



FANAP
A Faculdade

Faculdade Nossa Senhora Aparecida

www.fanap.br | (62) 3277-1000



FACULDADE NOSSA SENHORA APARECIDA - FANAP

COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

IZADORA ARIELA RESPLANDES DA SILVA SELVATTI EUROPEU

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: ASPECTOS DE
REPARAÇÃO NO BRASIL**

APARECIDA DE GOIÂNIA

2019



FANAP
A Faculdade

Faculdade Nossa Senhora Aparecida

www.fanap.br | (62) 3277-1000

IZADORA ARIELA RESPLANDES DA SILVA SELVATTI EUROPEU

DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO: ASPECTOS DE
REPARAÇÃO NO BRASIL

Monografia apresentada à Banca Examinadora
da Faculdade Nossa Senhora Aparecida -
FANAP como exigência parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Marina Zava de Faria

APARECIDA DE GOIÂNIA

2019



FANAP
A Faculdade

Faculdade Nossa Senhora Aparecida

www.fanap.br | (62) 3277-1000

Dedico este trabalho a meu esposo e a minha mãe foram companheiros de todas as horas e sem eles nada seria possível.



AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente à Jeová Deus pelo dom da vida e por plantar em mim um sonho que hoje se materializa.

Agradeço à minha mãe Keyla, pelas excelentes oportunidades de estudo, pela dedicação e por cada noite mal dormida e cada humilhação por ser mãe solteira e mesmo assim nunca ter me abandonado e desistido dos meus sonhos.

Agradeço ao meu marido Matheus Europeu pelo amor, compreensão, paciência, incentivo e apoio ao longo de todos os anos que se passaram e principalmente pela filha linda que tivemos nesse percurso.

Agradeço à minha avó Neide Maria que sempre me apoiou e me ajudou tanto financeiramente como emocionalmente e hoje eu realizo seu sonho de ser sua primeira neta a formar em um curso superior.

Agradeço ao meu avô Paulo que infelizmente faleceu em 2018, mas que não poderia deixar de agradecer pelo avô maravilhoso que o senhor sempre foi pra mim.

Agradeço às minhas irmãs Eduarda e Júlia por ajudar a cuidar da minha princesa Eloá Ariela com todo amor e paciência do mundo e me aguentar 5 em 5 minutos perguntando como a nenê, graças a vocês foi possível eu concluir meu curso.

Agradeço à filha Eloá Ariela por ser uma criança tão iluminada e por ficar quieta para terminar essa monografia.

Agradeço ao meu pai Ronnie Von por ter me adotado como sua filha desde aos dois anos de vida e cuidar tão bem de mim e da minha mãe, e me incentivar e nunca deixar eu desistir.

Agradeço minhas tias: Ivaneide, Luzineide e Kenia por sempre me apoiar em todos os sentidos.

Agradeço aos locais que eu tive a oportunidade de estagiar no decorrer dessa graduação onde adquiri conhecimento na prática e onde conheci pessoas maravilhosas como a Defensora Pública Mayara Batista, um dos seres humanos mais lindos que já conheci na vida.

A professora Marina Zara pela paciência, estímulos, ensinamentos, apoio e inspiração no amadurecimento dos meus conhecimentos e conceitos que me levaram a execução e conclusão desta monografia.



FANAP
A Faculdade

Faculdade Nossa Senhora Aparecida

www.fanap.br | (62) 3277-1000

Agradeço os professores: Ana Roberta, Aurélia Borsato, Iza Finotti, Fernando Martins, Antônio Resende, Ana Paula Chaves, Disselma Arruda, Rafael Belmont, em especial minha professora que se tornou uma mãe pra mim, a professora Núbia Medeiros não agradeço apenas pelos conhecimentos que adquiri e principalmente por me fazer tornar um ser humano melhor a cada dia.

A todos os amigos e familiares que compartilharam da minha caminhada, e àqueles que mesmo distantes torceram por mim.

Assim diz Jeová: “Que o sábio não se orgulhe da sua sabedoria, que o poderoso não se orgulhe do seu poder, e que o rico não se orgulhe das suas riquezas.” “Mas quem se orgulha, orgulhe-se do seguinte: De ter entendimento e conhecimento de mim, de que eu sou Jeová, aquele que demonstra amor leal, justiça e retidão na terra, pois são essas coisas que me agradam”, diz Jeová. (Jer. 9:23- 24)



RESUMO

Esta monografia que será apresentada aborda um tema que, no Brasil, vem aumentando de forma significativa ao longo dos anos: “Da Responsabilidade Civil por Erro Médico: Aspectos de Reparação no Brasil”. A responsabilidade civil não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, previamente se associa a todos setores da vida social. A ligação entre médico-paciente encontra discordâncias jurídicas que precisam ser resolvidos no âmbito do direito civilista e consumerista. Desse modo, o objetivo do presente trabalho acadêmico é uma elucidação do assunto, visando uma organização de raciocínio, expondo de início como se caracteriza conceitualmente, dentro dos preceitos jurídicos, a existência da conduta irregular do médico que faz surgir o dever de indenizar ao paciente que sofrer prejuízo. Ainda abordará a responsabilização do Estado, a qual se apresenta por meio dos hospitais públicos, nas hipóteses de erro médico propriamente dito e o ocasionado por falhas estruturais. Passasse a discussão da responsabilidade civil no erro médico, prosseguindo pela diferenciação da responsabilização civil e criminal, bem como pela análise das possíveis provas de ocorrência do erro médico. Aborda ainda as causas de excludentes da responsabilidade do profissional de saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Erro médico. Prova. Culpa. Obrigação. Dano. Resultado.

ABSTRACT

This monograph that will be presented addresses a theme that in Brazil has been increasing significantly over the years: "From Civil Liability for Medical Error: Aspects of Reparation in Brazil". Civil liability is not an exclusive phenomenon of legal life; it is previously associated with all sectors of social life. The connection between doctor-patient encounters legal disagreements that need to be resolved within the scope of civil law and consumerism. Thus, the objective of the present academic work is an elucidation of the subject, aiming at an organization of reasoning, exposing at the outset how conceptually, within the legal precepts, the existence of the irregular conduct of the physician that causes the patient's indemnity to arise, suffering. It will also address the State's accountability, which is presented through public hospitals, in the event of a medical error per se and that caused by structural failures. Pass the discussion of civil liability in medical error, continuing the differentiation of civil and criminal liability, as well as the analysis of possible evidence of the occurrence of medical error. It also addresses the exclusionary causes of health professional responsibility.

KEY WORDS: Civil liability. Medical error. Proof. Fault. Obligation. Damage. Result.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – RESPONSABILIDADE CIVIL.....	7
1.1 Histórico da responsabilidade civil no Brasil.....	7
1.2 Os Elementos da Responsabilidade Civil.....	9
1.2.1 Ação ou omissão.....	9
1.2.2 Dano	10
a) Dano patrimonial.....	10
b) Dano moral.....	11
1.3. Nexo de causalidade	11
1.4 As excludentes da responsabilidade	12
CAPÍTULO II ERRO MÉDICO.....	15
2.1 Do Erro médico.....	16
a) Imperícia.....	17
b) Negligência.....	18
c) Imprudência.....	19
2. 2 Obrigação de meio e resultado.....	20
CAPÍTULO III – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	22
3.1 Responsabilidade do Estado no erro médico.....	23
3.2 Responsabilidade dos planos de saúde no caso de erro médico.....	26
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	31
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto o estudo a Responsabilidade civil do médico.

Atualmente no Brasil vêm aumentando as demandas jurídicas impetradas por paciente contra os seus médicos. A legislação vigente tem sido a mesma que a utilizada para os casos de responsabilidade civil em geral no que tange à responsabilidade civil no erro médico. Observamos uma mudança nítida nessa tendência, recentemente, embora ainda insuficiente para se considerar que já exista uma doutrina tradicional sobre o tema. Na jurisprudência, as discrepâncias ainda são significativas, tanto que, sobre casos iguais, pode-se esperar decisões judiciais diferentes, reformadas, ou não nas instâncias superiores.

