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável a todas as relações de consumo, onde quer que vierem ocorrer – no Direito Público ou privado, contratual ou extracontratual, material ou processual; institui uma disciplina jurídica única e uniforme destinada a tutelar os direitos materiais ou morais de todos os consumidores em nosso país.

E como tudo ou quase tudo em nossos dias tem a ver com o consumo, é possível dizer que o CDC trouxe a lume uma nova área de responsabilidade civil – a responsabilidade nas relações de consumo -, tão vasta que não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo.

A responsabilidade estabelecida no CDC é objetiva, fundada no dever e segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva.

A responsabilidade civil do profissional da Medicina deriva da culpa no sentido amplo, esta engloba o dolo, ou seja, a vontade premeditada de causar dano, e a culpa em sentido estrito, ambos também previstos no Direito Penal (UDELSMAN, 2002).

Haverá casos em que a atividade médica de obrigação de meios, como lhe define a doutrina e jurisprudência à unanimidade, se transmude em obrigação de resultado, como ocorre, por exemplo, fugindo à regra geral, na cirurgia plástica estética ou naqueles casos em que ele espontaneamente, se obriga a um determinado resultado. Nesses casos, a responsabilidade que rege o vínculo jurídico entre o médico e o paciente caracteriza-se pela presunção de que a culpa esteja presente no ato médico. Haverá, como consequência, inversão do ônus da prova, cabendo este ao médico (DIAS, 1983).

O Art. 927, relata que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente da culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Na responsabilidade subjetiva, a responsabilidade só se configura quando há presença de culpa ou dolo. Portanto, para que surja o dever de indenizar o dano é indispensável que se prove a culpa do agente – não havendo culpa, não existe dever de indenizar. Esta teoria está no Código Civil, em seu artigo 186, onde “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”. Para alegar a responsabilidade subjetiva, a vítima tem o ônus de provar a culpa do agente, o nexos causal que existe entre conduta do agente e dano causado e o próprio dano sofrido.

No caso de erro médico pode ocorrer a responsabilidade civil pelo fato de outrem. Há ocasiões em que se origina uma responsabilidade contratual do médico preponente – responsável contratual – quando esse, face a uma determinada obrigação, subordina terceiro – preposto – para executar total ou parcialmente o ato contratado. Isso ocorre por força de dispositivo geral que regula a responsabilidade civil por fato de terceiro – art. 932, inciso III do Código Civil Brasileiro, ou seja, aquele que realiza algo por conta de outra pessoa, gera para essa a responsabilidade civil

pelos prejuízos que causar ao executar tal atividade. No caso de possíveis danos que venham a ocorrer ao paciente no exercício de um ato pelo preposto, o responsável será o médico preponente.

A essência da culpa está na previsibilidade. Se o resultado desfavorável era previsível e não foi evitado, há culpa. Se o resultado desfavorável, nas circunstâncias do caso, não era possível de ser previsto, estamos face às excludentes de culpabilidade e são elas o caso fortuito e a força maior, previstas no artigo 1058, parágrafo único, do Código Civil, quando então o médico não poderá ser responsabilizado. Simplificando, denomina-se caso fortuito aquele estranho à vontade do homem, imprevisível, inevitável (choque anafilactóide em indivíduo sem antecedentes); e a força maior é aquele fato absolutamente necessário que cause algum dano. Porém, se não tivesse sido praticado daria lugar a dano maior ainda (histerectomia de urgência em hemorragia pós-parto causando esterilidade). (UDELSMANN, 2002).

Convenhamos, o erro médico seria a face mais perversa de uma formação deficiente em escolas de qualidade duvidosa? Ou surge como consequência da falta de políticas públicas que privam o profissional de insumos básicos para bem exercer seu mister? Ou, ainda, apenas demonstra que o paciente atual já retirou os médicos do altar, colocando-os no rol dos profissionais que podem ser questionados?

