



**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA  
“JÚLIO DE MESQUITA FILHO”  
FACULDADE DE MEDICINA DE BOTUCATU**

**Nuno Augusto Pereira Garcia**

**ERRO MÉDICO  
ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DIRIGIDO AO  
PROFISSIONAL DA SAÚDE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Medicina de Botucatu da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” para obtenção do título de Mestre no programa de pós-graduação em Cirurgia e Medicina Translacional.

**Orientador: Prof. Assoc. Daniele Cristina Cataneo**

**Botucatu  
2020**

**NUNO AUGUSTO PEREIRA GARCIA**

**ERRO MÉDICO  
ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DIRIGIDO AO  
PROFISSIONAL DA SAÚDE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Medicina de Botucatu da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” para obtenção do título de Mestre no programa de pós-graduação em Cirurgia e Medicina Translacional.

Orientador: Prof. Assoc. Daniele Cristina Cataneo

**Botucatu**

**2020**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA SEÇÃO TÉC. AQUIS. TRATAMENTO DA INFORM.  
DIVISÃO TÉCNICA DE BIBLIOTECA E DOCUMENTAÇÃO - CÂMPUS DE BOTUCATU - UNESP  
BIBLIOTECÁRIA RESPONSÁVEL: ROSEMEIRE APARECIDA VICENTE-CRB 8/5651

Garcia, Nuno Augusto Pereira Garcia.

Erro médico estudo da responsabilidade civil dirigido  
ao profissional da saúde / Nuno Augusto Pereira Garcia  
Garcia. - Botucatu, 2020

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista  
"Júlio de Mesquita Filho", Faculdade de Medicina de  
Botucatu

Orientador: Daniele Cristina Cataneo  
Capes: 40107000

1. Erro médico. 2. Responsabilidade civil. 3. Pessoal  
da área médica e pacientes. 4. Seguros - Legislação.

Palavras-chave: Contrato médico; Dano médico; Erro médico;  
Responsabilidade civil; Seguro.

**Nuno Augusto Pereira Garcia**

**ERRO MÉDICO**

**ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DIRIGIDO AO  
PROFISSIONAL DA SAÚDE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Medicina de Botucatu da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” para obtenção do título de Mestre no programa de pós-graduação em Cirurgia e Medicina Translacional.

**Orientador:** Profa. Dra. Daniele Cristina Cataneo

**Comissão examinadora:**

---

Profa. Dra. Daniele Cristina Cataneo

Universidade Estadual Paulista Júlio de  
Mesquita Filho – UNESP

---

Prof. Dr. Pedro Lourenção

Universidade Estadual Paulista Júlio de  
Mesquita Filho - UNESP

---

Prof. Dr. André Murilo Parente Nogueira

Instituição Toledo de Ensino

Botucatu, 20 de Fevereiro de 2020.

*Dedicatória*

---

*Dedico este trabalho a minha amada esposa Vanessa, minha incentivadora para chegar até aqui, que esteve ao meu lado, nunca medindo esforços para me ajudar, sendo uma pessoa dedicada a me encorajar para seguir junto até a conclusão de meus sonhos.*

# *Agradecimientos*

---

Agradeço a **Deus** por iluminar os meus caminhos, dando-me força para prosseguir em todos os momentos de minha vida.

Agradeço ainda a minha mãe **Silvia**, por me dar a vida e me ensinar a ser uma pessoa íntegra e humilde, para que assim, minhas realizações se tornassem possíveis.

Agradeço também minha irmã **Amina**, que me acompanhou no decorrer desta caminhada, incentivando e dando forças para superar meus obstáculos.

À **Professora Dra. Daniele Cristina Cataneo**, por toda orientação prestada, com tanta generosidade nos ensinamentos, conhecimentos e ideias, não olvidando esforços para dar corpo a este trabalho.

Ao **Professor Dr. Antônio José Maria Cataneo**, pelo apoio desde o início dessa caminhada, sempre atento e disponível.

À **Dra. Karine Aparecida Arruda**, pelo incentivo e amizade, demonstrando sempre ser possível alcançar objetivos tão importantes em nossa vida.

*Epígrafe*

---

*“Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar. Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota” (Madre Teresa de Calcuta)*

*Resumo*

---

## RESUMO

**Introdução:** Considerando que no Brasil, observou-se um crescimento exponencial das demandas judiciais relacionadas aos serviços prestados pelos profissionais da saúde, entende-se necessário um estudo aprofundado à respeito do erro médico com abordagem direta a esse profissional, carecedor de tratamento especial e protetivo sempre que, diante das falhas oriundas do seu exercício profissional, forem verificados fatores de imprevisibilidade capazes de comprometer a exitosa prestação do serviço ofertado. Necessária também, a abordagem no presente trabalho, das mudanças na relação entre o profissional da saúde e o paciente, as prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário, o atendimento aos protocolos clínicos preestabelecidos, dentre outras variáveis, sendo que tais pontos são relevantes para o crescente aumento das ações judiciais e, por consequência, a forma que as decisões são proferidas ao apreciar problemáticas dessa natureza.

**Objetivos:** Descrever acerca da problemática do erro médico quando analisado sob a ótica da responsabilidade civil. Explorar a teoria da responsabilidade civil, a extensão das variáveis de responsabilidade, legislações pertinentes, além de comparar decisões proferidas no Brasil e em outros países. **Metodologia:** Fora realizada uma revisão da literatura existente sobre o tema e assim elaborada uma dissertação que reuniu e analisou doutrinas acerca do erro médico. Dentre os materiais que foram utilizados, estão as legislações nacionais e internacionais abrangentes ao tema e estudos jurídicos existentes que foram obtidos por meio de livros, Códigos, Constituição da República, artigos publicados em revistas especializadas, Acórdãos de Tribunais Superiores e textos publicados na Internet. A pesquisa se desenvolveu da seguinte forma: Levantamento bibliográfico inerente ao tema; Estudo crítico do material doutrinário levantado; Obtenção e análise da legislação nacional e internacional pertinente; Análise de textos alternativos referente ao tema em questão.

**Resultados:** Após verificados diversos estudos, temos que uma série de fatores pode influenciar na ocorrência do “erro médico”, podendo ocorrer deficiência da formação profissional, falha na relação profissional-paciente e a falta de condições ideais de trabalho. Temos assim, que se torna necessário priorizar o ensino no sentido de fortalecer virtudes que favorecem uma melhora na relação com o paciente, como humanismo e empatia, palavras primordiais para uma possível melhora deste quadro em nosso país. **Conclusão:** Se mostra muito importante o estudo e a conscientização da problemática que envolve uma possível indústria do “erro médico” no Brasil. Temos que imaginar que as consequências da fomentação da proteção do paciente a qualquer custo trará herança desastrosa para a comunidade. Portanto, indispensável que os operadores do direito tenham maior interação sobre o assunto, extinguindo pré-suposições e pré-conceitos, amparando esta classe nas demandas infundadas de erros imaginários perpetradas por pacientes. Um suposto erro médico pode ser uma consequência de várias situações, mas como visto, não temos dúvidas de que estabelecer uma boa relação entre profissional e paciente, baseada no respeito à pessoa, poderia evitar suas referidas ocorrências e, por consequência, a maioria dos processos judiciais.

**Palavras-chave:** Contrato médico; Dano médico; Erro médico; Responsabilidade Civil; Seguro.

*Abstract*

---

## **ABSTRACT**

**Introduction:** Considering that in Brazil, there has been an exponential increase in the legal demands related to the services provided by health professionals, it is necessary to conduct an in-depth study about medical error with a direct approach to this professional, who needs special and protective treatment, whenever, in the face of failures arising from their professional practice, unpredictable factors are verified that can compromise the successful provision of the service offered. It is also necessary, the approach in the present work, of the changes in the relationship between the health professional and the patient, the prerogatives of facilitating access to the judiciary, the attendance to the pre-established clinical protocols, among other variables, and such points are relevant to the increasing increase in lawsuits and, consequently, the way in which decisions are rendered when considering problems of this nature. **Objectives:** To describe the problem of medical error when analyzed from the perspective of civil liability. Explore the theory of civil liability, the extent of liability variables, relevant legislation, and compare decisions made in Brazil and other countries. **Methodology:** A review of the existing literature on the topic had been carried out and a dissertation was prepared, which brought together and analyzed doctrines about medical error. Among the materials that were used, there are national and international laws covering the theme and existing legal studies that were obtained through books, Codes, the Constitution of the Republic, articles published in specialized magazines, Judgments of Superior Courts and texts published on the Internet. The research was developed as follows: Bibliographic survey inherent to the theme; Critical study of the doctrinal material raised; Obtaining and analyzing relevant national and international legislation; Analysis of alternative texts related to the topic in question. **Results:** After verifying several studies, we have that a series of factors can influence the occurrence of the “medical error”, with the possibility of professional training deficiency, failure in the professional-patient relationship and the lack of ideal working conditions. We have, therefore, that it is necessary to prioritize teaching in order to strengthen virtues that favor an improvement in the relationship with the patient, such as humanism and empathy, essential words for a possible improvement of this situation in our country. **Conclusion:** The study and awareness of the problem surrounding a possible “medical error” industry in Brazil is very important. We have to imagine that the consequences of promoting patient protection at any cost will bring disastrous inheritance to the community. Therefore, it is essential that legal operators have greater interaction on the subject, extinguishing pre-assumptions and preconceptions, supporting this class in the unfounded demands of imaginary errors perpetrated by patients. An alleged medical error can be a consequence of several situations, but as seen, we have no doubt that establishing a good relationship between professional and patient, based on respect for the person, could prevent their occurrences and, consequently, most processes judicial.

**Keywords:** Medical contract; Medical damage; Medical error; Civil responsibility; Insurance.

# *Sumário*

---

**SUMÁRIO**

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	17
1.1. História do erro médico .....	18
<b>2. OBJETIVOS</b> .....	20
<b>3. METODOLOGIA</b> .....	22
<b>4. RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	24
4.1. As teorias da responsabilidade civil e suas espécies .....	29
4.1.1. Responsabilidade civil subjetiva .....	30
4.1.2. Responsabilidade civil objetiva .....	31
4.1.3. Responsabilidade civil pré-contratual .....	32
4.1.4. Responsabilidade civil contratual e extracontratual .....	33
4.1.5. Responsabilidade civil pós-contratual .....	35
4.1.6. Contrato Médico .....	35
4.1.7. Contrato de Adesão .....	37
4.1.8. Do Consentimento Informado .....	38
4.2. Responsabilidade Civil do Médico .....	40
4.2.1. Da culpa do profissional da área da saúde .....	41
4.2.2. Da incidência do Código de Defesa do Consumidor .....	42
4.2.3. Da posição peculiar do profissional da área de saúde e sua vulnerabilidade .	45
4.2.3.1. Da Judicialização de Procedimentos na Área da Saúde .....	52
4.2.3.2. Aumento dos cursos de medicina no Brasil .....	52
4.2.4. Do Prontuário Médico .....	53
4.3. Obrigação de Meio e de Resultado .....	55
4.4. Responsabilidade Civil do Hospital .....	58
4.5. Responsabilidade Objetiva do Estado .....	61
4.6. Responsabilidade Penal .....	64
4.7. Excludentes de Responsabilidade .....	66
4.7.1. Caso fortuito ou força maior .....	67
4.7.2. Culpa exclusiva da vítima (paciente) .....	67
4.7.3. Fato de terceiro .....	69
4.8. Dano Médico .....	70
4.8.1. Dano Estético .....	72

4.8.2. Dano Moral.....	73
4.8.3. Dano Material .....	74
<b>5 ANÁLISE DE ORDENAMENTO JURÍDICO EM OUTROS PAÍSES .....</b>	<b>76</b>
<b>6 DO SEGURO .....</b>	<b>79</b>
6.1. A necessidade de criação de um seguro obrigatório para profissionais da área da saúde .....	81
<b>7. CONCLUSÃO .....</b>	<b>84</b>
<b>8. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>88</b>
<b>9. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA .....</b>	<b>91</b>
<b>10. ANEXOS .....</b>	<b>94</b>

# *Introdução*

---

## 1. INTRODUÇÃO

O profissional da área da saúde, na sua árdua tarefa de curar, tratar e prevenir, é peça fundamental nas atividades que preservam a vida humana e, com isso, trabalha diretamente com direitos do indivíduo, seu paciente, ambos protegidos pela legislação pátria, e por tal situação, a Medicina e o Direito estão intimamente ligados.

Ao colocar o termo “erro médico” no Google, encontramos aproximadamente 46.200.000 de resultados.

A OMS divulgou em Setembro de 2019 que mais de 138 milhões de pessoas são afetadas anualmente por erros médicos, das quais 2,6 milhões morrem.

Fator de erro é a prescrição incorreta de medicamentos e leva a um custo de U\$ 42 milhões para os sistemas de saúde do mundo.

Para conscientizar a população sobre o problema, a OMS criou o dia 17 de Setembro como o Dia Mundial para a Segurança dos Pacientes e a cor da campanha é laranja.

O percentual de médicos processados nos EUA gira em torno de 9% e no Brasil já chegou a 7%.

Acusações sobre erro médico somaram 70 novas ações por dia no Brasil, ou três por hora em 2017. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 2017, as ações passaram de 4,6 mil e no país todo 26 mil.

O Conselho Federal de Medicina puniu 2186 médicos entre 2010 e 2017, 59% das punições foi sigilosa e 96,3% dos punidos ainda exercem a medicina.