Buscou-se analisar questões ainda controvertidas na jurisprudência, enfocar aspectos novos, e, além disso, analisar as peculiaridades da aplicação do instituto ao profissional em tela.

Para tanto, principia-se, no capítulo I, uma breve exposição do histórico da Responsabilidade civil no Brasil. Trazemos, também, uma abordagem da responsabilidade civil no Brasil que contempla o conceito, as espécies em que são classificadas, os elementos essenciais e, por fim, as excludentes da responsabilidade civil.

No capítulo II, foi tratado, do tema do presente trabalho, ou seja, a responsabilidade civil do médico e seus aspectos de reparação, onde foram abordadas questões como a natureza da responsabilidade médica, o erro médico, imperícia, negligencia e imprudencia polêmicas como a perda de uma chance, a teoria da carga probatória dinâmica, a responsabilidade de meio e de resultado do facultativo, além de aspectos peculiares da culpa deste profissional e a sua prova no âmbito processual, visto que no Brasil, para que o ressarcimento do dano, oriundo da culpa médica, seja indenizado é quase sempre necessário o exame da prova pericial.

No capítulo III, foi tratado, da responsabilidade civil do médico e seus aspectos de reparação, onde foram abordadas questões polêmicas como a perda de uma chance, a teoria da carga probatória dinâmica, a responsabilidade de meio e de resultado do facultativo, além de aspectos peculiares da culpa deste profissional e a sua prova no âmbito processual, visto que no Brasil, para que o ressarcimento do dano, oriundo da culpa médica, seja indenizado é quase sempre necessário o exame da prova pericial.



Ademais, analisamos a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, seja nas relações médico- pacientes, seja nas relações hospitais-pacientes, por conta das ditames preceituados no que diz respeito à inversão do ônus da prova e da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços.

Assim, a responsabilidade civil do médico foi analisada sob o ponto de vista da sociedade que em vista dos constantes erros médicos, e falhas na prestação de serviço hospitalar, reclamam do Estado uma prestação mais atuante.

Dessa forma, em que se pese a dura realidade do crescimento dos erros médicos na sociedade moderna, é confortante observar que paralelamente crescem também os mecanismos de proteção aos pacientes e seus familiares ressarcimento do dano, oriundo da culpa médica, seja indenizado é quase sempre necessário o exame da prova pericial.



CAPÍTULO I – ORIGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE NO BRASIL

No Brasil, com a Constituição de 1824, o Código Criminal de 1830 foi transformado em um código civil e criminal, tendo como conteúdo principal a equidade e a justiça.

Em princípio a reparação civil ficaria condicionada a criminal e posteriormente, as jurisdições foram separadas, adotando-se o princípio da independência da jurisdição civil e criminal.

Assim, após a promulgação do Código Civil de 1916 foi adotada, entre nós, a teoria subjetiva que necessita da averiguação da culpa em sentido lato (dolo ou culpa em sentido estrito), a fim de que a conduta seja passível de reparação. Apenas, como exceção era trazida a culpa presumida do lesante (por exemplo, artigos. 1527, 1528, 1529 do Código Civil de 1916).

Depois desse período, nosso país entrou em um processo de desenvolvimento industrial com as ascensões respectivas dos Presidentes Getúlio Vargas (1930 a 1945) e Juscelino Kubitschek (1955 a 1960) ao poder. Isto ocasionou a multiplicação dos danos que acabou gerando o desenvolvimento de outras teorias a respeito da responsabilidade civil que buscaram assegurar uma maior proteção a vítima.

A responsabilidade passa a ser encarada sob enfoque objetivo, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, independente da existência de culpa ou dolo.

Dentre essas teorias, merece destaque a teoria do risco, uma vez que ela cobre vários casos, em que a aplicação das teorias tradicionais revelando-se insuficiente à proteção da vítima. Desta forma, constatou-se a necessidade de se ampliar a proteção às vítimas de acidente de trabalho, acarretando o surgimento da Teoria do Risco. A responsabilidade é de cunho objetivo, ou seja, não há verificação da culpa (dolo ou culpa em sentido estrito).

Monteiro (2007, p. 512 e 513) explica que o operário que sofre um acidente de trabalho tem direito à indenização do patrão, independentemente, de culpa ou dolo, vez que o chefe indeniza, porque é o dono do maquinário ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio, assumindo, assim, um risco que é inerente a própria atividade.



Nesse sentido, conforme define Gonçalves (2009, p.31):

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 e 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 ônus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.

Ainda, nas palavras de Diniz (2011, p.68):

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*). Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros (CC art. 927, parágrafo único)

Atualmente no direito, a teoria objetiva da responsabilidade civil apresenta-se como: teoria do risco (estudada anteriormente) e teoria do dano objetivo. Sendo que esta última traz a consequência de que existindo um dano, este deve ser indenizado, independentemente da análise da culpa.

Na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), em seu art. 37, §6º informa que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

A nossa principal codificação sobre Responsabilidade Civil é o Código Civil de 2002 (CC/02) que mantém a responsabilidade subjetiva, ou seja, com base na culpa, no art. 927 *in verbis*:

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.

Para Gonçalves (2009, p. 11 e 12), temos que o CC/02:

Adota, assim, solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano. No regime anterior, as atividades perigosas eram somente aquelas assim definidas em



lei especial. As que não o fossem, enquadravam-se na norma geral do Código Civil, que consagrava a responsabilidade subjetiva. O referido parágrafo único do art. 927 do novo diploma, além de não revogar as leis especiais existentes, e de ressaltar as que vierem a ser promulgadas, permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco.

1.2. OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ainda não está pacificado na doutrina quanto aos que caracterizam a responsabilidade civil. Para Diniz (2008, p. 37 e 38) ao comentar o assunto afirma que os pressupostos são: ação, dano e nexos de causalidade. Para Venosa (2008, p. 23 e ss) nos encaminha a ideia de quatro elementos da responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo causal.

Já para Gonçalves (2009, p. 39 e ss) compartilha do mesmo entendimento de Venosa ao enumerar quatro elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão do agente, culpa, dano e relação de causalidade.

No Código Civil de 2002, no art. 927, parágrafo único, preceitua a responsabilidade objetiva, sendo esta independente da prova de culpa. Assim, ao que parece, assiste razão a Diniz (2008, p. 37 e 38), vez que a renomada doutrinadora não inclui entre os elementos essenciais a culpa, pois tal elemento no caso da responsabilidade objetiva é dispensável.

1.2.1 Ação ou omissão

Para Gonçalves (2009, p.35),

Inicialmente, refere-se a lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.

Na lição de Venosa (2008, p. 23) “o ato voluntário é, portanto, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil. Esse conceito prende-se ao de imputabilidade, porque a voluntariedade desaparece ou torna-se ineficaz quando o agente é juridicamente irresponsável”.

Reitera Diniz (2008, p. 39):

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.



Dessa forma, o pressuposto em comento considera-se preenchido, quando o agente praticar uma conduta comissiva ou omissiva, indo de encontro a um dever legal, desde que o causador do dano tenha a consciência e a voluntariedade.

1.2.2 Dano

O dano é um dos elementos essenciais, uma vez que não há que se cogitar da existência da responsabilidade civil sem um prejuízo causado pelo agente.

Cavaliere Filho (2010, p.72 e 73) ao comentar sobre o assunto nos diz que

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Assim, é necessária a existência de um agente que cause um dano, visto que sem esse pressuposto não há o dever de indenizar a vítima. Doutrinariamente, o dano pode ser classificado em patrimonial e moral, conforme veremos a seguir.

a) Dano patrimonial

O dano patrimonial, também conhecido com dano material, vem a ser aquele que afeta a esfera patrimonial do ofendido. O dano causado a um bem de cunho material, excluindo-se o dano psicológico.