Paralelamente, os órgãos corporativos da classe médica relacionam o aumento do ilícito profissional com a deterioração marcante das condições de trabalho, a deficiente formação profissional, a proliferação exagerada e injustificada das escolas médicas no Brasil e, sobremaneira, a proletarização e conseqüente vil remuneração do trabalho médico que leva o profissional a se desdobrar, assumindo vários subempregos. Na realidade, não se pode negar que as condições de trabalho impróprias para o exercício da medicina, sem os recursos humanos e materiais mínimos e indispensáveis para uma boa prática, são, infelizmente, encontradas na maioria dos casos, mesmo nas capitais e, pior ainda, nos recantos longínquos dos interiores do Brasil (CORREIA-LIMA, 2012).

Por sua vez, o médico, sobremaneira proletarizado e submetido aos contratos de medicina de grupo ou seguro de saúde, vê-se impossibilitado de atuar com a autonomia necessária ao seu bom desempenho, sendo limitado nos meios de diagnóstico e cura – e em determinadas circunstâncias, até obstado no tempo de internação necessário para a cura do paciente (CORREIA-LIMA, 2012).

O dever de conduta no exercício da Medicina é um elenco de obrigações a que está sujeito o médico e cujo não cumprimento pode levá-lo a sofrer as conseqüências previstas normativamente. Portanto, ficando constatada a presença do dano, sem as excludentes de culpabilidade, o direito à indenização é certo segundo o *caput* do artigo

159 do Código Civil. Mais especificamente, o artigo 951 do mesmo código esposou inteiramente a teoria da culpa: "Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento".

A culpa em sentido estrito tem três vertentes: a imprudência, a negligência e a imperícia. A imprudência se caracteriza pela prática de atos de risco não justificados, afoitos, sem a cautela necessária. A negligência é um ato omissivo, quando o médico deixa de observar regra profissional já bem estabelecida e reconhecida pelos colegas da especialidade. E a imperícia é o despreparo, a prática de determinados atos sem os conhecimentos técnico-científicos necessários para realizá-los. (SEBASTIÃO, 2006)

A maior conscientização dos cidadãos em relação aos seus direitos, influenciada pela mídia que, por vezes, explora e hipertrofia as falhas dos profissionais da medicina; a deficiente formação profissional decorrente, dentre outros fatores, da proliferação exagerada e injustificada das escolas médicas e, sobretudo, a proletarização e conseqüente vil remuneração do trabalho médico, vieram a sepultar, em definitivo, a relação médico-paciente e a substituí-la pela exagerada solicitação de exames de laboratório, objetivando, além do diagnóstico preciso, a segurança quanto a um possível processo de responsabilidade.

Mais recentemente, a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no seu artigo 14, § 4º, confirmou a necessidade da verificação da culpa dos profissionais liberais, contrariamente aos demais fornecedores de serviços, como exigência para reparação do dano em caso de erro médico: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa". A aferição da culpa do médico obedecerá, então, a uma equação com três incógnitas: ação ou omissão culposa + relação de causalidade + dano = responsabilidade civil indenizatória.

Muitos admitem que o contrato de assistência médica seja uma locação de serviços. Outros, que a forma correta é considerá-lo um contrato *sui generis*. Qualquer que seja a forma de obrigação – de meios ou de resultado – diante do dano, o que se vai apurar é a responsabilidade, levando-se em conta o grau da culpa, o nexos de causalidade e a dimensão do prejuízo (MELO, 2008).

A discussão toca nas mais profundas concepções individuais e coletivas a respeito de valores fundamentais da saúde e da dignidade da pessoa humana. Além disso, numa análise superficial é muito difícil delimitar a responsabilidade pelos riscos

envolvidos em procedimentos e tratamentos de saúde, tanto para o médico, quanto para o hospital (FERRAZ, 2009).

O homem moderno mostra-se, dia após dia, menos tolerante com danos de qualquer natureza, e a ampla reparabilidade do dano moral estimula a busca de indenização na Justiça. Em consequência disso, a classe médica passou a ficar exposta e vulnerável a um grande número de ações fundadas na responsabilidade civil por erro médico, bastando qualquer insucesso para os médicos serem vistos como negligentes, imprudentes ou imperitos, às vezes até injustamente (FERRAZ 2009).