Considerando que no Brasil, observou-se um crescimento exponencial das demandas judiciais relacionadas aos serviços prestados pelos profissionais da saúde, entende-se necessário um estudo aprofundado à respeito do “erro médico” com abordagem direta aos profissionais da área da saúde, carecedores de tratamento especial e protetivo sempre que, diante das falhas oriundas do seu exercício profissional, forem verificados fatores de imprevisibilidade capazes de comprometer a exitosa prestação do serviço ofertado.

Resta claro que a área da saúde tem profissões que adentram na intimidade do ser humano e se estende a coletividade, necessitando de um grande apoio jurídico que lhe traga informação, segurança e garantia de poder exercer suas atividades, pois a vida e a saúde, como bens mais tutelados pelo Direito, geram

maiores responsabilidades ante esses profissionais.

Neste trabalho, foi abordada a responsabilidade civil em meios gerais, onde basicamente se verificou que é a aplicação de medidas que obrigam alguém a reparar o dano patrimonial ou extrapatrimonial causado a terceiros, em razão da responsabilidade subjetiva ou objetiva. E, também, o “erro”, na perspectiva de ser uma infração ocorrida na prestação dos serviços dos profissionais da saúde, devendo dentro de seus limites, responder ou não, civil ou penalmente.

Necessária também, é a abordagem no presente trabalho, das mudanças na relação entre o profissional da saúde e o paciente, das prerrogativas de facilitação do acesso ao judiciário, do atendimento aos protocolos clínicos preestabelecidos, dentre outras variáveis, sendo que tais pontos podem ser relevantes para o crescente aumento das ações judiciais e, por consequência, a forma com que as decisões são proferidas ao apreciar problemáticas dessa natureza.

### **1.1. História do erro médico**

Código de Hamurabi (2400 a.C.): “O médico que mata alguém livre no tratamento ou que cega um cidadão livre terá as mãos cortadas, se morre o escravo paga seu preço, se ficar cego, a metade do preço.”

Lei de Talião (Corão): “Olho por olho, dente por dente.”

Mesopotâmia: Perda do olho o médico teria as mãos cortadas, morte de nobre perderia a vida.

Hipócrates (Grega): “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar danos ou mal a alguém.”

Maimônides: “Hoje pode se descobrir os erros de ontem e amanhã obter talvez nova luz sobre aquilo que se pensa ter certeza.”

Mollière: “O erro dos médicos e dos gatos, a terra esconde.”

# *Objetivos*

---

## **2. OBJETIVOS**

### **Geral**

Descrever acerca da problemática do “erro médico” quando analisado sob a ótica da responsabilidade civil.

### **Específicos**

Explorar a teoria da responsabilidade civil, a extensão das variáveis de responsabilidade, legislações pertinentes, além de comparar decisões proferidas no Brasil e em outros países.

*Metodologia*

---

### **3. METODOLOGIA**

Fora realizada uma revisão da literatura existente sobre o tema e assim elaborada uma dissertação que reuniu e analisou doutrinas acerca do erro médico.

Dentre os materiais que foram utilizados, estão as legislações nacionais e internacionais abrangentes ao tema e estudos jurídicos existentes, que foram obtidos por meio de livros, Códigos, Constituição da República, artigos publicados em revistas especializadas, Acórdãos de Tribunais Superiores, textos publicados na Internet.

A pesquisa se desenvolveu da seguinte forma:

- Levantamento bibliográfico inerente ao tema;
- Estudo crítico do material doutrinário levantado;
- Obtenção e análise da legislação nacional e internacional pertinente;
- Análise de textos alternativos referente ao tema em questão.

O trabalho fora desenvolvido na Faculdade de Medicina de Botucatu (UNESP) - Disciplina de Cirurgia Torácica e Programa de Pós-Graduação em Cirurgia e Medicinal Translacional.

O projeto foi avaliado pelo Comitê de Ética em Pesquisa em Humanos da UNESP e obteve dispensa de parecer ético, por se tratar de estudo envolvendo revisão de literatura.

# *Responsabilidade Civil*

---

#### 4. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um instituto no ordenamento jurídico que, dada a sua importância, sofreu grandes transformações ao longo do tempo, sempre com vistas ao seu aprimoramento e adequação às necessidades e aspirações da sociedade em dado momento histórico.

Sobre a evolução da responsabilidade civil, inicialmente deve-se frisar as considerações de Maria Helena Diniz<sup>1</sup> ao afirmar que:

*“a responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e à sua profundidade ou densidade (exatidão de reparação).”*

A partir da antiguidade, constatou-se a necessidade de regular por meio de normas jurídicas a reparação de prejuízos sofridos por alguns indivíduos em decorrência da ação ou omissão de outros, a fim de estabelecer a ordem na sociedade, mantendo-se uma convivência mansa e pacífica entre eles.

É de se destacar que não se cogitava qualquer idéia ou noção da avaliação de culpa pelos prejuízos causados, tampouco um princípio geral que regule a reparação do dano.

E assim fora criado o princípio geral da responsabilidade civil que, levado ao extremo, conduziu à afirmação, tão comum, de que não há responsabilidade sem culpa (“sem culpa, nenhuma reparação”).

Verifica-se que a culpa era necessária para desencadear a responsabilidade civil, mas, nesse período anterior, bastava qualquer culpa, ou seja, tivesse o agente vontade de causar o dano (culpa delitual) ou tivesse ele agido com mera imprudência, negligência ou imperícia (culpa quase-delitual).

Fato é que a noção de culpa traz em si a idéia de imputabilidade, ou seja, a reprovação moral que o agente merece por não ter evitado o dano, o que poderia e deveria ter feito. Centra-se a análise no ato e na consciência do agente, de forma que a significação de responsabilidade foi inteiramente assimilada pela idéia de culpabilidade.

Foi exatamente sob esta concepção, que o Código Civil de 1916 definiu a fonte do dever de indenizar em seu artigo 159, ainda que já houvesse um movimento de evolução na doutrina que havia sido inspirado pelo Código francês. Assim, pelo sistema francês, a regra é que a responsabilidade civil só surgia quando houvesse ato ilícito praticado.

Importante frisar que o ato ilícito, por sua vez, pressupõe que haja lesão a um direito, seja real ou personalíssimo, e que seja violado algum preceito legal que proteja e tutele o interesse lesionado.

Além disso, exige-se também que haja culpa do agente, que é considerada como elemento integrante do ato ilícito. Por isso é que se diz que o ato ilícito é composto por dois elementos; o objetivo, que é a antijuridicidade da conduta e subjetivo que é a imputabilidade do ato ao agente, a culpabilidade, ou seja, o agente pratica o ato quando sabe ou deve saber que sua ação contraria o comando jurídico.

Também restou da construção da responsabilidade no direito brasileiro, a opção do legislador em distinguir a responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual, fenômeno também verificado na maior parte das codificações mais antigas.

Ocorre que a construção teórica sobre a responsabilidade civil, nestes termos clássicos por assim dizer, passou a ser insuficiente para garantir às vítimas o direito à indenização.

Isto porque a sociedade que existia quando do surgimento do Código de Napoleão, alterou-se. O surgimento de novos inventos mecânicos provocou situações jurídicas novas, aumentando as colisões de direitos, em especial o número de lesões aos indivíduos. Tudo se agravou com a Revolução Industrial, que teve por consequência, dentre outras, a formação de grandes grupos populacionais nas cidades. Além disso, as novas tecnologias trouxeram um incremento mais do que considerável dos riscos de lesões que até então existiam, bem como uma dificuldade cada vez maior de se identificar quem seria exatamente o sujeito responsável pelo resultado danoso, ante a ausência de prova da culpa de quem quer que fosse.

Além de tudo isso, outro fator decisivo para a evolução, ou melhor, revolução da responsabilidade civil, foi uma crescente valorização do indivíduo, do

ser humano, no sentido de ser efetiva e concreta sua proteção pelos ordenamentos jurídicos.

Nesta ordem de ideias, não se concebia que inúmeras lesões ficassem de fora do esquema da responsabilidade civil pela ausência de prova da culpa, de forma que passou a existir uma pressão social no sentido de que fossem reparados todos e quaisquer danos causados.

Dessa forma, o passo mais importante nessa caminhada foi a aceitação de que o dever de indenizar pudesse surgir sem qualquer questionamento subjetivo, ou seja, sem qualquer indagação moral sobre a conduta em si mesma considerada ou sobre a situação do agente. Cria-se, então, uma espécie de responsabilidade civil em que é dispensada a demonstração da culpa do agente. Basta, nesses casos, que a vítima demonstre o nexo de causalidade entre a conduta daquele e o prejuízo sofrido. Trata-se da chamada responsabilidade objetiva.

Verifica-se que o principal motivo que levou à construção da teoria da responsabilidade objetiva foi a necessidade de se responsabilizar o agente econômico que causa danos patrimoniais e extrapatrimoniais às pessoas pelo simples exercício da sua atividade profissional, haja vista que a demonstração da culpa pelo dano sofrido pela vítima era praticamente impossível, fato que impossibilitava quaisquer espécies de compensação.

No ordenamento jurídico brasileiro, posteriormente, a Constituição Federal de 1988, trouxe grande avanço para a consagração dessa nova vertente doutrinária a partir da determinação da responsabilidade civil do Estado pelos danos comissivos de seus agentes públicos, por meio do artigo 37, § 6º que estabelece a responsabilidade civil objetiva do Estado, ou seja, sem necessidade de demonstração de culpa, em virtude da amplitude de sua atuação diante dos indivíduos que compõem a sociedade, tendo em vista que a prestação de serviços cria riscos de eventuais prejuízos.

Nos termos do referido dispositivo: *“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”*.

Destaca-se, também, que a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil é fundada na dignidade humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, III e IV), possuindo como objetivos:

a liberdade, a justiça, a solidariedade social, a redução das desigualdades e o bem comum (artigo 3º, I, III e IV), determinou que as relações jurídicas constituídas entre os agentes econômicos do mercado de consumo sofressem a incidência dos princípios gerais da ordem econômica, cuja finalidade é assegurar a todos uma vida digna com justiça social, de forma que, nas relações entre fornecedores e consumidores, todas normas jurídicas deveriam ser aplicadas segundo um fim social.

Neste sentido, é notório que as modificações socioeconômicas proporcionadas pela massificação contratual e pelo avanço tecnológico, cujo marco histórico de relevância é a revolução industrial, acarretaram a necessidade de maior intervenção do Estado sobre as relações privadas, surgindo a elaboração de novos contornos dos principais institutos jurídicos, dentre eles a responsabilidade civil e a sua aplicação sem a necessidade de comprovação de culpa, que foi consagrada com o Código de Defesa do Consumidor, em 1990.

O Código Civil de 2002 tratou especificamente da responsabilidade objetiva no artigo 927, parágrafo único, que estabelece: *“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do risco implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*, sem prejuízo de outros comandos legais que também estabelecem a responsabilidade civil sem culpa.

Nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>2</sup>, *“a responsabilidade civil é a consequência da imputação civil do dano à pessoa que lhe deu causa ou que responda pela indenização correspondente, nos termos da lei ou do contrato”*. Segundo os autores, a indenização devida pelo responsável ao lesado pode ter natureza compensatória e/ou reparatória do dano causado.

Assim, em nosso entender, a responsabilidade constitui, portanto, uma relação obrigacional cujo objeto é o ressarcimento de um prejuízo sofrido por alguém. Trata-se de uma obrigação *ex lege* ou *ex voluntas* constituída por um fato, que é a violação de um dever jurídico preexistente, que decorre de uma conduta comissiva ou omissiva de um sujeito, cuja atividade desenvolvida pode ser ilícita por sua própria natureza; lícita por natureza, porém ilícita pelo resultado danoso; como também uma consequência dos danos acarretados por uma coisa ou animal que esteja sob a guarda de alguém.

Em razão deste preceito, as pessoas têm o direito à preservação de suas esferas jurídicas, de forma que, na hipótese de violação de direito, pode surgir ao responsável, o dever de reintegrar a situação anterior (*statu quo ante*), ou seja, a reposição do prejudicado, dentro do possível, no estado em que se encontrava antes da ofensa aos seus interesses, sejam patrimoniais ou pessoais.

Conclui-se, portanto, que o fundamento central do dever de indenizar encontra-se no princípio geral do direito segundo o qual é vedado a todos causar danos a outrem. Por esta razão, no vasto campo da responsabilidade civil, importante identificar a conduta que reflete na obrigação de indenizar. Isto porque existem algumas situações, por exemplo, em que o ato é inegavelmente danoso, mas não gera qualquer dever reparatório.

Isto ocorre porque não se confundem lesão, ofensa a interesses ou direitos alheios, com ilicitude e antijuridicidade, que são fenômenos diversos, e este ponto é de fundamental importância. Ao contrário do que comumente se diz, basta a verificação do último para que se fale em dever de reparar o dano.

Conforme já afirmado, a função reparatória consiste restabelecer a situação existente antes da ofensa – da lesão – pois, o que se busca com a responsabilidade civil é aplacar o prejuízo, através da recomposição, dentro do possível, da situação anterior, seja o dano material ou não. Este entendimento caracteriza a concepção clássica do instituto da responsabilidade civil.

No entanto, de forma secundária, a responsabilidade civil pode desempenhar função sancionatória, tal como a responsabilização criminal, qual seja, a imposição de uma pena para retribuir a prática do ilícito. Sua função, nestes casos, é de uma pena privada, em razão do caráter de reprovação moral que muitas vezes o fato que a ocasiona apresenta – o que não a caracteriza como forma de responsabilidade penal.