Diniz (2008, p.66) ao doutrinar o conceito do dano em questão considera

Ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.

Venosa (2003, p. 30) define dano patrimonial como “aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.” Dano patrimonial direto é aquele provocado diretamente pela ação ou omissão do agente e o dano patrimonial indireto é o causado por ato não dirigido ao bem que sofreu a lesão.



Diniz (2003, p. 68 e 69) define o dano patrimonial direto como o “dano que causa imediatamente um prejuízo no patrimônio da vítima (...) o prejuízo que for consequência imediata da lesão (...)” e segue conceituando dano patrimonial indireto como “uma consequência possível, porém não necessária, do evento prejudicial a um interesse extrapatrimonial (...) o que resultar da conexão do fato lesivo com um acontecimento distinto.”

b) Dano moral

O dano moral, segundo Venosa (2008, p. 41) “é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade”.

O dano moral atinge bens personalíssimos da vítima e a diminuição em seu patrimônio não pode ser vista, por este motivo é de difícil mensuração já que a indenização não será capaz de promover o retorno ao estado anterior, sendo capaz apenas de compensar a vítima pelo dano sofrido e penitenciar o agressor por sua conduta.

O dano moral se divide em direto e indireto, na lição de Diniz (2003, p. 86) dano moral direto é a “lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (...) ou nos atributos da pessoa.” E segue conceituando dano moral indireto como “é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial.”

Assim, o dano moral abrange a lesão a interesses não patrimoniais, tanto da pessoa física quanto da jurídica. Para que tal dano seja configurado, não pode existir repercussão patrimonial, pois, caso exista, deixará de ser extrapatrimonial.

Há ainda que se levar em consideração que a Constituição Federal de 1988 fortaleceu o dano moral, ao prever a possibilidade de indenização, independentemente do dano patrimonial, em seu art. 5º, inciso V.

1.3. NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade vem a ser pressuposto da responsabilidade civil, porque é o elo entre ação ou omissão e o dano causado pelo agente.

Conforme Diniz (2008, p. 108) é:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento



danoso e ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada com sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Dessa forma, é com o nexo da causalidade que determinado resultado lesivo poderá ser imputado ao agente. Até na responsabilidade objetiva que prescinde de culpa do agente, o nexo causal será indispensável, visto que há de estabelecer uma relação de causa e efeito.

Venosa (2003, p. 39) ensina que:

“O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.”

Portanto, não basta apenas que a vítima sofra dano, é preciso que esta lesão passe a existir a partir do ato do agressor para que haja o dever de compensação. É necessária relação entre o ato omissivo ou comissivo do agente e o dano e tal forma que o ato do agente seja considerado como causa do dano.

1.4 AS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

As excludentes de responsabilidade são os fatos que, ocorrendo, impedem que se concretize o nexo causal, ou seja, há um rompimento do nexo de causalidade, afastando, pois, o dever de indenizar do agente causador.

Para Sampaio (2003, p.89), as Excludentes de Responsabilidade Civil – “são situações cujas consequências acabam por quebrar ou enfraquecer o nexo de causalidade, de sorte a interferir na obrigação de indenizar o dano suportado por alguém”.

Quem traz outras razões de diferenciação é Lisboa (2002, p.252), que faz distinção entre as Excludentes de Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva, considerando como as primeiras “a legítima defesa própria ou de terceiro, o estado de necessidade próprio ou de terceiro, o exercício regular do direito, o estrito cumprimento do dever legal, o caso fortuito e a força maior”.

Ou seja, são causas que:

[...] afastam o nexo de causalidade e, mais especificamente, a conduta daquele que é considerado o agente do evento danoso [...] ou pelo contrário,



reconhecem a existência da conduta e do nexo de causalidade, assim como os demais elementos da responsabilidade civil do agente. Entretanto, a lei considera justificável o ato praticado, eximindo o agente da reparação dos danos.

Assim para Venosa (2008, p. 49), “a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar” são excludentes da responsabilidade. A culpa exclusiva da vítima é caso em que se elimina qualquer responsabilidade do agente, visto que o evento danoso se deu por absoluta culpa da vítima, devendo esta arcar com os prejuízos que ocasionou.

Outra hipótese acontece quando, somado à Culpa da vítima, há também uma conduta culposa do agente, acarretando, as duas, o resultado danoso. Como leciona esse doutrinador, “nesses casos não há a efetiva quebra do Nexo de Causalidade, mas apenas o enfraquecimento. Por consequência, não desaparece a obrigação do agente de indenizar a vítima, que fica apenas atenuada”.

Na culpa de terceiro, isto é, quando qualquer pessoa que não seja o agente ou a vítima, tiver a culpa exclusiva pelo fato, a esta deverá ser imputada o resultado danoso, excluindo-se a responsabilidade dos outros, é necessário verificar se tal situação pode eximir o causador do dano da obrigação de repará-lo.

Como bem previne o doutrinador, “o fato de terceiro pode ser o causador exclusivo do Dano ou ser apenas o causador concorrente do prejuízo. Cada qual destas hipóteses deve ser examinada separadamente”.

Cada caso haverá de ser cuidadosamente analisado, sendo importante verificar se o terceiro foi causador exclusivo do dano, ou se atuou de forma concorrente para tal.

Venosa (2003, p.40), explica essa situação:

Quando a culpa é exclusiva de terceiro, em princípio não haverá nexo causal. O fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta que elimina o nexo causal. Cabe ao agente defender-se, provando que o fato era inevitável e imprevisível.

Já o caso fortuito e a força maior, para Venosa (2008, p. 51), distinguem-se, sendo que “o caso fortuito decorreria de forças da natureza, tais como terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto que a força maior decorreria de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinações de autoridades (fato do príncipe)”. Sendo, na forma do art. 393 do CC/02, excludente da responsabilidade.

Ocorrendo, na hipótese em que se experimenta um Dano, a Culpa Exclusiva da Vítima, acaba sucumbindo a relação causa/efeito entre o Dano e seu causador. Tal



modalidade pode ocorrer na verdade, de duas formas, como bem esclarece Rodrigues (2002, p.171):

O evento danoso pode derivar de culpa exclusiva ou concorrente da vítima; no primeiro caso desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima; no segundo, sua responsabilidade se atenua, pois o evento danoso deflui tanto de sua culpa, quanto da culpa da vítima.

De fato, havendo culpa exclusiva da vítima, o agente que causa o Dano figura como mero instrumento dele, não se verificando o Nexo de Causalidade entre o ato e o prejuízo.

A esse raciocínio também Sampaio (2003, p.91), leciona:

“Há hipóteses, contudo, em que o ato de terceiro surge como causa exclusiva do dano suportado pela vítima, de sorte que o agente cuja conduta materialmente tenha proporcionado o resultado apenas figura como mero instrumento. Nesses casos o ato de terceiro fica equiparado ao caso fortuito ou de força maior e quebra o nexo de causalidade.”

Conclui-se, que a ação do agente, que ocasiona apenas materialmente o dano, quando simplesmente instrumental, surge sem causa, desaparecendo, por fim, o Nexo de Causalidade.

O art. 393, parágrafo único, do Código Civil conceitua Caso Fortuito ou de Força Maior como o “fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir”. Maria Helena Diniz colabora com o entendimento quando explica: “o requisito objetivo da força maior ou do caso fortuito configura-se na inevitabilidade do acontecimento, e o subjetivo, na ausência de Culpa na produção do evento”.

Entende-se então, que Caso Fortuito ou de Força Maior, configura-se em qualquer acontecimento alheio a vontade do agente (contratante ou não), que acarrete um resultado danoso.

Em suma, é ato desencadeado sem a vontade do agente causador do Dano, ou do contratante, que de forma alguma derivou de negligência, imprudência ou imperícia.