O que mais incomoda o paciente e sua família é a arrogância do médico apoiada à sua concepção de excelência técnica. A arrogância, unilateral e de cima para baixo, é incompatível com a boa relação médico-paciente. É preciso prestar atenção ao ser humano que se esconde no estado de paciente, e a melhor maneira de evitar ação por responsabilidade médica é estabelecer e manter uma boa relação médico-paciente.

3. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

3.1 Pressupostos da Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil surge do dever de indenizar a outrem quando há violação de um direito individual ou coletivo, seja um dano causado à pessoa ou ao seu patrimônio. Ademais, o prejuízo ocasionado deve ser ressarcido na medida da extensão do dano, proporcionando a vítima o *status quo ante*. A responsabilidade civil é um dever sucessivo ou secundário que decorre da violação do dever originário. Este dever originário ou primário é fruto do vínculo de uma obrigação entre credor e devedor, após inadimplemento surge o dever de indenizar a parte que sofreu danos, ou seja, surge o dever secundário.

A responsabilidade civil se origina de uma conduta humana voluntária, tanto por omissão ou ação, que afronta juridicamente o dever de não causar dano a terceiro. O dano pode ser cometido por dolo ou culpa, restando caracterizada a responsabilidade subjetiva, como aduz o artigo 186 do Código Civil Brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Até o código civil de 1916 a responsabilidade civil era exclusivamente subjetiva só sendo obrigado a reparar o dano por meio de prova que agiu com culpa ou dolo. Mas devido a vários casos de riscos à saúde devido a atividade profissional, surgiu a

teoria do risco que previa a responsabilidade do agente que causa o dano, mesmo sem risco ou culpa.

3.1.1. Culpa provada e culpa presumida.

O contrato entre médico e paciente pode ser escrito, tácito ou verbal. Geralmente, o médico obriga-se a prestar seus serviços, com seus conhecimentos técnicos, ao cliente de forma verbal, e o paciente acorda com o profissional da medicina devendo seguir suas orientações e cooperar para o devido tratamento.

Sérgio Cavaliéri Filho menciona que a natureza contratual da responsabilidade do médico deve ser analisada sob duas formas: a responsabilidade do médico pela sua prestação de serviços feita de forma pessoal e direta como profissional liberal; e a responsabilidade do profissional da área da saúde com atendimentos realizados em hospitais, clínicas, laboratórios com vínculo empresarial.

Para a verificação da culpa do médico é necessário que se estabeleça o nexo causal entre o dano e a conduta médica por negligência, imperícia ou imprudência; presume-se culpa quando há um erro grosseiro. Contudo, cada paciente possui organismo diferente, e pode reagir de forma distinta a uma doença.

De acordo com a teoria do risco. Há culpa presumida quando incide nas circunstâncias em que o agente admite atitude que assume os riscos ante à possibilidade de causar dano a terceiro, assim sendo responsável. Já a culpa provada pode ser caracterizada como a culpa subjetiva em si que deve ser comprovada por meio de provas.

4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

4.1. Abuso do Direito

Nos dias de hoje é entendimento quase unânime que as relações que ligam o médico ao paciente têm, nas relações privadas, natureza contratual. Contudo esta questão nem sempre foi tão pacífica como é hoje em dia. Como ensina Ferreira de Almeida (1996) nem sempre foi este o entendimento sufragado. No século XIX era entendido que a responsabilidade médica seria extracontratual, isto porque, se entendia que a vida e saúde humana eram bens que não podiam, em caso algum, ser objeto de um contrato (FERREIRA DE ALMEIDA, 1996).

A atividade do médico era até a pouco tempo (pouco antes do início do século XX) uma atividade muito próxima de divina, ou seja, as pessoas em geral viam o médico não aquele que tem conhecimentos científicos para prestar certa atividade, mas aquele que tem conhecimentos divinos para fazer com que o paciente melhore.