E ainda, a responsabilidade civil também possui caráter preventivo, dissuasiva ou educativa, haja vista a existência da obrigação de reparar os danos, que traduz um incentivo para que se busque, a todo custo, evitar que surjam outros danos, em especial quando se trata de ato ilícito.

Podemos destacar nesse sentido, que a nossa legislação traz previsão de uma tutela mandamental que visa ordenar ao sujeito passivo, no presente trabalho, o profissional, que cumpra obrigações de fazer e/ou não fazer, seja repressiva, ou preventivamente, por intermédio de uma ação judicial interposta. Tal situação trata-

se da chamada tutela inibitória apta a possibilitar, de forma incontestável, um provimento jurisdicional inibitório.

Neste ponto, para a concessão da tutela inibitória com a ideia de prevenção, é necessário tão somente o descumprimento da norma e a transgressão da ordem jurídica pelo profissional da saúde, sem que haja a necessidade de demonstração de sua culpa ou dolo, sendo, assim, responsável objetivamente pelo ilícito que praticar. A tutela inibitória tem como fundamento uma tutela preventiva na defesa de direitos, que na maioria das vezes, não comportam uma atuação repressiva, visando atacar o ilícito antes dele acontecer, excluindo de maneira antecipada seus pressupostos para a configuração de culpa ou dolo.

A partir destas considerações, conclui-se que a responsabilidade civil é a obrigação que surge quando houver um evento danoso ao qual se busca o dever de reparar. Na ausência de uma justificativa admitida pela lei para que a vítima suporte o dano, deverá o responsável pelo fato ou ato que acarretou o dano arcar com o prejuízo, do contrário, não haverá o dever de compensar o prejuízo causado.

#### **4.1. As teorias da responsabilidade civil e suas espécies**

Inicialmente, importante definir que responsabilidade civil aparece da necessidade de se indenizar alguém que sofreu um dano causado por outrem. Porém, o que rapidamente parece ser uma situação simples de se analisar é, na verdade, um processo que requer um aprofundamento amplo nesse assunto, pois, como visto, anteriormente, existem formas e espécies diferentes que caracterizam a responsabilidade civil.

Ademais, diferenciados os conceitos da responsabilidade civil subjetiva da objetiva, pode se observar que é irrelevante, para o pagamento do dano, a forma do prejuízo ou a identificação de culpa, e se parte-se de ato ilícito ou não; a obrigação de ressarcir a pessoa lesada não desaparece.

Nesse sentido, temos que, independentemente de qual seja a responsabilidade civil, sua existência harmoniza as relações pessoais, buscando, assim, impedir que uma das partes permaneça sem reparar o dano causado contra outrem.

Desse modo e considerando a existência de diversas espécies, passaremos a abordar algumas delas, tendo como maior enfoque a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva.

#### **4.1.1. Responsabilidade civil subjetiva**

A responsabilidade subjetiva é compreendida como aquela que contemple a necessidade de dois requisitos: dolo ou culpa do agente. A comprovação da culpa do agente causador do dano é primordial e inevitável, pois é dela que gera a obrigação de indenizar, no caso do autor, e o direito de ser indenizado, no caso da vítima. Sem a culpa estar devidamente comprovada, não existe a obrigação de reparar o dano.

Assim, por ser uma obrigação derivada de ato ilícito, o sujeito que venha a incorrer na ilicitude recai o dever de indenizar, devido a conduta que fora praticada e os prejuízos que foram causados a outrem. Nesse caso o valor será quitado no exato importe correspondente aos prejuízos patrimoniais e, de forma compensatória, os prejuízos extrapatrimoniais.

A responsabilidade subjetiva é sustentada pela Teoria da Culpa. Essa teoria possui o entendimento basilar de que a culpa é o fundamento necessário para a responsabilidade civil. Carlos Roberto Gonçalves<sup>3</sup> anota que tal espécie de responsabilidade hasteia o seguinte posicionamento:

*“Diz-se, pois, ser ‘subjetiva’ a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.”*

Conforme demonstrado, a responsabilidade subjetiva constitui a regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Dessa forma, para que o agente indenize, ou seja, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).

Portanto, além do requisito culpa é necessário que o suposto prejudicado encontre meios legais para comprová-la e caso não tenha ou não consiga, salvo

algumas exceções, que serão analisadas adiante, restará isento de responsabilidade o suposto agente.

#### **4.1.2. Responsabilidade civil objetiva**

Contrariamente ao explanado acima, que traz a subjetividade da culpa, nesta espécie de responsabilidade civil, seguimos o entendimento de que a responsabilidade civil objetiva independe da comprovação do dolo ou da culpa do agente que deu causa ao dano.

Neste caso, a prova da culpa não será mais necessária, pois mesmo que fique comprovado que não houve dolo ou culpa por parte do autor indivíduo, ainda recairá sobre ele a obrigação de indenizar a vítima.

Com isso, temos que a melhor opção para compreensão sobre a responsabilidade objetiva é a Teoria do Risco, em que todo o indivíduo que exerça alguma atividade está sujeito a criar um risco de dano para terceiros. Este dano deve ser reparado independente da culpa (culpa ou dolo) do indivíduo. Nesse caso, a responsabilidade civil apresenta outro norte, no qual a ideia de culpa é deixada de lado passando a adotar o risco, que, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves<sup>3</sup>, poderá haver momentos em que ela é encarada como “risco-proveito”, sob o que é reparável o dano a outrem em casos em que a atividade realizada beneficia o responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*), e haverá momentos em que ela é genericamente aplicada como o “risco criado”, independente de culpa, contrapondo a Teoria da Culpa.

Neste trabalho, importante destacar a teoria do risco da atividade (ou risco profissional), que é aplicada àquelas atividades que quando desempenhadas geram riscos a outras pessoas. Tal teoria enquadra-se no parágrafo único, artigo 927, do Código Civil de 2002.

Este artigo de lei traz uma mudança significativa e representa, sem dúvida, um avanço em matéria de responsabilidade civil, haja vista haver a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos do outro, sendo que neste formato encontrado no texto da lei, dará possibilidades ao Poder Judiciário de uma ampliação dos casos de dano indenizável.

Portanto há duas formas de o indivíduo ser responsabilizado objetivamente: específica previsão legal ou no caso da natureza da atividade de exploração oferecer riscos a atividade de outrem.

#### **4.1.3. Responsabilidade civil pré-contratual**

É comum que, diante de determinadas relações e considerando que o homem é um ser social e complexo, ocorram algumas discordâncias de ideias, opiniões, acordos e interesses. Por isso, sempre que vamos iniciar uma negociação que irá resultar em um contrato, passamos por uma etapa preliminar, onde acordamos as ideias a fim de chegar a um consenso favorável para ambas as partes envolvidas naquele negócio jurídico.

E com um contrato firmado, sabemos que este gera responsabilidade, por isso, todos que contratam reconhecem que este deve ser cumprido, sob pena de responder judicialmente por seus atos, seja por responsabilidade civil subjetiva ou objetiva.

Esse tipo de responsabilidade, ou seja, a pré-contratual, conforme Lissandra de Ávila Lopes<sup>4</sup>, também chamada de culpa *in contrahendo*, é a fase que precede a verdadeira celebração do contrato e pode ser dividida de duas maneiras: a discussão pura e simples das premissas do futuro contrato e o momento de profunda negociação que possibilita o início de um contrato preliminar, por meio da fixação antecipada das bases do contrato final, obrigando apenas os promitentes contratantes a outorgarem a escritura definitiva conforme o previamente decidido no contrato inicial. No primeiro caso, tem-se as suposições e os pactos preparatórios e, no segundo, existe uma conjuntura contratual definitiva, mesmo que a sua finalidade seja um contrato futuro.

Já o Código Civil de 2002, com seu texto inovatório, dispõe, expressamente, no artigo 421, que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. E depois, complementa, no artigo 422, que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Torna-se clara e evidente a liberdade de contratar e, nesse sentido, de se responsabilizar pelos atos que contradizem o que foi estritamente expresso no contrato.

Segundo o doutrinador Silvio de Salvo Venosa<sup>5</sup>, o tema da responsabilidade pré-contratual pode ser analisada levando-se em consideração dois aspectos: a recusa em contratar e o rompimento das negociações preliminares. Ante isso, o autor afirma que quem se nega a contratar, pura e simplesmente, ou quem, injustificadamente, desiste de contratar, logo após eficiente processo de negociação, pode ser obrigado a indenizar. Já sobre o segundo aspecto, o autor observa, ainda, que há necessidade de que o estágio das preliminares da contratação já tenha imbuído o espírito dos postulantes da verdadeira existência do futuro contrato. Podemos entender que não é caso de indenização, no rompimento de qualquer negociação, mas daquela que já tenha ocasionado, em uma das partes, a expectativa razoável de contrato.

Assim, portanto, o fundamento para a responsabilidade civil pré-contratual é, com efeito, a confiança negocial, como, por exemplo, qualquer tipo de promessa verbal entre profissional e paciente que ao ser aceita pelas partes, é retirada imotivadamente.

#### **4.1.4. Responsabilidade civil contratual e extracontratual**

A responsabilidade extracontratual, conforme Lissandra de Ávila Lopes<sup>4</sup>, refere-se à prática de um ato ilícito que origine dano a outrem, sem que possua, contudo, qualquer vínculo contratual entre as partes e, uma vez que compete à parte lesada comprovar, além do dano, a culpa e o nexo de causalidade entre ambos, existe uma dificuldade para comprovação da mesma.

Ocorre que, na responsabilidade contratual, as partes contratam e, por algum motivo, algum item do contrato não é cumprido. Já na responsabilidade extracontratual, ocorre que há uma violação de um dever legal, não permanecendo qualquer vínculo jurídico entre as partes, ou seja, um contrato. Mesmo assim, entendemos que nas duas espécies citadas, se deriva a obrigação de reparar o prejuízo, ou por violação a um dever legal, ou por violação a um dever contratual.

A Lei Civil brasileira buscou distinguir estas duas espécies de responsabilidade, conforme os seguintes dispositivos legais pertinentes:

**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. 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.

[...]

**Art. 395.** Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

[...]

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

Atentos aos dispositivos legais aqui citados, podemos dizer que os artigos 186 e 927 abordam, de maneira genérica, a responsabilidade extracontratual, e os artigos 389 e 395, de forma novamente genérica, abordam a responsabilidade contratual.

No entender do professor Orlando Gomes<sup>6</sup>, um dos ícones do direito civil brasileiro, as responsabilidades contratual e extracontratual se distinguem quanto à obrigação de indenizar, da seguinte forma: do inadimplemento de obrigação negocial ou “*ex lege*” e da lesão de direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica. Para o autor, na primeira hipótese, diz-se que a responsabilidade é contratual; na segunda, extracontratual ou delitual. Nas duas, o Diploma Civil confere o dever ao agente do dano, tendo por finalidade a prestação da indenização. Mesmo que tal obrigação seja a mesma, diferem as duas espécies de responsabilidade, de maneira especial, quanto ao fundamento, à razão de ser e ao ônus da prova.

Neste caso, temos uma relação existente entre profissional e paciente, já estabelecida por um vínculo jurídico consolidado entre as partes, através de um contrato, gerando deveres e obrigações entre ambos.

#### **4.1.5. Responsabilidade civil pós-contratual**

A responsabilidade civil pós-contratual, também de acordo com Lissandra de Ávila Lopes<sup>4</sup>, é chamada de culpa *post pactum finitum*, caracterizando-se pela obrigação de responsabilização aos prejuízos que se sucedem após a extinção do contrato, independentemente do adimplemento do dever. Esta mesma autora ainda traz que a responsabilidade pós-contratual pode ser considerada uma projeção da responsabilidade pré-contratual, conservando-se as devidas distinções.

Consoante as relações contratuais existentes na sociedade, atualmente, a responsabilidade pós-contratual mostra-se de grande importância e aplicabilidade, pois esta resulta do inadimplemento de deveres acessórios de proteção, lealdade e informações que permanecem após a conclusão ou extinção do contrato entre as partes<sup>3</sup>.

Mas ainda existe uma escassez, conforme relata a mesma autora, de casos concretos que realmente caracterizem essa responsabilidade, sendo desta forma em virtude da dificuldade de se comprovar e fundamentar precisamente a ocorrência de um dano resultante do inadimplemento de deveres acessórios de boa-fé objetiva, após o cumprimento ou a extinção do contrato.

#### **4.1.6. Contrato Médico**

De início, importante destacar que há quem afirme que os contratos que tenham por objeto o corpo humano são ilícitos, tendo em vista que o corpo humano será o lugar onde se realizará os serviços pelo profissional, ou seja, o objeto do contrato, mediante a contraprestação de pagamento de honorários.

Assim, a dificuldade radical está no caráter da profissão liberal, que elimina, em princípio, qualquer possibilidade de regulamentação, devido ser mais aparente do que real.

O contrato manifesta-se na vontade de uma das partes contratantes, que, mediante uma proposta, solicita a manifestação de vontade da outra parte, que pode

aceitar ou pode contrapropor (contraproposta). Se as duas partes se ajustam, ou seja, combinam-se ou consentem na formação do contrato, este então surge gerando obrigações nele contidas, seja reciprocamente para as partes contratantes, quando é bilateral, seja para uma delas somente, se unilateral.