Para corroborar tal entendimento, os ensinamentos de Silvio Venosa, que assim se posiciona:

A imprevisibilidade não é elemento especial a destacar: por vezes, o evento é previsível, mas são inevitáveis os danos, porque impossível resistir aos acontecimentos. Desse modo, desaparecido o nexo causal, não há responsabilidade. A ideia é válida tanto na responsabilidade contratual como na



aquiliana. Centra-se no fato de que o prejuízo não é causado pelo fato do agente, mas em razão de acontecimentos que escapam a seu poder.

Está-se à frente de uma importante excludente de responsabilidade civil, seja ela contratual ou aquiliana, baseado em sua rotineira incidência prática.

Quanto à cláusula de não indenizar, está ela restrita ao campo da obrigação contratual e consiste em uma cláusula incluída no contrato, em que um dos contratantes declara, com o consentimento do outro, que não se responsabilizará por prejuízos oriundos do descumprimento, frente à obrigação ali firmada.



CAPÍTULO II – ERRO MÉDICO

2.0. DA NATUREZA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Sobre a natureza jurídica da responsabilidade do médico foi motivo de inúmeros debates no que diz respeito à sua caracterização, se contratual ou extracontratual. Para alguns doutrinadores, a relação entre o médico e o paciente estabeleceria um contrato *sui generis*, pelo fato da atividade ser uma relação muito particular.

Atualmente, não mais, pertence mais apenas o código civil classificar a responsabilidade médica dentro dos atos ilícitos. Dias (1954, p. 282) afirma: “ora, a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida. [...] Acreditamos, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos”.

Por culpa define Lopes (2006, p. 295), “consiste basicamente em o autor não ter agido de forma a evitar o dano ou a lesão ao bem jurídico, resultando na inobservância de um dever”. Nesse mesmo sentido França leciona (2010, p. 57) sobre a responsabilidade civil do médico:

Aguarda-se, portanto, que na apuração da responsabilidade profissional do médico, fique caracterizada a inobservância de regras técnicas e científicas ou atípica de conduta na sua atividade funcional. Em suma: constatar se na verdade o médico afastou-se dos seus inarredáveis deveres de conduta [...].

É comum se falar em “erro médico” quando se verifica um ato culposo praticado pelos profissionais da medicina. Cavalieri Filho (2012, p. 405) traz uma distinção entre culpa e erro. Define a culpa médica como “falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão” e erro como “a falha do homem normal, consequência fatal da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultural médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto.”

Apesar de a responsabilidade médica ser considerada de natureza contratual, não podemos afirmar que sempre a responsabilidade terá origem de um contrato, existindo certos casos em que tal fato não ocorre. Por exemplo, o médico que atende uma pessoa desmaiada na rua. Sua responsabilidade não terá origem em um contrato, mas terá de indenizar caso produza um dano a essa pessoa.



2.1. DO ERRO MÉDICO

Por erro médico entende-se que seja o ato ilícito cometido pelo profissional formado em medicina. Para sabermos a definição de ato médico devemos observar o Código de Ética da Medicina.

Para Jurandir Sebastião (2003, p.77), ao definir erro médico, explica:

O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, exigíveis de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica. E que o médico deve esclarecer o seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o tratamento, aconselhando a ele e aos seus familiares sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado.

O erro médico basicamente seria a conduta voluntária conduta culposa (por se derivar de imperícia, negligencia ou imperícia), essa conduta causaria danos ao paciente.

Para que seja feita uma análise da conduta médica e essa conduta seja considerada um erro, é necessário que se tenha a existência de culpa na ação.

O erro médico em seu sentido mais amplo é o descumprimento do dever do médico, ou seja, pode ser caracterizada como uma falha no exercício da sua profissão e essa falha tenha causado algum tipo de dano ao paciente.

Seria, portanto, o mau resultado, sendo esse decorrente de um ato positivo ou negativo do profissional, por inobservância de conduta técnica, estando o médico em pleno exercício de suas faculdades mentais. Dessa forma, se excluindo as limitações impostas pela própria natureza da enfermidade.

Independentemente do fato da responsabilidade surgir de um contrato ou de um ato ilícito, os médicos têm inúmeros deveres originários do contrato ou da lei que, se não forem cumpridos, ensejam a responsabilização civil por erro médico, em qualquer de suas espécies.

É importante destacar que os deveres do médico estão presentes antes, durante e após o encerramento das atividades do profissional da medicina.

O erro pode se consumir nas mais diversas modalidades da atividade médica: diagnósticos, tratamentos, cirurgias, pós-operatórios e outros.

Pelo fato da ciência médica não ser exata, existem situações em que o resultado não é satisfatório para o paciente, mas que não se está diante de um erro médico. Isso acontece quando, apesar de o profissional ter agido com total diligência, obtém resultado



diferente do esperado. Tal fatalidade decorre de uma situação inesperada para o ser humano, e até mesmo pela evolução própria da enfermidade que muitas vezes varia de uma pessoa para outra.

Outro episódio que não pode ser confundido com o erro médico é o surgimento de um novo fato no curso do tratamento, por exemplo o surgimento de uma nova doença que agrava o quadro clínico do paciente.

Assim, concluímos que nem todo mal resultado de um tratamento, deve ser considerado um erro médico. Devemos analisar as características próprias, de cada caso. De acordo com o Conselho Federal de Medicina (2010) em seu Código em ética médica: “É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

a) Imperícia

A imperícia consiste na não observação das normas técnicas por despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos. Trata-se da incapacidade ou inabilitação para o exercício da profissão. Seria uma ação comissiva do profissional, podendo expor o paciente a danos a integridade física e moral.

Os médicos, segundo Gonçalves (2014), propõem -se a utilizar todos os meios adequados ao tratamento de seus pacientes, porém não estão obrigados a curá-los, em razão de ser de meio a sua obrigação. Para o citado autor, tais profissionais poderão ser responsabilizados somente se restar provada a culpa em qualquer das modalidades imperícia, imprudência ou negligência.

Existe uma ressalva quanto à imperícia no que diz respeito ao médico habilitado legal e profissionalmente, este possuidor de um diploma válido, dificilmente cometeria ato imperito, já que o profissional conhecedor da sua incapacidade e capaz de prever o dano age, na verdade, imprudentemente caso assim mesmo proceda. Assim culpa médica é sempre caracterizada por imprudência ou negligência (FRANÇA, 2010, p. 64).

Solicita-se do agente a falta de técnica ou de conhecimento (erro ou engano na execução, ou mesmo consecução do ato), de outra forma, tem-se uma omissão daquilo que o agente não deveria desprezar, pois consiste em sua função, seu ofício exigindo dele perícia – uso de técnica que lhe é própria ou exigível até mesmo pela sua função (TROVÃO, 2005).



Podemos também se referir a uma parte de má-fé do profissional da medicina, pois o mesmo tem conhecimento de que suas ações podem vir a prejudicar o paciente, causando danos a outrem.

b) Negligência

A respeito de negligência entendemos que é a conduta omissa, a tolerância do ato lesivo, é caracterizada pela inércia, descuido ou passividade do constituinte.

A negligência é bastante frequente nos serviços públicos de saúde devido à falta de interesse, do descaso e da falta de compromisso com seus respectivos deveres éticos.

Negligência, também conhecida como desatenção ou falta de cuidado ao exercer certo ato (necessidade de todo o indivíduo ser prudente), consiste na ausência de necessária diligência, implicando em omissão ou inobservância de dever, ou seja, aquele de agir de forma diligente, prudente, agir com o devido cuidado exigido pela situação em tese. (TROVÃO, 2005)

A diferença entre imprudência e imperícia da negligência é que a última se refere a uma omissão, onde o profissional possui conhecimentos dos seus atos mas decide ficar inerte e passivo perante a situação, levando o paciente a um resultado prejudicial decorrente da sua falta de atenção e cuidados.

Sendo assim, são essas as três ações que podem levar um profissional a lesionar um paciente, a cometer um dano. Nesses casos não se pode falar em boa-fé visto que a atitude do infrator está caracterizada em um dos três tipos de erro médico aqui descritos anteriormente (TROVÃO, 2005).