O médico estaria assim vinculado na sua atividade a lei e a alguns deveres deontológicos. Contudo no século XX todo esse paradigma foi alterado, não só pela grande evolução da ciência médica como, também, por se começar a entender que a relação jurídica entre médico e paciente era, na verdade, um contrato (FERREIRA DE ALMEIDA, 1996).

Concordando com este entendimento foi a sentença do Cour de Cassation francês, a 20 de maio de 1936, que nos veio dizer que na relação entre médico e paciente haveria um verdadeiro contrato. Foi uma decisão única que fez com que, ao concluir a figura de contrato, a atividade médica, seria “desmistificada” e, segundo André Pereira, passamos de “um plano mágico e quase religioso para um terreno balizado pelo Direito”.

Isto fez com que se visse o médico apenas como mais um contraente, acabando com a perspectiva de ato divino a volta da sua atividade. Assim entende-se que a atividade médica é regulada por um contrato, ou seja, é um negócio jurídico bilateral (artigo 405º do CC).

Em razão dessa relação, contratual ou extracontratual, criam-se obrigações. As obrigações do médico são de informação, cuidados terapêuticos e de abstenção de abuso ou desvio de poder (BITTAR, 2004).

As obrigações dos médicos são de dois tipos: obrigações de meio e obrigações de resultado. Nas obrigações de meio, o profissional deverá colocar à disposição do paciente todos os recursos, além de conhecimentos atualizados, visando o melhor resultado possível. No entanto, pelo fato de a Medicina não ser uma ciência exata, não se pode culpabilizar o médico apenas pelo fato de não ter conseguido o resultado esperado. Inexistindo, assim, negligência, imprudência ou imperícia não se pode afirmar que houve um descumprimento do contrato, assim como não haverá culpa (BITTAR, 2004). Eis a obrigação de meio no campo médico.

A jurisprudência atualmente entende que a grande maioria das especialidades médicas configura obrigação de meio. Já na obrigação de resultados, entende-se contratada a obtenção de um resultado específico, e, se este não é obtido, independente de culpa ou não, haverá ruptura do contrato, cabendo reparação do dano. No nosso país, praticamente todos os tribunais ainda entendem que a cirurgia plástica estética configura uma obrigação de resultado e alguns têm também assim considerado a

anestesiologia, embora, felizmente, tal ponto de vista esteja se alterando nos últimos tempos (UDELSMANN, 2002).

A responsabilidade do médico pode relacionar-se a várias jurisdições e ser demandada, com objetivo de indenização, quer no aspecto civil frente às jurisdições civis de ordem judiciária, quer frente às jurisdições administrativas, por meio dos estabelecimentos hospitalares públicos aos quais está ligado e onde o paciente é considerado usuário do serviço, quando o comportamento lesivo for de interesse individual. Pode também ser requerida, sob o aspecto penal, frente a jurisdições repressivas de ordem judiciária com o objetivo essencial de uma sanção pessoal do médico demandado, quando a conduta delituosa ferir os interesses da sociedade.

O "erro médico" distingue-se do erro profissional, pois este último é imputável, não à falha do profissional, mas às limitações da Medicina, que nem sempre possibilitam um diagnóstico com elevados níveis de certeza. Conhecido também como erro de diagnóstico, no seu caso é descabida a indenização.

Tratando-se de uma obrigação de meio, o eventual descumprimento do dever contratual deve ser provado pelo paciente, autor da demanda, mediante a demonstração da culpa do médico, conforme prevê o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil (CPC): "O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto a fato constitutivo do seu direito". Já no caso da obrigação de resultado, basta ao autor demonstrar que o objetivo pactuado não foi obtido, o que é suficiente para demonstrar a ruptura do contrato e pleitear a indenização (FERRAZ, 2009).

Nesse caso, caberá ao médico provar que não agiu com culpa. É o que se convencionou chamar de inversão do ônus da prova. Nesse sentido, diz o artigo 389 do Código Civil: "Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos".