O contrato deverá firmar-se em objeto lícito e coisa certa, além da capacidade das partes e do seu livre consentimento e boa-fé.

Neste ponto, numa interpretação a contrario *sensu*, podemos destacar que em hipótese alguma, o profissional da saúde poderá firmar um contrato, onde contenha objeto ilícito, como por exemplo, se comprometer a realizar um aborto de uma gestante.

Assim a relação do profissional da saúde e paciente deve classificar como contratual, extracontratual e delitual à luz dos princípios gerais que regem as relações entre esses dois contratantes.

A natureza jurídica da relação existente entre profissional e paciente está determinada basicamente pela vontade das partes ou da pessoa que está legalmente representando o paciente, sendo certo que o modo distinto com que o profissional pode entrar em contato com o paciente pode ser dividido em dois grandes grupos: 1) aquele em que ambas as partes da situação tenham acertado um tratamento; neste caso haverá uma relação de natureza contratual, pois ambas as partes através da sua vontade se acordaram; 2) aqueles outros em que, pelo contrário, não existe uma prévia vontade entre as partes, as partes acordam-se diante de uma situação diferenciada, onde neste caso ocorrerá uma natureza jurídica extracontratual.

Desta forma, quando uma pessoa se dirige até o consultório do profissional da saúde e lá solicita os serviços que este oferece e aceitando o valor dos honorários, que se acordam, concorre todo o elemento exigido para a existência do contrato: consentimento, objeto e causa.

O primeiro existe desde quando o profissional aceita fazer o tratamento de um enfermo, por ele solicitado ou pelo seu representante legal; o objeto certo que é a matéria do contrato é a prestação de serviço que se obriga o médico em troca de honorários: cuidar do paciente com todos os meios e conhecimentos de que dispõe em função das circunstâncias do paciente, do tempo e do lugar. E por final a causa da obrigação que se estabelece, que é a razão considerada suficiente pelo

ordenamento para justificar o volume patrimonial que tem lugar, não cabendo dúvida de que esta concorre ao contrato médico, e que é lícito e normalmente oneroso.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1216, diz que toda a espécie de serviços ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante remuneração.

A importância que fundamentalmente tem a distinção entre a origem contratual e extracontratual e a situação que se estabelece entre o profissional da área da saúde e o paciente, fundamenta no regime aplicado a responsabilidade civil em que pode o médico incorrer em cada caso. Assim, quando existe um contrato, o médico obriga-se a cumprir uma obrigação, e o descumprimento desta obrigação se ocorre por negligência, imperícia ou imprudência, gera a obrigação de reparar o dano.

#### **4.1.7. Contrato de Adesão**

O contrato de adesão, tem definições diversas na doutrina, mas podemos definir como sendo a manifestação da vontade, do aceitante, mostrando-se uma adesão à proposta em cláusulas firmadas e impostas pelo contratante. O contrato é firmado por sua adesão, criando-se o vínculo jurídico e obrigacional, unindo-os.

É um instrumento muito adotado nas relações de consumo. São elaborados, geralmente por uma das partes (proponente) e são usados no dia a dia das relações de consumo, pois já estão em modelos prontos para garantir a agilidade e execução dos negócios.

Com este conceito trazido, temos para o nosso trabalho, os contratos de planos de saúde, que se revelam como uma típica relação de consumo, da qual se retira a figura do consumidor, do fornecedor e da prestação de serviço, o que revelam a aplicabilidade do direito do consumidor, bem como os princípios que o norteiam.

São relações jurídicas que decorrem do fenômeno da contratação em massa, em que os termos do ajuste são pré-determinados pelo prestador de serviços, independentemente da participação do consumidor que vincula-se aos mesmos sem que haja discussão de tais cláusulas.

Daí retira-se que o contrato de plano de saúde consiste em um contrato de adesão conforme a definição do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que tal característica, segundo o Código supra citado, impõe um dever de informar qualificado pelo artigo 54, em seu parágrafo 4º, não o desfigurando por inserção de cláusulas discutidas individualmente, conforme dispõe o mesmo artigo em seu parágrafo 1º, e especialmente proibindo a inclusão de cláusulas abusivas.

Nos contratos de planos de saúde o consumidor é o beneficiário do plano que mediante uma remuneração será o destinatário do serviço prestado visando a preservação de sua saúde, e desta feita, à luz do Código de Defesa do Consumidor é considerado vulnerável, em face da presunção legal ditada pelo artigo 4º, inciso I, da lei 8.078/90, merecendo assim um tratamento diferenciado.

Nestes contratos em especial, o consumidor não participa da elaboração dos ajustes que são pré-estabelecidos unilateralmente pelo fornecedor sob a forma de contrato de adesão, cabendo ao consumidor apenas aderir ou não àquelas cláusulas previamente estipuladas.

Por fim, conforme traz Luzia Chaves Vieira<sup>7</sup>, os planos de saúde devem informar aos seus consumidores: qualidade, garantia, riscos, carências e locais do Brasil em que o plano atende. E a autora continua expondo que o fornecedor é obrigado a dar todas as informações necessárias e não poderá induzir a pessoa a erro, sob pena de responder civil e penalmente.

#### **4.1.8. Do Consentimento Informado**

O consentimento informado é um elemento necessário ao atual exercício da medicina, como um direito do paciente e um dever moral e legal do médico. Em sendo o paciente dono de seu próprio interesse, para decidir se prefere manter-se no estado de saúde em que se apresenta ou submeter-se a um tratamento relativamente perigoso, deve ser devidamente esclarecido pelo profissional que o atende.

O consentimento informado representa uma manifestação expressa da autonomia da vontade do paciente, ou seja, é recomendável que seja por escrito para evitar-se maiores discussões sobre se o consentimento foi ou não dado e se foi de modo suficiente ou não.

Uma das principais características do termo de consentimento do paciente é que aquele deve ser isento de dúvidas, em que os profissionais de saúde devem indicar as vantagens e os inconvenientes, ou os riscos do tratamento ou da

intervenção. Essa é uma das principais regras da norma ética aplicada ao profissional de saúde, sendo garantido ao paciente o direito de decidir em relação ao que lhe é colocado como forma de tratamento, respeitando a sua capacidade de autodeterminação.

Citado tema vem sido tema de grandes discussões na área da saúde, com posicionamentos a favor do mesmo, onde o embasamento se dá no sentido de que o paciente tem como decidir o que quer fazer e arriscar para a sua cura. Já com posicionamento contrário, o argumento se refere que pacientes não tem noção ao que estão se submetendo, com um risco muito baixo de sucesso.

É importante ressaltar que existem casos em que o profissional da área da saúde não terá condições de aplicar um termo de consentimento devido a urgência de alguma intervenção para salvar a vida do paciente. O Código de Ética Médica, por exemplo, ampara o profissional para essa tomada de decisão em situações de iminente perigo de vida.

Essencial lembrar neste ponto que um termo de consentimento informado não pode assumir forma de contrato de adesão.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 54 define como contrato de adesão, como termo com cláusulas estabelecidas de maneira unilateral pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo.

Nesse contexto, é evidente que os objetivos do consentimento informado são incompatíveis com o contrato de adesão, pois o contrato de serviço por adesão não apresenta um conteúdo específico, próprio para o tratamento de um paciente em particular, apresentando apenas termos gerais, elaborado para diversas pessoas que passarão por procedimentos e tratamentos semelhantes.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo já se manifestou, definindo que a prática da medicina defensiva sugere ao médico que veja em todo o paciente um potencial inimigo que poderá processá-lo a qualquer momento. Como forma de evitar problemas e assegurar provas para um eventual processo, o profissional deverá usar todos os métodos ao seu alcance.

Assim, o contrato de adesão e o termo de onsentimento informado tem natureza e objetivos distintos

Por fim, restou demonstrado que o termo de consentimento informado elaborado nos moldes de um contrato de adesão, não é compatível com as finalidades desse mecanismo, sendo, portanto, inválido.

Ressalta-se que o consentimento informado quando corretamente elaborado só trás benefícios para as partes, possibilitando que o paciente exerça a sua autonomia e dignidade e o médico por estar seguindo as diretrizes normativas e prestando um serviço correto e de qualidade.

#### **4.2. Responsabilidade Civil do Médico**

A responsabilidade civil específica do profissional médico (isto é, daquele que tem habilitação universitária e exerce a Medicina com habitualidade, vivendo do seu trabalho), tem como pressuposto o ato médico, praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo costume ou pelo contrato, imputável a título de culpa, causador de um dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial.

O ato médico é o conjunto das atividades de diagnóstico, tratamento, encaminhamento de um paciente e prevenção de atos posteriores que possam ocorrer ao mesmo, realizados por um médico.

Neste tipo de atividade, existe uma grande interação entre as duas partes, chamada de relação médico-paciente e por tal motivo, com a importância que o profissional da área médica possui, o paciente deve ter muita confiança no seu profissional.

Como discutido neste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro caracteriza, como regra, a obrigação do profissional da área da saúde, como sendo uma obrigação de meio e, em virtude desta definição, configura-se a subjetividade da sua responsabilidade.

O profissional da área da saúde não assume a responsabilidade de obter um resultado, entretanto, tendo que agir com cautela e tomar todos os cuidados necessários, além de se ater a todos dispositivos científicos para dar ao paciente a assistência necessária para a obtenção do resultado.

Dessa maneira, a responsabilidade civil dos profissionais que atuam na saúde, enquanto profissionais liberais, pelos danos causados em virtude do

exercício da sua profissão, serão apuradas mediante aferição de culpa (imprudência, negligência ou imperícia).

Temos que por mais que o profissional médico seja responsável e cauteloso, não pode ser responsabilizado pela cura total do doente, principalmente se a doença for grave, pois como se verifica, cada organismo pode reagir de um modo diferente a um mesmo tratamento ou medicamento, dentre outras inúmeras variáveis que podem interferir na cura.

Por essas razões, a conduta do profissional e os resultados de sua atividade, qualquer que seja o resultado, devem ser atribuídos uma dose de flexibilidade, porque não se pode considerar uma total responsabilidade destes profissionais, pois em alguns casos independem de sua vontade ou competência.

#### **4.2.1. Da culpa do profissional da área da saúde**

Para termos caracterizada a responsabilidade civil, é exigida a conduta voluntária, o dano injusto e o nexo de causalidade, sendo que como já visto, a responsabilidade do profissional da área da saúde é subjetiva, em regra, calcada na culpa “*stricto sensu*” (imperícia, negligência ou imprudência), ou seja, para a caracterização da culpa, não se torna necessária a intenção, bastando a simples voluntariedade de conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns.

A negligência, que significa desprezar, não cuidar, a desatenção, a falta de precaução necessária para executar certos atos e a falta de diligência necessária à execução de atos, implica em omissão ou inobservância do dever, em realizar determinado procedimento, sem as precauções necessárias, restando assim, ser uma atitude omissiva do profissional que omite cautela ou medidas necessárias.

Já a imprudência é mais que a falta de atenção, é a imprevidência acerca do mal que se deveria prever, porém, não previu. Ela pode ser entendida como uma falta de cautela, prática irrefletida e intempestiva ou precipitada, inconsiderada, sem as necessárias precauções, resultante de imprevisão do profissional em relação a um ato que poderia ou deveria pressupor. É a desatenção culpável, em virtude da qual ocorreu mal, que poderia ou deveria ser atendido ou previsto pelo profissional.

Por fim, a imperícia é o que se faz sem o conhecimento técnico, com o qual seria possível evitar um mal, ou seja, é ignorância, incompetência,

desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imaestria na arte, ou no caso, na profissão. Ressalte-se que se o profissional, por inaptidão técnica de sua área, praticar um crime, porém, este não exercendo a referida profissão, não estará sendo imperito, mas sim, imprudente.

Importante ainda explicar que o termo “dolo”, sendo este o ato de má-fé, é a vontade do agente em praticar o ato, por alguma maldade própria, sendo que este sabia do risco e quis o resultado, podendo ser praticado por ação ou omissão.

#### **4.2.2. Da incidência do Código de Defesa do Consumidor**

Nos dias atuais, a relação estabelecida entre o profissional da área da saúde e o paciente é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, diploma legal introduzido pela Lei no 8.078 de 11/09/1990, cuja finalidade maior é a proteção de um grupo específico de sujeitos – consumidores – que são especialmente vulneráveis se comparados ao outro polo da relação da qual fazem parte. Diante disso, com o advento da Constituição Federal de 1988, o consumidor, seja ele analisado sob uma ótica individual ou coletiva, passou a ter sua proteção constitucionalmente assegurada, tanto como direito fundamental no artigo 5º, inciso XXXII, como princípio de ordem econômica nacional no artigo 170, inciso V, também da Constituição Federal, percebendo-se, assim, a origem de uma legislação com a intenção de proteger esta classe.

Já com relação à área médica, ou da saúde, embora na essência ela não possa ser caracterizada como tipicamente de consumo, entende-se que devido à massificação das relações sociais e à conseqüente impessoalidade com que tomou conta uma parte do atendimento médico no país, o profissional da saúde, ao longo do tempo, passou a ser considerado um “fornecedor de serviços”, inserindo-se, portanto, na previsão estabelecida pelo artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, enquanto o paciente, por sua condição de vulnerabilidade (especialmente técnica), foi enquadrado na posição de “consumidor” prevista pelo artigo 2º do mesmo diploma legal<sup>5</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor também prevê em seu artigo 2º, que “Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire e utiliza o produto ou serviço como destinatário final”. Partindo deste conceito, percebe-se que a definição de consumidor é ampla, e permite que nela se enquadrem pessoas naturais e

também jurídicas, sem restrições. Ademais, em momento nenhum é necessário que tenhamos uma aquisição de determinado produto ou serviço por essas pessoas, sendo que apenas a utilização destes é suficiente para que reste configurada uma relação de consumo.