Como já estudamos a pessoa que realizou a ação com intenção, de livre e espontânea vontade e consciente consecução do fim pretendido e em nenhum momento considerou que o seus atos ou a omissão dos mesmo pudessem vir a resultar em dano a outrem, mesmo que essa outra pessoa possa de qualquer maneira ter contribuído para tal ação.

O dano, nesta vertente de análise, toma uma vestimenta de resultado – querido ou não – cujos efeitos espraiam-se para o mundo fático, gerando efeitos que devem ser juridicamente sanados, a fim de restabelecer-se o equilíbrio almejado pela Estado. Veja-se que o desiderato aqui apontado não vai de encontro ao princípio da paz social, preceito jurídico contido ao longo de todo o ordenamento estrutural do direito, pois ainda que seja mero pretexto formal conjeturado não se preceitua como corolário de verdade. (TROVÃO, 2005)

Cabe então ao Estado ver conservando os seus interesses de qualquer forma, buscando a manutenção do equilíbrio do poder através do ordenamento jurídico, onde



estarão previstas todas as possibilidades que podem gerar efeitos indesejáveis a manutenção deste equilíbrio. (GOMES, 2009)

São incumbência da conduta médica: o dever de informação, o dever de atualização, o dever de vigilância e o dever de abstenção de abuso.

DEVER DE INFORMAÇÃO: “Fazem parte desses deveres todos os esclarecimentos necessários e devidos na relação médico-paciente que se consideram como incondicionais e obrigatórios, tais como: informação ao paciente sobre a necessidade de certas condutas ou intervenções ou sobre possíveis consequências [...]”

DEVER DE ATUALIZAÇÃO: “[...] aprimoramento sempre continuado, adquirido através de conhecimentos recentes da profissão, no que se refere às técnicas dos exames e dos meios de tratamento, nas publicações especializadas, nos congressos, cursos de especialização ou estágios em centros e serviços hospitalares de referência.”

DEVER DE VIGILÂNCIA: “[...] esse modelo de dever obriga o médico a ser diligente, agir com cuidado e atenção, procurando de toda forma evitar danos que venham a ser apontados como negligência ou incúria.”

DEVER DE ABSTENÇÃO DE ABUSO: “É necessário saber se o profissional agiu com a cautela devida e, portanto, descaracterizada de precipitação, de inoportunismo ou de insensatez.” (FRANÇA, 2010, p. 68-69).

O descumprimento de qualquer destes deveres de conduta pelo facultativo pode gerar o dever de indenizar.

c) Imprudência

A imprudência ocorre quando o médico realiza procedimentos sem o conhecimento adequado ou assistência científica. É imprudente o profissional que agir expondo seus pacientes a riscos que poderiam ter sido evitados ou até mesmo irrelevantes.

É o descuido, o imprudente, que se destaca em uma desatenção que é culpável, na imprevisão, gerando um mal presumido que poderia ter sido evitado.

Tem a ver com algo mais que mera falta de atenção, mas ato que pode revelar-se de má-fé, ou seja, com conhecimento do mal e a intenção de praticá-lo; a ação imprudente é aquela revestida de dolo – a má-fé concretizada -, e portanto, embora não querida pelo agente também não revestida de absoluta ausência de intenção. Melhor explicando, age de forma imprudente aquele que sabedor do grau de risco envolvido, mesmo assim acredita que seja possível a realização do ato sem prejuízo para qualquer um; age, assim, além da justa medida de prudência que o momento requer, excede os limites do bom senso e da justeza dos seus próprios atos. (TROVÃO, 2005)

Cabe então ao Estado buscar os seus interesses de qualquer forma, almejando a manutenção do equilíbrio do poder através do ordenamento jurídico, onde estarão previstas



todas as possibilidades que podem gerar efeitos indesejáveis a manutenção deste equilíbrio. (GOMES, 2009)

2.2. OBRIGAÇÃO DE MEIO E RESULTADO

De acordo com o que já vimos, a natureza jurídica da responsabilidade civil do médico é decorrente de um contrato. Entretanto, conforme menciona Stoco (2007), ainda que haja a responsabilidade contratual do médico, não há uma obrigação de a culpa do profissional ser presumida. O autor afirma que isso acontece porque o fato de ser contratual a culpa delimita a vantagem do cliente, uma vez que a não obtenção da cura, não acarreta puramente o inadimplemento do contrato.

Para Cavalieri Filho (2005), em regra, a obrigação do médico é de meio, não podendo ser o efeito inesperado causado pelo tratamento realizado considerado puramente com inadimplemento contratual.

Desse modo, uma vez sendo a responsabilidade do médico contratual, pressupõe-se que esta é proveniente do descumprimento de alguma obrigação manifestada pelas partes, no momento da realização do contrato.

Para que seja caracterizada a responsabilidade civil do profissional liberal, é necessário distinguir a obrigação de meio e obrigação de resultado. Para Theodoro Júnior (1999, p.41) a diferença se baseia “na obrigação de resultado, o contratante se obriga a alcançar um determinado fim, cuja não consecução importa em descumprimento do contrato”.

Já na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, em sentido a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo. Verifica-se de tal forma que a obrigação de meio não obriga o profissional a um resultado específico, mas apenas o obriga a agir com prudência, diligência, cuidado e toda a técnica disponível visando a sua finalidade, mas sem o compromisso de alcançá-la.

Para Gifoni, Matos e Maia (2007, p. 116),

A obrigação de meio (também denominada obrigação de diligência) é aquela em que o contratado se obriga apenas a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem contudo, garanti-lo. Nessa relação obrigacional, o fornecedor ou prestador de serviço só está obrigado a fazer o que estiver ao seu alcance para conseguir o objetivo pretendido pelo interessado.



Já na obrigação de resultado existe um compromisso do prestador de serviços a alcançar um resultado específico, que seria o próprio centro da própria obrigação, sem o qual resultará em um inadimplemento obrigacional, ou seja, o resultado combinado deverá ser alcançado ou haverá a responsabilidade por um descumprimento obrigacional.

Atualmente, de acordo com o entendimento majoritário, a natureza da obrigação da prestação dos serviços médicos é considerada de meio, pois o médico acaba se obrigando a agir com a diligência necessária à obtenção do resultado, mas sem poder jamais assegurá-lo. Tal posicionamento é o que prevalece atualmente, existem algumas situações em que são aplicados os princípios das obrigações de resultado, tais como em cirurgias plásticas.

Já nas palavras de Venosa (2008, p. 139),

“não se tratando de cirurgia estético embelezadora ou de exames clínicos, radiológicos e assemelhados, a obrigação médica é de meio. Não pode o médico assegurar a cura, o resultado, deve aplicar, no entanto, toda a diligência de sua técnica para atingi-lo. Na grande maioria das atuações, portanto, a obrigação do médico é de meio; por vezes será de resultado, como se afirma na cirurgia plástica meramente estética e em exames laboratoriais, hoje cada vez mais sofisticados”.

Embora o posicionamento da doutrina majoritária seja nesse sentido no que diz respeito à cirurgia estética, a doutrina minoritária, afirma que não há distinção entre as obrigações assumidas pelos médicos em casos de cirurgias estéticas e nos demais procedimentos realizados pelo profissional da medicina, uma vez que a obrigação está presente em qualquer ato cirúrgico, até mesmo nos mais simples.

Ocorre nos casos de cirurgia estética é que os médicos fazem uma promessa de um resultado a ser alcançado. O prestador de serviço, nesse caso, responsabiliza-se a um determinado fim, gerando o inadimplemento contratual, caso não ocorra conforme o combinado. Nesses casos, a obrigação, para a doutrina majoritária não deixará de ser caracterizada como de meio, mas deverá o prestador do serviço ser responsabilizado pela garantia contratual que concedeu.

Diante do que analisamos, a obrigação do médico deveria ser permanentemente de meio, devido à presença de imprevistos em todas as intervenções médicas, exceto nos casos laboratoriais.