A efetividade e a celeridade da prestação jurisdicional na área da responsabilidade civil relacionada ao erro médico são, reconhecidamente, carentes e a análise da prova de culpabilidade, do dano e do nexo de causalidade suscita profundas reflexões, exigindo-se dos operadores do Direito a ampliação dos seus limites de conhecimento e de prática para, assim, poderem oferecer a melhor justiça para um maior número de pessoas.

A melhor formação e percepção das nuances problemáticas poderá aclarar e fortalecer os aspectos judicantes/punitivos, levando a sua diminuição ou mesmo à conjuração de seus determinantes essenciais e, em consequência, do próprio erro

médico. A vida humana e a saúde têm, sobremaneira, valor ético, jurídico e social. Faz-se, portanto, necessário reassegurar a nobreza e a dignidade daqueles que se encarregam de protegê-las, promovê-las e recuperá-las.

5. HOSPITAIS E PRESTADORES DE SAÚDE

O hospital, como pessoa jurídica, não realiza atos médicos. Assim, a ele não são aplicáveis os ditames do artigo 1545 do Código Civil, citado anteriormente. Porém, conforme o artigo 1521, inciso III, deste diploma legal: "São também responsáveis pela indenização civil: o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais, e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele". Assim, o hospital responde solidariamente com o médico-empregado pelos erros de ofício deste durante o seu trabalho na instituição. E os médicos, pela mesma razão, respondem também pelos erros de seus assistentes e auxiliares, ou por tê-los mal escolhido (*culpa in eligendo*), ou por não os ter supervisionado corretamente (*culpa in vigilando*).

Em relação aos médicos que integram o quadro clínico do hospital sem serem seus empregados, há que se distinguir duas situações. Se o paciente procurou o nosocômio, tendo nele sido atendido por um integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, respondem médico e hospital solidariamente. Essa é a situação do anestesiólogo que integra a equipe exclusiva de determinado hospital. Já se o doente procura um médico e este o encaminha ao hospital para tratamento, o contrato é só com o médico o qual foi procurado anteriormente e o hospital não responde pela culpa dos atos deste" (FERRAZ, 2009).

Se numa ação de indenização contra um médico-empregado este é o único réu, cabe a ele realizar o chamamento ao processo do hospital como maneira de dividir as responsabilidades. Tal possibilidade se encontra no artigo 77, inciso II, do Código de Processo Civil: "É admissível o chamamento ao processo: de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de algum deles, parcial ou totalmente, a dívida comum".

As entidades privadas de assistência à saúde respondem solidariamente pelos erros causados por seus médicos credenciados, conforme decisão recente do

Superior Tribunal de Justiça. Entendeu este tribunal haver vínculo de responsabilidade entre a companhia e o médico por ela credenciado. Diferentemente acontece com os seguros-saúde que dão liberdade de escolha quanto a médicos e hospitais, reembolsando somente as despesas. Neste caso, a empresa seguradora não pode ser responsabilizada pelos atos do médico escolhido pelo próprio segurado. Caberá somente ao médico e à entidade hospitalar, quando for o caso, uma eventual indenização devida (MELO, 2008).

Nos hospitais públicos, a jurisdição perpassa para o Direito Público, particularmente pelo Direito Administrativo. Dispõe o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal sobre a responsabilidade dos hospitais públicos quanto aos atos dos seus empregados: "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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". Surgem aí duas novas noções jurídicas importantíssimas: a da responsabilidade objetiva e a de direito de regresso.

A Constituição Federal faz menção ao princípio da responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, o que significa que, demonstrado este dano, independentemente de culpa ou não, caberia a indenização pelo ente público. É a teoria do risco inerente à atividade, aliás, bastante frequente no Direito do Trabalho. Mas a doutrina hoje em dia está entendendo a possibilidade de exclusão ou atenuação da responsabilidade do Estado nos casos fortuitos ou de força maior e ainda naqueles por culpa exclusiva do próprio paciente (MELO, 2008).

No entanto, havendo dolo ou culpa por parte do médico, poderá o ente público demandar, posteriormente, ressarcimento ao seu empregado. É o que se chama direito de regresso. O direito de regresso, juridicamente, deve ser exercido através da denunciação da lide, conforme os ditames do artigo 70, inciso III do CPC: "A denunciação da lide é obrigatória: III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda". O ente público, nesse caso, requer do médico reembolso da indenização que foi obrigado a pagar por culpa dele.