Ainda existe restrição quanto à definição legal dada à figura do consumidor, sendo que a ideia de que ele, para que assim seja considerado, deve adquirir ou utilizar os produtos e serviços, necessariamente, na condição de “destinatário final”. E é neste ponto que reside a maior dificuldade encontrada pela doutrina em termos de conceituação, pois o texto legal não deixa claro se, para que seja considerado destinatário final, basta que o sujeito retire o produto do mercado, sendo indiferente qual o fim que dará ao bem, ou ainda, se essa expressão pressupõe que o destinatário final seja, obrigatoriamente, o último elemento da cadeia de produção e, sendo assim, não utilize o produto ou serviço para fins profissionais ou como meio de auferir vantagens econômicas.

Ao tempo recente, mais precisamente a partir do Código Civil de 2002, percebe-se que o entendimento jurisprudencial, tem se apoiado em duas ideias centrais na busca de soluções adequadas às relações de consumo: a ideia de consumidor final imediato e a de vulnerabilidade. Essa tendência, conhecida por “finalismo aprofundado”, entende ser perfeitamente possível, por exemplo, que empresas que se utilizam de insumos para a sua produção e, uma vez que não detenham conhecimento profissional e técnico sobre os mesmos, possam ser consideradas consumidoras, desde que comprovada a sua vulnerabilidade – fundamento central do direito do consumidor.

Diante dessa análise, voltando a tratar das relações estabelecidas entre os profissionais da área da saúde e o paciente, resta claro ser o paciente um consumidor, vez que adquire serviços de um profissional determinado e em seu próprio benefício, demonstrando, em relação ao profissional contratado, nítida vulnerabilidade técnica no que diz respeito ao serviço que está a adquirir – no caso, o tratamento médico.

Esta figura do consumidor todavia, não existe de maneira isolada; para que a relação consumerista nasça, se faz necessário que o outro polo desta relação seja preenchido por um fornecedor, que poderá ser, na previsão do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor: “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem

atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição de produtos ou prestação de serviços.”

De maneira sucinta, pode-se entender que fornecedor é todo aquele que oferta, a título singular e com caráter de profissionalidade – exercício habitual do comércio – produtos e serviços ao mercado de consumo, atendendo assim, as suas necessidades.

Tendo tudo isso explanado e considerando a definição de fornecedor no âmbito das relações profissional da saúde-paciente, é perfeitamente possível vislumbrar este profissional como sendo um fornecedor de serviços, isso porque, ao prestar determinado tratamento médico, o faz de forma onerosa, com habitualidade, e emprega conhecimentos técnicos e específicos para tal. Além disso, o profissional da área da saúde pode atuar de maneira individual ou ainda, receber o auxílio de outros profissionais, que podem ser igualmente profissionais da mesma área ou não – caso de enfermeiros e médicos, por exemplo; nessas situações, assim como ocorre na cadeia de fornecimento, a responsabilidade pelo dano poderá ser dividida entre os profissionais que atuaram em conjunto, dependendo do caso concreto.

Desta forma, tendo estabelecido os conceitos de fornecedor e consumidor, cabe observar como a legislação consumerista é aplicada às relações estabelecidas entre profissional da área da saúde e paciente, haja vista ser este profissional, atualmente, considerado um prestador de serviços e portanto, ter sua atividade profissional regulamentada por essa legislação.

É sabido que no decorrer do tempo, a relação entre o profissional da área da saúde e o paciente foi evoluindo, sendo que esses profissionais, até mais de maneira específica o médico, que antes assumia papel de divindade para as famílias e a sociedade, passou a ser considerado amigo de seus pacientes e a deixar de lado o caráter místico do qual se revestia sua profissão. Hoje, devido à era globalizada na qual nos inserimos, onde o conhecimento e a informação são amplamente difundidos, essa relação novamente mudou: como reflexo dessa nova era, Direito e Medicina também evoluíram, de modo que a própria denominação dos sujeitos da relação estabelecida entre profissional e paciente foi alterada. Assim como já tratado neste capítulo, atualmente estes são tratados, respectivamente, como prestador de serviços e usuário/consumidor, restando claro que podemos verificar tal situação “sob a ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais

consciente de seus direitos, reais ou factícios e mais exigente quanto aos resultados”<sup>8</sup>.

Considerando a matéria de responsabilidade, em se tratando de uma relação consumerista “padrão”, preceitua o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que o fornecedor de serviços responderá, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, seja por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes sobre sua fruição e riscos do serviço ofertado. Tal regra, no entanto, tem sua exceção no parágrafo 4º do artigo 14 do mesmo Código, o qual exige a apuração da culpa para fins de configuração da responsabilidade civil sempre que o serviço for prestado por profissionais liberais.

Importante destacar que essa opção feita pela legislação encontra substrato na ideia de que as relações firmadas entre um profissional liberal e o seu respectivo cliente (consumidor) serão, em regra, personalíssimas - *intuitu personae* - baseadas na confiança, razão pela qual não se mostra razoável que estes fornecedores respondam objetivamente pelos danos que vierem a causar, haja vista inexistir, nesses casos, a complexidade e a impessoalidade características do consumo em massa e dos contratos de adesão.

E é aqui que se enquadram os profissionais da área da saúde, pois, em regra, desenvolvem sua atividade profissional na condição de profissionais liberais. Assim sendo, apesar da condição de fornecedores a que estão sujeitos no entendimento atual, tais profissionais têm sua responsabilidade vinculada à análise da culpa, diferentemente do que ocorre na maior parte das relações de consumo, ressaltando que essa exceção não permite uma interpretação extensiva, de modo que, sendo caso de atividade de saúde empresarial, os hospitais, clínicas e pronto-socorros responderão objetivamente pelos danos causados pelos seus prepostos – médicos, ponto este que será tratado especificamente em tópico posterior do presente trabalho.

#### **4.2.3. Da posição peculiar do profissional da área de saúde e sua vulnerabilidade**

Conforme prevê o artigo 1º, da Constituição Federal de 1988, que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito,

sendo um de seus principais fundamentos a consagração da dignidade humana. Sob essa perspectiva, o ser humano é visto como o ponto central de qualquer organização democrática e, por conseguinte, destinatário de garantias capazes de promover a sua dignidade nos mais diversos aspectos da vida em sociedade.

Partindo dessa premissa, o Estado Democrático de Direito, ao contrário do Estado Liberal consagrado pela Revolução Francesa (1789-1799), passou a intervir nas relações privadas com o propósito de fazer valer o texto constitucional e, *ipso facto*, as garantias nele previstas. Tais garantias, consagradas como direitos fundamentais e portanto, imunes a qualquer supressão vez que configuram cláusulas *clausulas pétreas* do nosso ordenamento jurídico, são responsáveis por consubstanciar a dignidade da pessoa humana no plano material, de modo que ela só será alcançada mediante a plena observância de tais direitos.

Deste modo, levando em conta ser a Constituição Federal “a expressão da vontade superior do povo”, seus fundamentos, princípios e regras devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico, de modo a conferir unidade e harmonia. Assim, entende-se que toda e qualquer legislação infraconstitucional não pode ser percebida como sendo um fim em si mesma, mas deverá estar em sintonia com a Constituição Federal e, assim, introduzir uma finalidade maior: a concretização dos preceitos fundamentais nela calcados e, em consequência disso, a efetivação dos fundamentos constitutivos do Estado Democrático de Direito.

É justamente pela contínua evolução e modificação das relações sociais que o sistema, não pode ser percebido como um conjunto fechado, mas como uma diretriz capaz de guiar o intérprete na busca da solução mais adequada ao caso concreto. Desta feita, entende-se que devemos levar em conta o caso concreto que está sob análise pois, só dessa forma, com as particularidades e peculiaridades da situação fática, para além da previsão legislativa, é que o intérprete será capaz de identificar qual princípio deverá prevalecer em determinado caso – quando diante de alguma antinomia – e qual a melhor interpretação a ser dada à legislação existente.

Essa noção de particularidade é perfeitamente aplicável, e ainda mais evidente, quando se está a tratar das relações firmadas entre profissionais da área da saúde e pacientes: apesar de pertencerem a um mesmo gênero, a complexidade da medicina, que é decorrente da complexidade da própria máquina humana, faz com que cada caso apresente características próprias e exclusivas, de modo que só uma minuciosa análise do caso concreto, com suas características e nuances

próprias é que permitirão uma interpretação correta da realidade e, assim, uma correta adequação dessa realidade ao ordenamento jurídico vigente, como a teia axiológica que ele, hodiernamente, se apresenta.

Assim, quando diante de situações que envolvam a atividade da área da saúde, importante se faz ao intérprete que mantenha o procedimento tópicosistemático de interpretação, devendo sempre levar em conta que, para além da complexidade e subjetividade que perfazem a saúde e o organismo humano – fatores com os quais os profissionais da área convivem diariamente e pelos quais são constantemente desafiados – a atividade médica virá sempre acompanhada do fator álea, ou seja, de circunstâncias imprevisíveis que só serão vislumbradas na prática, na medida em que o próprio atendimento médico for sendo prestado e de acordo com cada paciente e a respectiva enfermidade que este venha a apresentar.

Considerando as características de imprevisibilidade, subjetividade e complexidade que integram a atividade da saúde, não se pode deixar de observar que, apesar de o paciente ser considerado um consumidor e, portanto, o pólo vulnerável da relação que ele estabelece com o profissional da saúde, estes profissionais, dadas as peculiaridades de cada caso, também podem apresentar condição de vulnerabilidade frente à algumas situações específicas, ou seja, áleas específicas da atividade na área da saúde.

Ambas as partes, profissional da área da saúde e paciente, são vulneráveis na relação existente, haja vista a imprevisibilidade das situações, entretanto, a legislação brasileira traz diversos benefícios nesse ponto aos pacientes, presumindo, por vezes, sua fragilidade, fato este que acaba por ferir princípios constitucionais ratificados no ordenamento jurídico.

Com tal situação, verifica-se que a vulnerabilidade não abarca apenas o paciente, mas também os profissionais frente ao seu despreparo jurídico, assim, muitas vezes, atuando de forma técnica, mesmo sem saber de fato o que podem acarretar a eles diante de algum litígio jurídico. Assim, sucede em tempos atuais, atenção aos profissionais dessa área, bem como sobre sua conduta, que é a sua vulnerabilidade.

Diante disto, considerando, via de regra, que cabe ao paciente demonstrar a culpa do profissional para fazer jus a algum direito, como já explicitado em tópico anterior, e ainda que, na maior parte dos casos, essa incumbência seja árdua, deve-se ter em mente que se revela impossível ao profissional da área da

saúde que obtenha sucesso em todos os tratamentos que desenvolve, isso porque, mesmo diante de quadros patológicos idênticos, o organismo humano se revela distinto em cada um de nós, ou seja, ainda que um mesmo tratamento seja empregado a pessoas que apresentem os mesmos sintomas, isso não é garantia de que ambas responderão de maneira idêntica e positiva – e isso, não raro, é difícil de ser compreendido pelo paciente que restou supostamente prejudicado, razão pela qual o número de demandas indenizatórias contra os médicos cresce a cada ano de forma espantosa.

Outra situação de álea médica diz respeito às cirurgias de urgência, situações estas que o profissional da área da saúde será legitimado a agir ainda que sem o consentimento do paciente, que entender-se-á presumido. É o caso de uma intervenção médica, correta tecnicamente, quando necessária no momento em que ocorreu e o paciente não estava em condições de manifestar o seu consentimento, como por exemplo, quando, no decorrer de uma operação, o médico se vê obrigado a extrair algum órgão do doente, não detectado de maneira prévia, que põe em perigo a vida do mesmo (estado de necessidade). Tem-se, aqui, uma situação completamente imprevisível e que sujeitará o profissional a desempenhar sua função da melhor forma que a urgência do caso e as condições do local de atendimento lhe permitirem.

Diante deste ponto, será praticamente impossível ser detectado “erro médico” em situações de urgência na área médica, isso porque, apesar de não ter havido o consentimento informado, tem-se que situações de emergência obrigam os profissionais da saúde a tomarem medidas igualmente emergenciais, as quais, muitas vezes, não permitem um estudo aprofundado do caso em questão, mas sim, a agilidade do profissional envolvido, inclusive, não raro, a demora em casos dessa natureza pode representar danos irreversíveis à vida do paciente.

Mais uma situação relevante neste ponto, diz respeito ao erro de diagnóstico. Igualmente nesse terreno, é de fácil percepção a vulnerabilidade do profissional, configurando, pois, exceção o reconhecimento da culpa profissional. Diante disto, em se tratando de diagnósticos, o profissional da saúde só será responsabilizado se, ao elaborá-los, atuar com displicência, pressa ou sem os cuidados, informações e exames necessários, situações nas quais restaria caracterizado seu agir culposos.