CAPÍTULO III – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A partir do estudo teórico estabelecido até o presente momento, observa-se que há muitas indecisões no tocante à disciplina da responsabilidade do médico e da responsabilidade civil em geral. É um assunto, portanto, que demanda ainda esforços doutrinários e teóricos para sedimentar seus institutos.

Entretanto, há muita evolução começando pela própria concretização da responsabilidade civil como uma área de estudo dentro do direito civil – as pesquisas realizadas na doutrina para compor a parte teórica deste trabalho revelaram que, nos manuais editados até aproximadamente 1950, era inclusive raro a designação do tema sob o título “responsabilidade civil”, a qual era substituída por expressões como “do dever de indenizar”, “das indenizações”, “perdas e danos”.

Sobretudo com a CF/1988, a qual reservou a pessoa humana como centro do nosso ordenamento individualizado, em desvantagem do patrimônio, houve significativa alteração na forma de tratamento dos três institutos essenciais do direito civil e que são base também das relações sociais, quais sejam contrato, família e propriedade.

O CC/2002, ainda que de maneira mais introvertida do que se esperava, também acompanhou esse processo. A adesão de princípios como da função social do contrato, da probidade e da boa-fé são exemplos disso.

Além da consolidação da responsabilidade civil como um instituto jurídico, portanto, verifica-se também que ela estabeleceu-se como um instrumento de proteção social, ou seja, as preocupações que a doutrina apresenta quando discute aspectos de responsabilidade são sempre relacionadas à efetiva tutela de bens jurídicos, à justiça na responsabilização e à importância social que desempenha.

O direito nacional ainda tem um longo percurso a ser percorrido, certo é que já houve várias conquistas e o direito civil nacional encontra-se bastante adiantada em diversos aspectos.

Principalmente à jurisprudência, designa-se que ela possui um papel principal, que deveria nortear as pesquisas desenvolvidas pelos advogados: o de denunciar os problemas práticos com que se está surgindo na realidade. Assim, não prosperaria uma doutrina e legislação extremamente desenvolvidas, se separadas com a realidade social. Essas desavenças se tornam ainda mais nítido em temas como o da responsabilidade civil.



Nesse sentido, Caio Mário coloca como primordial, em qualquer circunstância, àqueles que se dedica ao estudo da responsabilidade civil a utilização não só da procedência legislativa, mas também “*jurisprudencial*, pois que na decisão dos casos em espécie, mesmo nos sistemas de direito escrito como é o nosso, encontrar-se-ão elementos que concorrem para atualizar a hermenêutica das normas legais aplicáveis e adminículos seguros e úteis para acompanhar o desenvolvimento dos princípios.” (PEREIRA, 2000, P. 280).

Até agora, este trabalho preocupou-se com a análise doutrinária do tema da responsabilidade civil do médico, pontuando seus pilares e suas tendências evolutivas. A partir de agora, portanto, passa-se à análise jurisprudencial.

3.1. RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO ERRO MÉDICO

O Direito brasileiro admitiu no que se refere a responsabilidade civil da Administração, a teoria do risco administrativo, assim existindo o dano, a conduta e o nexo de causalidade entre ambos, e não havendo nenhuma das causas de exclusão da responsabilidade o Estado deverá ser responsabilizado.

Como já analisado anteriormente, a responsabilidade civil do médico é analisada sob o aspecto subjetivo, assim para que exista a responsabilidade do médico deverão estar presentes os seguintes pressupostos: a conduta (omissiva ou comissiva), o dano, o nexo de causalidade ligando o dano à conduta, e a culpa, a qual pode ser desenvolvida através da negligência, imprudência e imperícia. O atendimento por intermédio do serviço público oferecido pelo Estado caracteriza a responsabilidade objetiva para o instituto, e responsabilidade extracontratual para o profissional.

A Constituição Federal trouxe em seu art. 37, XXI, § 6º o postulado de que:

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.

A mencionada norma encontra correspondência no Código Civil em seu artigo 15, o qual estabelece:

"As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos à terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando ao dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".



A União, os Estados e o Distrito Federal e cada um dos Municípios legalmente constituídos são pessoas jurídicas de direito público, sendo assim responderão pelos danos causados que seu agente porventura vier a cometer, incumbindo, em consequência, reparar o dano, independentemente das sanções civis, penais, éticas e administrativas que o autor do ato ilícito vier a sofrer.

Como leciona Meirelles, o Estado:

“(...) Como ente personalizado, tanto pode atuar no campo do direito público como no do direito privado, mantendo sempre sua única personalidade de direito público” e sendo assim, responderá, em face do mandamento constitucional e do direito civil, pelos atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros.”(MEIRELLES. 1991)

Outro aspecto a ser tratado a respeito do erro médico do ponto de vista da função pública, é quando estes decorrem de falhas estruturais, quando os meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória (FRANÇA, 1995). Neste caso, o Estado, pessoa jurídica de direito público bem como aquelas de direito privado prestadoras de serviço público, responderão pelos danos que venham a causar aos usuários do sistema de saúde, conforme o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO. TRATAMENTO PÓS-OPERATÓRIO INADEQUADO. INFECÇÃO HOSPITALAR. INCAPACIDADE PERMANENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PENSÃO. GRATIFICAÇÃO NATALINA. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL DESPROVIDOS. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO. I. No que se refere às instituições que prestam serviço médico, dentre elas incluída a União, configura responsabilidade objetiva a falta ou insuficiência do atendimento do paciente decorrente de tratamento pós-operatório inadequado. Tal fato se agrava quando o serviço público federal de saúde não possui serviços, instrumentos e materiais básicos ao seu perfeito funcionamento, tais como, fisioterapia, raio-x e antibiótico. II. “O entendimento jurisprudencial assevera que o hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si”

Quando o erro médico for originário dessas "falhas estruturais" o profissional da medicina não poderá ser responsabilizado mesmo do ponto de vista funcional, eis que não concorreu para o evento através da ação ou omissão, imprudência, negligência ou imperícia motivada do ato ilícito, assumindo o Estado com o ônus da reparação.

O médico deve ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa a fim de que possa exercer a medicina com honra e dignidade. Igualmente é direito seu recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou que possam prejudicar o paciente. Deve, no entanto, sempre



que as condições mínimas de trabalho não forem respeitadas, colocando em risco a saúde do paciente, denunciar, de imediato, ao Conselho Regional de Medicina onde estiver jurisdicionada essa situação. O seu silêncio, além de falta ética, implicará em conivência, em omissão, com as consequências legais dele decorrentes. Então, afim de ratificar os posicionamentos expostos, traz-se os seguintes julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO- SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (“EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES”) E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

O recurso extraordinário - a que se refere o presente agravo de instrumento - foi interposto contra decisão, que, proferida pelo E. Tribunal Regional Federal/2ª Região, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 18): “CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - EXTRA CONTRATUAL - PREVISIBILIDADE (...) - REPARAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - CUMULAÇÃO - CABIMENTO - CONDENAÇÃO EXCESSIVA - REFORMA. - Sendo a responsabilidade objetiva, dispensada está a parte de provar a culpa lato sensu, ante a adoção, pelo direito pátrio, da teoria do risco; - Demonstrado o fato administrativo (conduta comissiva do agente), onexo causal e o resultado danoso, devida a reparação por dano material, pois que também não houve culpa da vítima, bem como não restou configurada a excludente de responsabilidade; (...)”

“ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO COMETIDO EM HOSPITAL PÚBLICO - MORTE - INDENIZAÇÃO - QUANTUM - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. 1 - atraída a incidência da responsabilidade objetiva, basta a comprovação do dano, da conduta objetiva e do nexo causal (art. 37, § 6º, da constituição federal) para que surja o dever de reparar. 2 - restando comprovado que as lesões sofridas pela genitora das requerentes ocorreram em razão de negligência médica, em unidade hospitalar pública, consistente na perfuração do intestino da paciente, que veio a falecer, patente o dever de indenizar. 3 - ao fixar o valor da reparação pelos danos morais deve o julgador cuidar para que não seja tão alto, a ponto de tornar-se instrumento de vingança ou enriquecimento sem causa do prejudicado, nem tão baixo de maneira a se mostrar indiferente à capacidade de pagamento do ofensor. 4 - recurso provido.”