Em razão da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, da indenização independente de culpa, os médicos devem ser muito cautelosos ao formar uma sociedade para prestação de serviços, devendo sempre, antecipadamente, consultar

um advogado sobre a melhor maneira de tal empreendimento e, sendo isso necessário, formar uma sociedade civil preferencialmente a uma comercial (MELO, 2008).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento desse estudo evidenciou a responsabilidade civil do profissional decorrente do erro médico e das entidades hospitalares onde é possível observar no momento em que a sociedade começa a ter acesso à saúde de uma maneira mais técnica traz consigo a da necessidade de se compensar um eventual erro cometido, surgiu com a discussão sobre o Direito Natural, este mais antigo do que a própria Medicina, e através do qual se reconhecem direitos inalienáveis do ser humano, como o direito à vida, à felicidade e à liberdade; toda vez que esses direitos fossem ultrajados criava-se o direito a uma reparação. No Direito moderno essa reparação tem natureza pecuniária

As condições na qual o trabalho médico brasileiro é realizado podem dificultar o acompanhamento do paciente e a comunicação entre os diversos membros da equipe de saúde e propiciar a ocorrência de erro.

O médico que infringiu regras fundamentais de sua profissão é um direito da sociedade e um dever do Estado por isso o código de ética médica veda categoricamente atos dos médicos que poderiam ocasionar processos judiciais, assim como, elenca os direitos que os médicos também possuem. Dessa maneira a sua responsabilidade profissional, sua relação entre os pacientes e seus familiares seja a mais harmoniosa possível.

A relação do médico com seu paciente quando é mal estruturada, frágil, pela pressa, pelo sentimento de insignificância que o paciente do SUS desde sempre e o paciente dos planos de saúde mais recentemente, desperta em alguns médicos, pela falta de vocação ou qualificação e preparo do profissional é um grande incremento para a imposição de demandas contra o médico.

Intervenções e complicações fazem parte da história da medicina. Na sua ocorrência, quando o médico construiu uma relação baseada em respeito e confiança, existe a possibilidade de o paciente não abandonar o tratamento e os maus resultados havidos serem minimizados ou pelo menos bem compreendidos pelo paciente.

O número crescente de denúncias por erros médicos e acusações de má prática profissional, corroborou para um aumento significativo de ações judiciais contra os médicos e as instituições de saúde o que acarretou uma adoção de medidas defensivas contra a acusação de erros médicos, por meio da contratação de orientação jurídica e treinamentos que orientam as relações médico-paciente.

Fatores como uma maior conscientização da população acerca de seus direitos, precarização das condições de trabalho, principalmente no setor público, e influência da mídia. Dentre os fatores mais importantes na geração deste quadro estão a deterioração na qualidade da relação médico-paciente e a formação deficiente dos médicos durante a graduação e pós-graduação. O reconhecimento do papel da educação médica na prevenção do erro médico deve ser discutido com urgência, principalmente devido ao número crescente de escolas médicas no País.

Verifica-se, ainda, que as regras gerais de responsabilidade, tanto de direito material, como processual, aplicam-se regularmente aos casos de responsabilização civil por erro médico. No terreno da liquidação da sentença, ao ser determinado o valor da indenização, quando cabível, apesar dos aspectos especializados do problema, há uma liquidação convencional.

Embora, a negligência, particularmente e em associação, tem sido a modalidade mais frequente como causadora de denúncias, a associação de modalidades ocorreu em maior número. Perante esta ampliação dos elementos geradores de denúncias, complica-se conseqüentemente a prevenção do erro médico, já que as circunstâncias transcendem os limites da responsabilidade individual do médico e da relação médico-paciente, como ocorre nos trabalhos realizados em condições inadequadas e com deficiência estrutural.