Importante, neste ponto, aprofundar o tema da vulnerabilidade do profissional da área da saúde no tocante ao diagnóstico, dada a importância que este procedimento assume no tratamento de toda e qualquer patologia. Entende-se que a diagnose corresponde ao ponto inicial a partir do qual toda a atividade médica, seja ela qual for, será desenvolvida; trata-se do “gatilho” para a definição da conduta que o profissional da saúde deverá adotar, seja na escolha de determinado tratamento, seja no decorrer de um procedimento específico.

Não obstante a importância fundamental que o exame diagnóstico representa para a medicina, há que se levar em conta a irrefutável característica de falibilidade do método, que sempre existirá em maior ou menor grau. Significa dizer, portanto, que além da falibilidade humana, e ainda que o profissional tenha interpretado corretamente as informações provenientes de um exame de diagnóstico (laudos, imagens, etc), com a maior precisão possível, ainda assim, aquilo que foi apresentado no exame não necessariamente corresponderá à verdade concreta dos fatos, dada a imprecisão da própria ciência.

Temos ainda, teorias a respeito da exclusão da responsabilidade do profissional, quando no exercício regular de direito, onde é defendido que o profissional da área da saúde está exercendo um direito quando nos procedimentos de sua profissão, lesiona o paciente, sendo que trata-se de uma excludente de ilicitude, ou seja, apesar de haver uma ação lesionadora, não há crime a ser punido pelo fato de ter sido praticada no exercício legítimo de um direito. No entanto, a conduta para ser albergada na excludente aqui mencionada tem que necessariamente ser realizada por profissional devidamente habilitado e dentro dos limites da correção técnico-científica e ter sido, quando possível, devidamente autorizada pelo paciente. Ainda em caso de iminente perigo de vida a autorização do paciente é dispensável, inclusive, conforme o Código de Ética Médica em seu artigo 56.

Neste mesmo sentido, temos o estrito cumprimento de dever legal do profissional, que é o dever de agir do profissional, sob comando legal, praticando conduta que tenha origem na lei, como por exemplo, quando o profissional revela compulsoriamente um segredo médico por força de disposição legal, tais como o atestado de óbito e a notificação compulsória de doenças expressamente arroladas.

Nosso Código Civil também isenta os profissionais da área da saúde de responsabilizações quando a conduta resultar de caso fortuito ou força maior, sendo

que em ambas as situações, não existirá ação ou omissão culposa por parte do profissional, ocorrendo fatos imprevisíveis, incapazes de serem evitados, não só pelo profissional, mas por qualquer outro que estivesse em sua situação. A força maior pode ser entendida como ocorrência fora da relação entre o profissional e seu paciente que, mesmo identificada, não pôde ser evitada pela ação daquele. O caso fortuito é intrínseco a ação humana, e na relação profissional-paciente não é esperado nem pode ser previsto, desta forma, não pode ser evitado. Sua ocorrência não depende da conduta do profissional ou do paciente.

Aqui, reside um ponto de extrema relevância ao presente estudo: a aceitação de que, em medicina, nenhum método será totalmente preciso, e que a acurácia de qualquer método empregado jamais atingirá 100% de aproveitamento, ou seja, de acerto. Dito de outra forma, os métodos à disposição dos profissionais da área da saúde podem ser falhos, e impõe-se à estes profissionais, bem como à toda a sociedade, a qual, em última análise, se beneficia do tratamento médico, conviver com os riscos dele decorrentes, isso porque seus benefícios superam, em muito, eventuais infortúnios e equívocos.

Nesse compasso, dois mecanismos foram criados com o intuito de apurar a precisão dos testes científicos de diagnóstico e de facilitar a escolha, por parte destes profissionais, no que diz respeito à adoção, ou não, de determinado método: os critérios de sensibilidade e especificidade. Enquanto especificidade diz respeito à capacidade do exame de identificar, corretamente, quais os indivíduos não são portadores de determinada doença que está a ser investigada, o critério da sensibilidade diz com a acurácia do exame de identificar, com precisão, qual a correta doença que acomete determinado paciente, ou seja, que se trata da doença X, por exemplo, e não da doença Y. Assim, quanto mais elevados forem os índices de sensibilidade e especificidade do teste, mais preciso ele será, devendo ainda ser levado em consideração que jamais o índice atingirá 100%, como já dito.

No entanto, entende-se que o profissional da área da saúde, mesmo estando a par dessa ínfima possibilidade de erro, deverá conviver com ela e continuar a valer-se de tais métodos, haja vista serem eles muito mais benéficos à medicina e, em consequência disso, à sociedade como um todo, do que prejudiciais. Fala mais alto, nesses casos, o benefício que será gozado por muitos, benefício este de ter algum mal diagnosticado a tempo de ser efetivamente tratado, em detrimento de outros poucos que tiverem a infelicidade de obterem um exame equivocado, mas

que deverão suportar o prejuízo em prol do bem comum e em atenção ao bem maior tutelado pelo nosso ordenamento jurídico: a vida.

Assim, seja pelas limitações impostas pela ciência no caso de diagnósticos e tratamentos, seja pelas particularidades de cada doença e as diferentes reações de cada organismo/paciente, ou ainda, pelas diversas situações nas quais os profissionais de área se vêem obrigados a agir com urgência, ainda que determinado paciente não tenha consentido expressamente com alguma intervenção cirúrgica ou procedimento, tem-se que estes profissionais, não raro, também apresentam condição de vulnerabilidade frente à inúmeras situações as quais o dia a dia da atividade na área da saúde lhes submetem, apesar de serem considerados fornecedores de serviços e, portanto, o polo presumidamente mais forte da relação que é estabelecida para com os seus pacientes – consumidores, vulneráveis por essência.

Não pode ser considerado que todo e qualquer “erro médico” é escusável, ao contrário disso, entende-se que o profissional deverá ser duramente responsabilizado toda vez que atuar com culpa no desempenho de sua atividade, haja vista podendo ser negligente, imprudente e/ou imperito ao lidar com o nosso mais importante bem: a vida. No entanto, ainda que se esteja a tratar da vida, há casos nos quais os profissionais da área da saúde não terão concorrido, de forma alguma, para o evento danoso causado ao paciente, de modo que eventual responsabilidade que venha a recair sobre este profissional se mostra injusta e, inclusive, desumana.

Por fim, diante do aqui trazido, não se pode deixar de considerar que, ainda que vigore uma legislação protetiva à pessoa do consumidor, no caso, o paciente, deve-se trazer novamente que tais normas deverão ser aplicadas levando em conta as peculiaridades de cada caso concreto e em consonância com os valores constitucionais eleitos pelo constituinte como diretrizes irrefutáveis do nosso ordenamento jurídico, sem deixar de considerar, portanto, que os profissionais da área da saúde, apesar de fornecedores, e acima dessa classificação, são seres humanos e, como todos os outros seres humanos, sujeitos à falhas que lhes são imprevisíveis e métodos que poderão ser falhos, o que os torna, assim como seus pacientes, vulneráveis e, por assim dizer, vítimas de determinadas situações que só a própria realidade, em seu curso natural e surpreendente, é capaz de criar.

#### **4.2.3.1. Da Judicialização de Procedimentos na Área da Saúde**

A área médica e da saúde ao longo da evolução das ações judiciais nos últimos anos sofreu o que podemos chamar de “Judicialização da Saúde”, que de maneira resumida abrange ações judiciais envolvendo no particular tanto a negativa de planos de saúde para exames e procedimentos cirúrgicos, como na rede pública, a obtenção de medicamentos, exames e também procedimentos cirúrgicos.

Nesse contexto é que se inclui a responsabilidade civil dos profissionais envolvidos, onde se faz necessário, por vezes, que o profissional cumpra obrigatoriamente procedimentos da área, que podem gerar um dano ao paciente, porém, tal obrigação emanada por uma decisão judicial que deve ser cumprida, por muitas vezes, sem embasamento ou estudo devido dentro da área da saúde.

Podemos constatar sem a necessidade de acessar números estatísticos, que a saúde pública no Brasil não consegue atingir a todos, tanto na saúde pública como na particular, onde justificadamente acarretam ações judiciais em busca do direito violado de um paciente. Porém, o que vemos independente disso, é um aumento injustificado e infundado de ações que sequer deveriam ser levadas para o judiciário, que configuram tão somente o enriquecimento ilícito mediante ações judiciais.

Dentro dessa seara de discussão, da “Judicialização da Saúde” em nosso país, faz-se imprescindível um diálogo cada vez mais próximo entre o Poder Judiciário e os gestores do SUS, além dos envolvidos com os planos de saúde particulares, para que se estabeleçam ideias visando o melhoramento das políticas públicas de saúde efetivas quando acessadas pela sociedade, com perspectiva de que não ocorra responsabilização de apenas alguns envolvidos.

#### **4.2.3.2. Aumento dos cursos de medicina no Brasil**

Verifica-se nesse momento, uma expansão das faculdades com curso de medicina no Brasil, inclusive, com uma expansão da distribuição entre as regiões do país.

Acredita-se ser bem-vinda e necessária a interiorização dos cursos públicos e privados nesta área e a distribuição mais equitativa entre as regiões e cidades de diferentes portes populacionais do Brasil, restando dessa forma, ser

possível reduzir as diferenças regionais na proporção de escolas médicas e na taxa de vagas de graduação por habitantes. Essa realidade, porém, deveria estar associada à melhoria da qualidade da assistência aos usuários do SUS, porém, é importante considerar que esse processo não ocorrerá sem adequado e rigoroso acompanhamento e avaliação feita por profissionais capacitados tecnicamente, isentos de conflitos de interesse, com experiência real em educação e assistência médica.

Entre os cursos implantados, há diferentes realidades de infraestrutura, corpo docente e projetos pedagógicos. Logo, é necessário o alinhamento de ações e apoio colaborativo entre municípios, estados e instituições políticas, sociais e de saúde no intuito de auxiliar a efetiva consolidação dos cursos e sua contribuição na resolução das necessidades e demandas das comunidades em que estão inseridos.

Diante da expansão destes cursos de medicina demonstrada, é necessário saber se o processo de expansão que vem ocorrendo está tendo a devida atenção e acompanhamento dos órgãos e universidades públicas e de organizações da sociedade civil, com vistas aos tipos de resultados de médio a longo prazo que ocorrerão na formação médica e de assistência à saúde.

#### **4.2.4. Do Prontuário Médico**

O prontuário médico consiste em um documento sigiloso no qual consta toda a história do paciente, demonstrando todos os procedimentos, sua evolução e as anotações utilizadas durante a sua permanência em algum hospital ou clínica.

O prontuário é definido pelo Conselho Federal de Medicina como documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do indivíduo. Em sendo assim, o prontuário, não é apenas o registro da anamnese do paciente, mas todo acervo documental padronizado, organizado e conciso, referente ao registro dos cuidados prestados, assim como aos documentos pertinentes a essa assistência<sup>9</sup>.

Os profissionais da área da saúde devem ter extrema diligência e cuidado na forma que se preenche o prontuário, tendo em vista ser um documento oficial de cada paciente, podendo tal situação trazer danos aos profissionais envolvidos no

cuidado daquele paciente ou à terceiros que estejam dispendendo cuidados ao paciente em interconsultas ou atendimentos solicitados.

É vedado negar ao paciente acesso ao prontuário, ficha clínica ou similar, devendo o profissional da área da saúde fornecer explicações sobre o estado do paciente, salvo quando ocasionar risco para o paciente ou terceiros.

No entanto, percebe-se que, frequentemente, os profissionais envolvidos e responsáveis pelos prontuários se negam a fornecer para as autoridades públicas requisitantes, tendo em vista que ele é um documento sigiloso (princípio do sigilo profissional sobre os prontuários médicos), sendo que, de acordo com o artigo 89 do Código de Ética Médica, é vedado ao médico liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando: autorizado, por escrito, pelo paciente; para atender ordem judicial, ou; para a sua própria defesa. O médico também é obrigado a fornecer cópia do prontuário médico quando houver sua requisição pelos Conselhos Regionais de Medicina.

O Conselho Federal de Medicina, por meio do Parecer nº 06/2010, firmou posicionamento no sentido de que a disponibilização de cópias de prontuários médicos a outras pessoas, que não o próprio paciente, estaria autorizada nos seguintes casos: justa causa, assim entendida, conforme dizeres do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo “quando a revelação é o único meio de afastar perigo iminente e injusto, como, por exemplo, para evitar o casamento de portador de moléstia grave e transmissível por contágio, capaz de por em risco a saúde do futuro cônjuge ou de sua descendência, desde que, primeiro, o médico esgote todos os meios idôneos para evitar a quebra do sigilo”; dever legal, que se dá nos casos de ocorrência de doenças de comunicação obrigatória, de acordo com a previsão contida no artigo 269 do Código Penal ou de ocorrência de crime de ação penal pública incondicionada, cuja comunicação não exponha o paciente a procedimento criminal; por autorização expressa do paciente; por requisição dos representantes legais de pessoas que não têm aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil, como, por exemplo, os pais de um menor de idade.

Caso optem por liberar tal documento sigiloso fora das circunstâncias acima elencadas, os profissionais podem ser processados administrativamente no âmbito dos seus respectivos Conselhos de classe, de sofrerem alguma punição disciplinar pela atitude adotada, bem como de incidirem na conduta prevista no artigo 154 do Código Penal (violação de sigilo profissional).

É importante salientar que o prontuário pertence ao paciente. É um direito do paciente ter acesso, a qualquer momento, ao seu prontuário, recebendo por escrito o diagnóstico e o tratamento indicado, com a identificação do nome do profissional e o número de registro no órgão de regulamentação e controle da profissão (CRM, COREN, etc.), podendo, inclusive, solicitar cópias do mesmo.