Pela análise dos julgados acima, certifica-se o entendimento de que quando há dano para o paciente, resultante de atuação de servidor público no desempenho de atividade médica, haverá a responsabilização do hospital público (Estado), uma vez que o no Brasil é adotado a teoria do risco administrativo. De acordo com esta, a responsabilidade do Estado é objetiva, devendo então a vítima provar apenas a conduta do agente (fato administrativo), o nexo causal e o dano sofrido para ser indenizada.



3.2. RESPONSABILIDADE DOS PLANOS DE SAÚDE NO CASO DE ERRO MÉDICO

Para que se possa discorrer a respeito da responsabilidade civil envolvendo as operadoras privadas de assistência à saúde, primeiramente é relevante tratar acerca da regulamentação que rege esse setor. Nesse sentido, importante destacar alguns artigos da Constituição Federal de 1988:

“Art.197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. 1º– As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. 2º – É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. 3º– É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde do País, salvo nos casos previstos em lei. 4º– A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

Com fundamento no disposto acima, pode-se constatar que muito embora haja a liberalidade, através do art. 199 da CF, que foi concedida para que as operadoras de planos de saúde atuassem nesse setor, o Estado continua no poder de regulamentação, fiscalização e controle a fim de verificar se esse serviço esta sendo prestado de acordo com as normas e princípios norteadores da sociedade como um todo.

Tendo em vista as funções que foram designadas ao Estado, esse editou e publicou a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, com o intuito de regular tal setor, e posteriormente criou a Lei nº 9.961 de 2000, a qual dispõe sobre a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a que atua em todo o território nacional como órgão de regulação, normatização controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

A Lei 9656/98 estabelece que operadora de assistência à saúde é a pessoa jurídica sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, administradora ou entidade de autogestão que opere produto, serviço ou contrato de plano privado de assistência à saúde. As operadoras de planos e seguros de assistência à saúde privada são



fornecedoras de serviços, cuja cobertura se dá através de remuneração acordada entre as partes. Portando estão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor.

Os planos de saúde são formalizados mediante contrato de adesão da parte consumidora, sendo as cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor. Outra característica identificada pela doutrina nos contratos de plano de saúde é a sua onerosidade (consumidor deverá pagar pelos seus serviços) e aleatoriedade (extensão das prestações de uma ou ambas as partes não é certa).

Para ilustrar, destaca-se o informativo de jurisprudência nº 231 do TJDF:

“Ao julgar apelações em face de sentença que condenou seguradora a reparar danos morais suportados por consumidora impedida de usufruir dos serviços do plano de saúde, a Turma negou provimento aos recursos. Segundo a Relatoria, a autora sustentou a necessidade de devolução em dobro das parcelas pagas no período em que o contrato esteve suspenso, bem como a majoração da indenização por danos morais. Foi relatado, ainda, que a seguradora, por seu turno, alegou a inexistência de dano, bem como que os danos morais foram fixados de forma exorbitante. Nesse contexto, o Magistrado afirmou que diante da natureza aleatória do contrato de seguro de saúde, cuja contraprestação do segurador só será devida se ocorrer evento futuro, não é possível a devolução da importância paga a título de mensalidade do plano, uma vez que a seguradora tem a obrigação de assumir todos os riscos no período ajustado. Para o Julgador, somente seria admitido o ressarcimento integral pelas despesas médicas pagas em razão da suspensão do plano de saúde, todavia, a autora não formulou pedido nesse sentido. Assim, o Colegiado confirmou a sentença por reconhecer que o ato ilícito civil praticado pela ré ultrapassou os limites do mero descumprimento contratual, violando a dignidade da consumidora, e que o quantum fixado atendeu aos critérios da equidade, proporcionalidade e razoabilidade.”

Como existe uma obrigação assumida por cada uma das partes no negócio jurídico, outro aspecto é o caráter sinalagmático. Uma característica de quem contrata o plano de saúde é de que a relação contratual tenha uma longa duração, sendo possível a revisão contratual, conforme se depreende das seguintes ementas:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CDC. POSSIBILIDADE. REAJUSTE ABUSIVO CONFIGURADO. MATÉRIA JÁ PACIFICADA NESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83. I – A variação unilateral de mensalidades, pela transferência dos valores de aumento de custos, enseja o enriquecimento sem causa da empresa prestadora de serviços de saúde, criando uma situação de desequilíbrio na relação contratual, ferindo o princípio da igualdade entre partes. O reajuste da contribuição mensal do plano de saúde em percentual exorbitante e sem respaldo contratual, deixado ao arbítrio exclusivo da parte hipersuficiente, merece ser taxado de abusivo e ilegal. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo improvido."(STJ, AgRg no Ag 1131324/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti .Julgado em 19/05/2009)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - Plano de saúde Contrato coletivo - Reajuste superior a 60% para os últimos dois anos sob alegação de aumento da sinistralidade. Ausência de elementos que justifiquem o reajuste aplicado - Reajuste que deve obedecer ao índice autorizado pela ANS para os contratos individuais até uma cognição exauriente dos fatos - Decisão confirmada - Recurso



não provido”(TJSP - Agravo de Instrumento nº 0068784-49.2011; Rel. Des. José Carlos Ferreira Alvest)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM VIRTUDE DO AUMENTO DA FAIXA ETÁRIA. CONSUMIDOR QUE COMPLETOU 60 ANOS. INCIDÊNCIA DO ESTATUTO DO IDOSO. PERCENTUAL APLICADO (58,64%) QUE SE MOSTRA ABUSIVO. TUTELA CONCEDIDA. SUSPENSÃO DO REAJUSTE. RECURSO PROVIDO. Não se nega que o aumento da mensalidade do plano de saúde, em princípio, configura meio de assegurar o equilíbrio contratual. Todavia, não se pode simplesmente impor sucessivos aumentos baseados na premissa segundo a qual o plano de saúde, a partir dos sessenta anos do usuário, será usado com maior frequência, gerando, em consequência, maiores despesas. O aumento das mensalidades deve estar arrimado em dados que justifiquem a exasperação imposta, e não simplesmente exigido unilateralmente, por exclusivo critério da cooperativa médica ou seguradora.”(TJSC – Agravo de Instrumento nº 2011.013167.7; Rel. Jorge Luis Beber. Julgado em 22/09/2011)

Diante das ementas acima, concluímos que é possível a revisão contratual, em razão da onerosidade excessiva, conforme previsto no art. 6, V do Código de Defesa do Consumidor.

São direitos básicos do consumidor: (...) V - **a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.**

As obrigações das operadoras de planos de saúde são de resultado, assumem o compromisso de prestar um serviço médico com alto padrão e confiabilidade.

É considerado descumprido o contrato quando o serviço não é executado nos padrões prometidos, como quando ocorre um erro médico. A responsabilidade civil dos planos de saúde por erro médico tem por base o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. Na qual a parte prejudicada tem a escolha de acionar solidariamente o plano de saúde e/ou o médico que prestou o serviço. Ocorre que processar solidariamente ambos prestadores de serviço, plano de saúde e médico, sob este recai a responsabilidade na forma subjetiva como profissional liberal que é. Referente ao plano de saúde este responderá objetivamente pelo serviço que oferece.

A operadora de planos privados de assistência à saúde é responsável tanto pela escolha dos seus locais de atendimento (hospitais, clínicas, etc.) quanto por seus profissionais credenciados. Desta forma, fornece ao beneficiário uma lista discriminada dessa rede conveniada (locais de atendimento e profissionais), para que esses possam exercer o seu direito de usufruir do serviço ora contatado através de consultas, exames, dentre outros. Portanto, não restam dúvidas de que a operadora torna-se responsável pela qualidade dos serviços prestados, haja vista que a mesma procede à escolha de quem será conveniado a ela, e apenas presta a informação desses aos seus beneficiários.