Em assim sendo, todo aquele que se propõe a fornecer serviços possui o dever de fornecê-los com segurança, pois a lei exige do fornecedor a garantia dos serviços por ele prestados, de modo que, se os serviços estiverem enodados com vício de qualidade por insegurança, responde civilmente o respectivo fornecedor pelo fato de ter lançado no mercado um serviço com defeito e que tenha ocasionado dano a alguém.

Sobre as questões de responsabilidade civil dos hospitais, os resultados deste estudo considera que o hospital se enquadra na categoria de fornecedor de serviço, e que devem ser consideradas, fim de definição de sua responsabilidade

objetiva pelo fato do serviço, as diretrizes traçadas pelo Código de Defesa do Consumidor, a saber: de um lado, a aptidão ou idoneidade do produto ou serviço geram a responsabilidade pelo chamado vício, caso em que o fornecedor só arca com as consequências jurídicas do fornecimento de um produto ou de um serviço imperfeito; de outro lado, a falta de segurança do produto ou serviço acarreta, por sua vez, a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto/serviço (acidente de consumo), especificamente no que diz respeito aos danos produzidos, caso em que a imperfeição dos serviços recebe o nome de defeito.

Conclui-se o presente estudo com esperança na valoração da vida e maior humanização e preocupação com os serviços, a vida e a responsabilidade médica, no sentido de evitarem-se demandas judiciais, promovendo uma prestação de serviço adequada e condizente com os valores humanísticos que devem permanecer intrínsecos em seu atuar.

7. REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Revista Jurídica (RJ) nº 231, p. 122-147, jan./1997.

Responsabilidade civil do Médico: Revista dos Tribunais, vol. 718.

ANGELIM, Júlia Magalhães. **Responsabilidade civil por erro médico**: uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde. 2018. 63 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/5641/1/JMAngelim.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BLOISE, Walter. **A Responsabilidade Civil e o Dano Médico - Legislação, Jurisprudência, Seguros e o Dano Médico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CARVALHO JÚNIOR, Paulo Rangel de. **Responsabilidade civil médica**. 2009. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5232/Responsabilidade-civil-medica>. Acesso em: 15 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.246/88. 6ª ed. Brasília-DF: CFM, 2001.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil** / Fernando Gomes Correia-Lima. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. 92 p.

COUTINHO, Leo Meyer. **Responsabilidade Ética – Penal e Civil do Médico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. V. I, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GUIMARAES|, Adryany; SANTOS, Hugo Augusto Brandão dos. **Responsabilidade civil dos médicos e dos hospitais**: aspecto subjetivo da avaliação do erro médico. Aspecto subjetivo da avaliação do erro médico. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51660/responsabilidade-civil-dos-medicos-e-dos-hospitais>. Acesso em: 08 mar. 2020.

GIORDANI, Jose Acir Lessa. **A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GOMES, Julio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro Médico – Um Enfoque Sobre Sua Origem E Suas Consequencias**. Montes Claros (MG): Unimontes, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações – responsabilidade civil**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PARREIRAS, PA. **Erro médico e sua origem**. Arco - Arquivos Centro-Oeste de Cardiologia. número 04 - setembro de 2011.

GABURRI, Fernando. **Responsabilidade Civil. Direito civil para sala de aula**, vol. 4, Editora Juruá, Curitiba, 2013.

POLIT DF, BECK CT, HUNGLER BP. **Fundamentos de pesquisa em enfermagem: métodos, avaliação e utilização**. 5. ed. Porto Alegre: Artmed; 2004.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética - Legislação Positiva Aplicável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.674, p. 55-62, dez. 1991.

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. Porto Alegre: Revista Jurídica, Vol. 311. 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade por Erro Médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 760, p. 40-48, fev. 1999.

TRUST MKP. **Critical Appraisal Skills Programme (CASP): making sense of evidence**. London (UK): Oxford; 2002.

UDELSMANN, ARTUR. **Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos médicos**. **Rev. Assoc. Med. Bras.**, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 172-182, Junho 2002 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302002000200039&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 mar. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0104-42302002000200039>.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, volume 4, 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.