Além disso, o sigilo médico não é absoluto, sendo admitida a requisição dos prontuários quando há um valor social (interesse coletivo), para fins investigativos, para a instrução de um processo judicial, para o ajuizamento de uma ação, entre outras finalidades. Não se deve olvidar que, nestes casos, o interesse público se sobrepõe ao interesse particular.

Em razão da justa causa aqui citada, o profissional não estaria sujeito a penalidades no âmbito criminal e na esfera administrativa dos Conselhos de Medicina.

Em que pesem os preceitos do Código de Ética Médica e as Resoluções e Pareceres dos Conselhos de Medicina, registre-se que o poder de requisição de certas autoridades públicas está ancorado na legislação.

É imperioso repisar que o sigilo médico não é absoluto, sendo admitida a requisição dos prontuários quando há um valor social (interesse coletivo), como ocorre para fins investigativos, para a instrução de um processo judicial, para o ajuizamento de uma ação, em que o interesse público se sobrepõe ao interesse particular.

### **4.3. Obrigação de Meio e de Resultado**

Como já visto, desde a antiguidade se buscava em um ideal de justiça a responsabilização do agente por seus atos danosos, e assim, por consequência, com profissionais da área da saúde. Porém a responsabilidade civil passou por crescente evolução até as formas de responsabilização que conhecemos hoje.

Temos com isso, que existe a necessidade de alguns requisitos indispensáveis, a fim de gerar um possível dever de reparação, como a conduta contrária a um dever jurídico (ato ilícito) que é a causa (nexo causal) do dano (prejuízo de outrem). Com isso, temos claro que a responsabilidade do profissional da área de saúde é subjetiva, ou seja, são necessários os elementos conduta ilícita

e culposa, nexo de causalidade e dano, elementos estes indispensáveis para caracterização da responsabilidade civil e assim ensejando o dever de reparação.

Dessa forma, o profissional da área da saúde, primordialmente, possui obrigação de meio, ou seja, deve atuar conforme a sua "*lex artis*", com zelo e diligência em busca de um resultado favorável, sendo que o não alcance do resultado não caracteriza inadimplemento. A obrigação é de meio pois o alcance do resultado não depende apenas do profissional, mas sim da vontade das partes e da âlea da atividade (infinitas possibilidades de intercorrência); complexidade do seu objeto (enfermidade, organismo humano, e interações entre a enfermidade e o enfermo) e, também, depende em grande parte da conduta do paciente, havendo necessidade de participação ativa e passiva, ou seja, sempre que houver estes fatores aleatórios envolvidos, não é possível o objeto contratual ser uma obrigação de resultado, pois o êxito depende de fatores que não estão unicamente na mão do profissional.

Assim, a responsabilidade deste profissional surgirá quando o paciente demonstrar que o profissional agiu sob qualquer modalidade culposa: negligência, imprudência, imperícia ou ainda, com dolo, incumbindo, em qualquer desses casos a prova daquele que disser prejudicado.

Diversos critérios já foram utilizados para a identificação de obrigação de meio, figurando a vontade das partes e a área da atividade como os mais relevantes. Em análise geral, a doutrina atual tem reconhecido, porém que é preciso atentar prioritariamente para as finalidades contratuais e para as expectativas das partes que exsurtem do regulamento contratual.

Importante destacar que a distinção entre obrigação de meio e de resultado tem consequência no aspecto processual, principalmente na distribuição do encargo probatório.

Desse modo, temos que na obrigação de meio caberá ao paciente comprovar que o profissional não agiu com a diligência que se esperava, pois o simples não alcance do resultado não é rotulado como inadimplemento, sendo necessária a prova da culpa para ter direito a reparação. E diferente disto, na obrigação de resultado, só ao paciente recai o ônus de comprovar a não obtenção do resultado, assim a culpa do profissional será presumida, cabendo ao médico a prova negativa que não atuou culposamente.

Temos com isso que como regra geral a obrigação do profissional da área de saúde é de meio, e por tal conclusão, incumbe ao paciente o ônus da prova da inexecução obrigacional por parte do devedor (profissional), face à conduta culposa do mesmo, culpa em "*lato sensu*", incluindo o dolo e culpa "*strito sensu*" (negligência, imprudência ou imperícia).

Assim atribuir ao profissional da área da saúde a obrigação de resultado, e por consequência a culpa presumida, não condiz com a proteção inserida na Constituição Federal da dignidade da pessoa humana, lembrando que pela álea da atividade médica não é justo e nem ético atribuir ao profissional a presunção de culpa, sendo que este só deve ser responsável pelo que depender dele exclusivamente e não pelas respostas do organismo do paciente e nem pelas limitações naturais da medicina.

Dessa forma, tendo em vista que a ciência médica ainda não conseguiu desvendar certos segredos ligados à natureza humana, ficam os profissionais da medicina impossibilitados de prometer um resultado certo e determinado ao seu paciente.

Concluimos, assim, que a álea da atividade médica é fator preponderante para a atribuição de obrigação de meio, porém, a linha divisória entre a obrigação de meio e de resultado é muito imprecisa. Contudo há entendimentos jurisprudenciais que tipificam algumas especialidades como obrigação de resultado, como a cirurgia plástica meramente estética, a anestesia, análises clínicas e radiologia.

Neste ponto, na significativa maioria de cirurgias estéticas, por exemplo, os pacientes que não são acometidos de doenças físicas, mas apenas pretendem a correção de um defeito, idealizado a fim de se ajustar algo estético, decorrendo desta situação, tem-se que a obrigação deste profissional é de resultado, não de meio, tal como ocorre com as demais especialidades.

A tendência do entendimento jurisprudencial pátrio é de seguir a orientação norte americana, mais tarde ou mais cedo, o que fará peremptória a criação de seguros obrigatório de responsabilidade civil dos profissionais da saúde, no objetivo de proporcionar efetividade no pagamento de possíveis indenizações a prejudicados.

#### **4.4. Responsabilidade Civil do Hospital**

Nos dias atuais, importante efetuar a análise deste tópico, sob a visão das atuais decisões proferidas pelos nossos Tribunais e, a partir desta compreensão, tomamos por base importantes critérios interpretativos acerca da caracterização da responsabilidade civil de hospitais por danos sofridos por seus pacientes.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a questão da responsabilidade civil dos hospitais não é tão simples quanto pode fazer parecer. Não se pode presumir a culpa do hospital, ou aplicar a teoria do risco empresarial, diante das peculiaridades que envolvem a natureza do serviço prestado.

Assim, mostra-se conveniente fazer uma demonstração analítica dos requisitos que têm de estar presentes para que se possa falar em responsabilidade civil dos hospitais e estabelecimentos de saúde.

Importante estabelecer, por mais uma vez, uma diferenciação entre responsabilidade contratual (decorrente do descumprimento de obrigação contratualmente estipulada) e responsabilidade extracontratual (aquela decorrente da prática de ato ilícito causador de prejuízo), tais como já explanadas anteriormente.

Quando um paciente dá entrada em um hospital, espera-se que este preste os serviços necessários ao internamento, cabendo ao estabelecimento de saúde, assim, fornecer os equipamentos, os medicamentos e os materiais utilizados durante o internamento, bem como as instalações para a realização de eventual cirurgia.

A obrigação do hospital, pois, é classificada como sendo “de meio”, cabendo a ele fornecer os meios necessários ao correto atendimento do paciente.

E assim como entendemos que, em regra, as obrigações dos profissionais da área de saúde são de meio, é inafastável a conclusão de que quando o hospital e seus agentes fornecem ao paciente o tratamento previsto na Ciência Médica, não há que se cogitar da prática de ato ilícito hábil a ensejar sua responsabilidade civil.

Ou seja, se o hospital forneceu todos os meios adequados para a realização do ato cirúrgico e para o tratamento daquele paciente, não pode ser apenado por eventuais infortúnios ocorridos depois da cirurgia e que não

decorram logicamente de um suposto erro médico ou deficiência na prestação dos serviços, não podendo se falar em responsabilidade por eventual dano verificado.

Cumprido destacar, ainda, que a pretensão de responsabilizar o hospital de forma objetiva, independente de culpa, com base nos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, merece ser analisada corretamente.

O hospital, muito embora seja prestador de serviços na maioria dos casos, não deve responder por todo e qualquer evento ocorrido em suas dependências. Se assim o fosse, jamais receberia um paciente para qualquer cirurgia, na medida em que toda cirurgia implica, necessariamente, lesões corporais, de sorte que o hospital teria de responder por danos estéticos causados aos pacientes, o que seria uma interpretação teratológica da Lei.

Como o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, § 4º, dispõe que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada nos termos da legislação civil (que dispõe que a vítima tem o ônus de comprovar a prática de ato ilícito, dano e nexo causal), evidentemente que a imputação de responsabilidade feita a hospitais por atos ilícitos que teriam sido praticados pelos médicos também segue o mesmo regramento.

A correta interpretação da legislação é no sentido de que o hospital responderá objetivamente, sem que haja necessidade de o paciente demonstrar a culpa do estabelecimento de saúde, quando for comprovada a culpa dos profissionais da saúde que ali exercem suas funções. Restando provada a culpa do profissional liberal, então o hospital responderá solidariamente com ele pelos danos causados, independente de o hospital, enquanto pessoa jurídica, tiver praticado atos culposos.

Desta feita, só há de se falar em responsabilidade do hospital, quando estiver clara a prévia comprovação da prática de ato ilícito por parte dos profissionais da área da saúde que ali exercem suas funções.

Constata-se, pois, que pelo disposto no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, é necessária a comprovação da culpa do profissional para que se possa cogitar em responsabilidade civil por erro médico caracterizado, e somente depois de comprovada essa culpa é que se pode pretender responsabilizar o hospital.

Além disso, mesmo que se entenda que o hospital, na qualidade de prestador de serviços, responde objetivamente por danos causados aos pacientes

(o que não se revela de acordo com o ordenamento jurídico em função do disposto no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor), é evidente que não se trata de responsabilidade solidária e sim subsidiária: somente se comprovada a culpa do profissional é que se poderá responsabilizar o hospital, e somente poderá ser exigida qualquer indenização frente ao estabelecimento se o paciente demonstrar que o profissional da área da saúde não possui patrimônio suficiente para arcar com a condenação.

Assim, resta claro que a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos profissionais da área da saúde contratados que neles laboram, é subjetiva, dependendo da demonstração de culpa do preposto, não se podendo, portanto, excluir a culpa do profissional e responsabilizar objetivamente o hospital.

Os profissionais, assim como o hospital, têm o dever de fornecer o serviço da melhor forma possível, exatamente como a ciência médica determina. Caso sejam observados estes procedimentos e, ainda assim, haja dano, este só pode ser imputado ao caso fortuito, mas não aos profissionais ou ao hospital.

Já no que se refere à responsabilização do estabelecimento de saúde em decorrência do paciente ser acometido de infecção hospitalar, deve-se ter em mente que todo processo de infecção ocorrido dentro do hospital será chamado de “infecção hospitalar”, mas nem sempre essa infecção ocorre por fatos imputáveis ao hospital. Neste exemplo, para haver responsabilização por uma suposta infecção hospitalar, pois, é necessária a prova de que a equipe de profissionais não tomou os cuidados necessários para sua prevenção ou então que os mesmos não agiram de maneira adequada para o tratamento dessa infecção.

Já a responsabilidade dos hospitais privados, qualificados como fornecedores de serviço de saúde, vem sendo entendida pela doutrina especializada como objetiva, consoante *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. A responsabilização do estabelecimento privado exige, nesse caso, apenas a caracterização de sua conduta defeituosa, a demonstração do dano e do nexo de causalidade. Diante do disposto no art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, afasta-se a responsabilidade do hospital fornecedor do serviço quando restar comprovado que o defeito inexistente ou quando caracterizada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Em outros termos, a demonstração da inexistência do

defeito se dá com a prova da correção dos procedimentos adotados do hospital quanto a suas instalações, alimentação, equipamentos e serviços auxiliares.

Resumidamente, em se tratando de responsabilidade do hospital por serviços prestados unicamente pela instituição, como acomodação (hospedagem), alimentação, medicamentos, equipamentos e serviços auxiliares, a responsabilidade será puramente objetiva, afastando-se unicamente quando demonstrada a inexistência do defeito a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Por outro lado, cuidando-se de responsabilidade por danos causados diretamente pelos profissionais da área da saúde a ele vinculados, o hospital somente responderá (solidariamente com o médico, segundo art. 7º, parágrafo único, do CDC) quando ficar caracterizado o agir culposo do profissional. Nesse caso, a culpa médica apresenta-se como hipótese de defeito do serviço prestado pelo hospital (CDC, art. 14, § 1º), afastando-se o dever de indenizar se a instituição conseguir demonstrar, a partir da análise do elemento subjetivo, a inexistência de culpa por parte do profissional.

Já no caso do profissional da área de saúde não vinculado ao hospital como empregado ou membro do corpo clínico, mas em situação de simples locação de centro cirúrgico do hospital, por exemplo, efetivamente nenhuma responsabilidade exsurge para este, de regra, em função da conduta do profissional eleito pelo paciente, conforme entendimento adotado por nossos Tribunais.