As operadoras de planos privados de assistência à saúde estão sujeitas a responsabilidade objetiva solidária em relação aos profissionais e estabelecimentos conveniados a ela, pois, a liberalidade de escolha desses cabe a ela e não ao beneficiário. Desta forma, fica claro que a responsabilização solidária pela indenização ao beneficiário lesado, pois esse ao contratar essa modalidade de prestação de serviços busca a segurança, a previsibilidade, a garantia e acima de tudo a confiança de se ter um serviço contratado realizado de maneira satisfatória.

Destaca-se que junto ao fato de ser a responsabilidade dos planos de saúde objetiva como fornecedora de serviços que é, todo procedimento médico-hospitalar somente é liberado ante a autorização da administradora do plano de saúde, o que mais uma vez reforça a tese da responsabilidade objetiva.

Comprovando o já exposto, colaciona-se Recurso Especial no qual o STJ pronunciou-se sobre o assunto:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso. 2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço. 3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa. 4. Tendo em vista as peculiaridades do caso, entende-se devida a alteração do montante indenizatório, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 5. Recurso especial provido. (REsp. nº 866.371 - RS (2006/0063448-5). Des. Rel. Min. Raul Araújo)

No mesmo sentido, tem se manifestado os demais tribunais, conforme se demonstra com os seguintes julgados:



AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - COOPERATIVA DE ASSISTÊNCIA DE SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - CONFIGURAÇÃO - CULPA DO PROFISSIONAL COMPROVADA - DANOS MATERIAIS E MORAIS - INDENIZAÇÃO DEVIDA - FIXAÇÃO - CRITÉRIOS.- A Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde é parte legitimada passivamente para ação indenizatória movida por associada em face de erro médico originário de tratamento inadequado determinado por médico cooperativado.- Constatada a imperícia médica por parte do profissional credenciado, devem ser este e a cooperativa que o indicou, ser responsabilizados civilmente, de forma a reparar os danos de ordem material e moral causados ao paciente. (...)" (TJMG, Ap. Cív. 467.378-7, Rel. Des. Elias Camilo, j. 12.05.2005). (...) Acrescente-se que, devidamente comprovada a responsabilidade civil do médico e do hospital pelos danos causados a paciente, convém ressaltar que a instituição que fornece os planos de saúde, tal como a 2ª apelante, responde solidariamente pela deficiência do serviço custeado pelo plano. A fornecedora de plano de saúde responde pela má eleição que fez dos médicos e hospitais credenciados, que prestam serviços defeituosos, inclusive na hipótese em que o associado é obrigado a escolher dentre profissionais e hospitais que estão relacionados na lista da fornecedora. (...)".....Saliente-se que não há que se falar em aplicação do disposto no art. 1.460 do Código Civil/1916 ao presente caso, visto que a presente demanda não se trata de cobrança de indenização securitária, mas de ação para apuração da responsabilidade civil da operadora de plano de saúde, ora segunda embargante, e seu dever de indenizar.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo quanto se expôs, pode-se concluir que o Brasil evoluiu significativamente no que diz respeito à responsabilização decorrente de dano, pois, durante um longo período de nossa história, a responsabilidade civil não se diferenciava da penal. Todavia, hoje elas de ramos diferentes.

No nosso ordenamento jurídico aquele que causar dano a outrem tem o dever de indenizar, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil. Sendo tais pressupostos a ação ou omissão, o dano causado pelo agente e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

A doutrina classifica a responsabilidade civil em várias espécies, sendo as mais comuns: contratual e extracontratual, direta e indireta, e, por fim, a subjetiva e a objetiva. As excludentes de responsabilidade são os fatos que, caso ocorram, impedem que o nexo de causalidade se estabeleça entre a conduta e o dano, afastando, sendo assim, o dever de indenizar do agente que causou o resultado indesejado. Tais excludentes, são a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito, a força maior e, na esfera contratual, pode-se acrescentar ainda a cláusula de não indenizar.

A cláusula de não indenizar não é válida no contrato médico, uma vez que impede a parte lesada de buscar uma reparação a um dano cometido por um profissional da área médica. Caso a cláusula de não indenizar venha a ser pactuada, deverá o magistrado declará-la nula de pleno direito.

A natureza jurídica da responsabilidade médica já foi motivo de muitas desavenças em torno do tema, entretanto atualmente encontra-se pacificada que é de natureza contratual, não obstante a sua colocação entre os atos ilícitos. O erro médico caracteriza-se como uma falha no exercício da profissão que tenha causado algum tipo de resultado negativo ao paciente.

No que tange responsabilização do Estado, a qual surge do atendimento médico em hospitais públicos, vigora a teoria do risco administrativo: havendo dano, conduta e nexo causal entre ambos, e nenhuma causa de exclusão da responsabilidade, o Estado será responsabilizado pelos atos de seus prepostos.

O Estado responde ainda em razão das falhas estruturais, quando os meios e as condições de trabalho são ineficazes ou insuficientes para uma resposta satisfatória. Tanto



quando o médico for empregado de hospital público, como quando for profissional conveniado do plano de saúde, sua responsabilidade permanece subjetiva. A responsabilidade objetiva incide somente para aqueles. Quanto a prova de existência do erro médico, viu-se que os tribunais têm adotado a teoria dinâmica da prova a qual afirma que incumbe a quem tem melhores condições de provar, o ônus de fazê-lo, independentemente de figurar no polo ativo ou passivo da demanda.

Surge então a possibilidade de inversão do ônus da prova. A prova consiste na comprovação da conexão entre o dano sofrido e o comportamento comissivo do agente responsável. Vale lembrar ainda que o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo decidir com base em outros elementos do processo.

A responsabilidade médica, a qual como já foi dito, é subjetiva, só podendo ser afastada em caso de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou forma maior, legítima defesa, exercício regular de um direito ou estado de necessidade. Outro motivo que exclui a responsabilidade médica é a infecção hospitalar, uma vez que, o fato danoso decorre da internação e não da atividade médica em si. A responsabilização solidária do médico só ocorreria se este realizasse procedimento cirúrgico consciente de que o local não oferece condições ideais para tanto.

Em relação a responsabilização das operadoras de plano de saúde, primeiro há que se estabelecer que suas obrigações são de resultado, sendo responsável pela qualidade dos serviços prestados, uma vez que é quem escolhe os profissionais credenciados, bem como seus locais de atendimento. Em razão do disposto no Código de Defesa do Consumidor, acarreta a responsabilização objetiva, ou seja, não necessita da comprovação da existência de culpa.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado; **Responsabilidade civil do médico**. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/555/Responsabilidade_Civil_do_M%C3%A9dico.pdf.txt?sequence=3> Acesso em 25 agos. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 14 abril. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm Acesso em 14 abril. 2019.

BRASIL. Código de ética médica. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122> Acesso em 14 abril. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada>> Acesso em 14 abril. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 696.284 – RJ (2004.0144963-1). Relator: Ministro Sidnei Benetti. Brasília, 3 de dezembro de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos infringentes nº 70045428323. Relator: Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 18 de novembro de 2011

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luis Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GIFONI, J.M.M.; MATOS, F.A.S.; MAIA, P.E.G. **Da responsabilidade por erro médico: aspectos éticos, cíveis e penais**. 1. ed. Fortaleza: Expressão gráfica e editora, 2007

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e o ônus da prova. Ed. Revista dos Tribunais. 2002

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 1991.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Direito das obrigações – 2ª parte**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. Vol. 4. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 97.

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

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev 1999, a. 88, v 760.

TROVÃO, ANTÔNIO. Disponível em:
<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2078/Uma-breve-analise-da-sintaxe-do-titulo-III-do-Livro-III-do-Codigo-Civil-Vigente-Do-dano>. Acesso em 23 de março de 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. Vol. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.