Finalmente, devemos considerar ainda o regime da responsabilidade civil aplicável aos hospitais públicos. Aí, a responsabilidade civil não será regida pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, inexistente a remuneração direta do usuário pelo serviço prestado, não se caracteriza relação de consumo. Com efeito, tais hospitais recebem recursos do SUS obtidos a partir da arrecadação dos impostos. Assim, a responsabilidade de tais instituições é também objetiva, mas fundada no risco administrativo, consoante o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, regendo-se pelos preceitos do direito comum.

#### **4.5. Responsabilidade Objetiva do Estado**

Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos as pessoas e ao patrimônio, sendo mais apropriado referir-se a uma objetivação da culpa.

Quando o Estado infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidades a ocorrências do dano, estarão presentes os elementos necessários a formulação de um juízo de reprovabilidade quanto a sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadoras do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade, defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consiste na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir.

Defende-se a concepção, então da objetivação do elemento subjetivo, não de sua ausência. A afirmativa da existência da responsabilidade objetiva deve ser impetrada em termos. Não há responsabilidade civil objetiva do Estado, mas há presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de diligência especial. Tanto é assim que, se a vítima tiver concorrido para o evento danoso, o valor de uma eventual condenação será minimizado.

Essa distinção não é meramente acadêmica, especialmente porque a avaliação do elemento subjetivo é indispensável, em certas circunstâncias para a determinação da indenização devida. Assim, se passa, por exemplo, no tocante a indenização por dano moral, cuja determinação envolve a verificação do grau de reprovabilidade da conduta do agente estatal.

A Constituição Federal de 1988, seguindo uma tradição estabelecida desde a Constituição Federal de 1946, determinou, em seu artigo 37, § 6º, a responsabilidade objetiva do Estado e responsabilidade subjetiva do funcionário:

**Art. 37.**

***A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:***

***(...)***

***§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.***

Em que pese a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva ser adotada pela Constituição Federal, o Poder Judiciário, em determinados julgamentos, utiliza a teoria da culpa administrativa para responsabilizar o Estado em casos de omissão. Assim, a omissão na prestação do serviço público tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*). A culpa decorreu da omissão do Estado, quando este deveria ter agido.

Assim, com a adoção da responsabilidade objetiva, o cidadão, paciente, deixa de se situar em uma posição de fragilidade perante o Estado, pois agora a responsabilização independe da demonstração da culpa, e a simples demonstração de nexo causal entre a ação (ou omissão) do Estado e o prejuízo já é o suficiente para existir o direito de indenização.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles<sup>10</sup> afirma que “o que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares”.

Temos também, hipóteses que excluem e atenuam a responsabilidade do Estado, ou seja, quando a conduta da Administração Pública não der causa ao prejuízo ou concorrem outras circunstâncias que possam afastar ou mitigar sua responsabilidade.

Em geral, são chamadas causas excludentes da responsabilidade estatal a força maior e a culpa exclusiva da vítima.

Nestes casos, não existindo nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano ocorrido, a responsabilidade estatal será afastada.

Numa hipótese de força maior, ou seja, de um acontecimento excepcional e imprevisível, alheio a vontade do Estado, como um raio que incendeia um hospital, não cabe responsabilizar o Poder Público pelo sinistro ocorrido e de fatos decorrentes aos pacientes.

Existe, entretanto, a possibilidade de responsabilizar o Estado, mesmo na ocorrência de uma circunstância de força maior, desde que a vítima comprove o comportamento culposos da Administração Pública.

Nos casos em que está presente a *culpa da vítima*, duas situações podem surgir: a) o Estado não responde, desde que comprove que houve culpa exclusiva do lesado; b) o Estado responde parcialmente, se demonstrar que houve culpa concorrente do lesado para a ocorrência do dano.

Observe-se que cabe ao Poder Público o ônus de provar a culpa da vítima ou a existência de força maior.

Temos ainda, a teoria do risco integral, onde tal teoria não admite as excludentes de responsabilidade, isto é, o Estado responderá mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, sendo que a aplicação desta teoria leva à ideia do Estado como seguradora universal. Frise-se que em nosso país, via de regra, não se admite a aplicação desta teoria, existindo, inclusive, divergência sobre se o nosso ordenamento jurídico adotou ou não a teoria do risco integral para a responsabilização extracontratual do Estado.

Assim, em resumo, o Estado responde objetivamente pelo dano, desde que comprovados o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, bem como o seu montante.

#### **4.6. Responsabilidade Penal**

Em nosso direito pátrio, são definidos vários tipos criminais que podem ser cometidos pelos profissionais da área da saúde, no exercício de cada profissão. Porém, grande parte destes profissionais não tem conhecimento de que algumas condutas são definidas como crime, podendo incorrer assim, em diversos tipos de apenamento na área criminal

Já fora verificado anteriormente que temos algumas possibilidades de enquadramento da responsabilidade civil, principalmente, pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor e pelo sistema do Código Civil e, nesse sentido, em ambas as legislações, dispõem que a responsabilidade civil do profissional liberal é de natureza subjetiva, já que exige a prova do elemento subjetivo "culpa". E o Código Penal, também traz entendimento próximo, sendo que em seu artigo 18, inciso II, diz que o crime é culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, imperícia ou negligência.

Ou seja, o suposto "erro médico" que possibilitaria uma possível condenação penal do profissional, é aquele que se observa a presença de uma das

três modalidades aqui descritas, sendo exigível do profissional a conduta diversa, podendo apenas assumir outra conotação, uma eventual falha na prestação de seus serviços.

Importante destacar que responsabilizar alguém penalmente, pelos possíveis efeitos severos que produziu, requer cautela na sua aplicação, sendo de suma importância que os operadores do direito tenham certo conhecimento acerca do trabalho exercido pelos profissionais da saúde, haja vista o já vastamente explanado neste trabalho, onde nem todo ato do profissional da área da saúde possuinexo de causalidade com o dano experimentado pelo paciente.

Como exemplos de casos de responsabilização penal de profissionais da área da saúde, temos o caso de Denis Furtado, conhecido como “Dr. Bumbum”. Do que constam das notícias na época, o médico não tinha nenhum título de especialista em qualquer área estabelecida da Medicina, como dermatologia e cirurgia plástica. No currículo, informou ter pós-graduações em instituições que, na verdade, não são reconhecidas pelo Ministério da Educação e mesmo assim, ele oferecia procedimentos - preenchimento de glúteo e botox - geralmente realizados por dermatologistas e cirurgiões plásticos que, para obter o título de especialistas, precisaram passar por anos de residência médica e aprovação em prova oral e escrita, ou seja, cometendo atos de imperícia.

Furtado foi preso à época juntamente com sua mãe, sua namorada e uma técnica de enfermagem também foi indiciada, todos por homicídio qualificado de uma de suas pacientes, após um procedimento estético de preenchimento dos glúteos. Além de aparentemente ter usado uma substância considerada inadequada para o procedimento, Furtado fez a bioplastia na paciente no apartamento dele, na cidade do Rio de Janeiro. A paciente teria passado mal algumas horas depois e foi levada a um hospital pelo próprio Furtado, sendo que no dia seguinte, a paciente faleceu. O Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro informou na época dos fatos que Furtado não tinha autorização para exercer medicina na cidade. Além do Rio de Janeiro, ele atendia em Brasília e em São Paulo. Denis Furtado teve seu diploma de medicina cassado pelo Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal. Temos também, o caso de Roger Abdelmassih, médico que cometia abusos sexuais em sua clínica de fertilização, onde segundo depoimentos de várias pacientes, no momento do procedimento de fertilização, Abdelmassih cometia abusos sexuais enquanto as vítimas estavam sedadas. As denúncias contra o ex-

médico começaram a aparecer em 2008 e no ano seguinte, com base no depoimento de 40 ex-pacientes, ele foi indiciado por estupro e atentado violento ao pudor, sendo condenado posteriormente a 278 anos de prisão por 56 estupros. Inclusive, em agosto de 2009 houve a alteração no Código Penal, que passou a considerar como crime de estupro a ação de constranger alguém por meio de ameaça ou violência a ter ato sexual ou permitir atos libidinosos. Com isso, todos os atos do médico foram enquadrados como estupro. Neste exemplo, em Maio de 2011, o Conselho Regional de Medicina de São Paulo cassou definitivamente o registro profissional do médico. Outro exemplo, é o caso de Farah Jorge Farah, especializado como clínico geral, foi formalmente acusado e condenado em 2014, por homicídio, além de ocultação e destruição de cadáver, crime este praticado contra sua paciente à época, onde Farah removeu cirurgicamente as peles faciais, das mãos e pés da vítima, desapareceu com suas vísceras e guardou os restos mortais em sacos plásticos no porta-malas de seu veículo. Fora noticiado na época do fato que ambos poderiam ter um relacionamento afetivo, no entanto, restou demonstrado que o motivo da insistência da vítima em contatar o médico devia-se ao sofrimento que lhe fora causado, assim como a outras pacientes, por cirurgias plásticas feitas irregularmente, sistematicamente e de maneira mal feita, especialidade que fugia das atribuições de Farah (imperícia). Em consonância, sua licença médica foi cassada após a primeira condenação.

Por fim, de maneira resumida, para que seja devidamente imputada a responsabilidade penal à profissionais da área da saúde, são indispensáveis os elementos: o agente (profissional), o ato profissional, a culpa, a ocorrência de um dano, o nexo causal e a previsibilidade, devendo ser consideradas as situações já trazidas para a responsabilidade civil também, ou seja, o profissional não pode ser responsabilizado por um possível agravamento da saúde do paciente em virtude de fatores adversos, como a culpa exclusiva do paciente, a imprevisibilidade de acontecimentos e a imperfeição da área em que atua.

#### **4.7. Excludentes de Responsabilidade**

Ante todo o trazido no presente trabalho, com relação a responsabilidade civil do profissional da saúde, onde este poderá ser compelido a indenizar um paciente, existem situações onde a referida responsabilização do profissional poderá

ser excluída, haja vista não incidir culpabilidade no ato, gerando, assim, a extinção da punibilidade do agente, no caso, do profissional.

#### **4.7.1. Caso fortuito ou força maior**

O caso fortuito e a força maior constituem hipóteses típicas de não incidência da responsabilidade e do conseqüente dever de indenizar, de modo geral, porque impossibilitam o estabelecimento do nexu causal.

O artigo 393, parágrafo único, do Código Civil assim dispõe acerca do caso fortuito ou força maior: “*O caso fortuito ou força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir*”.

Temos que o caso fortuito se verifica no fato ou ato estranho à vontade das partes, tais como guerra, greve, etc., ao passo que na força maior se referem fatos ou fenômenos naturais (tempestades, raios, etc.).

O caso fortuito e a força maior podem incidir sob a forma contratual ou extracontratual e apegam-se à imprevisibilidade ou inevitabilidade do evento. Isto é, o fato deve ser necessário, superveniente, inevitável e irresistível, absolutamente fora do alcance do controle humano.

Frise-se, que o caso fortuito e a força maior estão relacionados ao rompimento da relação de causalidade. É um problema de nexu causal. É um evento absolutamente estranho, fora do desdobramento normal da ocorrência, algo externo, que, por não se relacionar com o dano, faz com que a responsabilidade não seja estabelecida, afastando-se, conseqüentemente, a incidência do dever de indenizar pelo acontecimento.

Como exemplo na área da saúde, podemos considerar como fato da natureza, um raio que causa *black out* em um hospital ou enchentes que alaguem alas hospitalares. Também se exemplifica com o médico que, no momento da cirurgia, apresenta um mal súbito que obsta o prosseguimento do trabalho, vindo a ocorrer a morte do paciente.

#### **4.7.2. Culpa exclusiva da vítima (paciente)**

O fato exclusivo ou culpa exclusiva do paciente constitui outra causa de não incidência da responsabilidade civil.

Trata-se de circunstância em que os danos experimentados pelo paciente decorrem exclusivamente de seu próprio comportamento, muitas vezes deixando de cumprir os deveres de seu cargo.

Foca-se, assim, nos deveres do paciente, cujo descumprimento pode até mesmo afastar a incidência da responsabilidade do profissional da área da saúde.

Nesse diapasão, é de se identificar dois deveres básicos impostos ao paciente, quais sejam: o dever de veracidade e completitude das informações prestadas ao profissional e o dever de obediência às orientações do tratamento.

O dever de veracidade e completitude das informações tem como premissa a boa-fé que deve sempre pautar a relação entre profissional e paciente. Incumbe, assim, ao paciente informar ao profissional, adequadamente, e de maneira mais completa possível, todos os sintomas suportados, antecedentes, indicações terapêuticas anteriores acaso existentes, ingerência de medicamentos, etc., circunstâncias que, aliadas a realizações de novos exames ou complementares, pelo profissional da saúde, possibilitarão que se alcance o diagnóstico com a imposição de tratamento indicado ao caso. A esse método investigativo do profissional, partindo-se das informações ministradas pelo paciente, se denomina anamnese.

Destarte, e considerando que a anamnese se constitui em relevante ponto de partida para a busca do diagnóstico correto, tem-se que, se o paciente prestar informações inverídicas ou omiti-las, poderá induzir o profissional em erro, comprometendo suas conclusões e, por conseguinte, acarretar resultados nocivos e danosos à sua própria saúde.

Nesse caso, o profissional da área da saúde não poderá ser responsabilizado pelo fato de ter sido induzido a uma conclusão diversa, com efeitos danosos ao paciente, porquanto munido de informações falsas ou inexatas.

Poder-se-ia argumentar que o paciente não teria qualquer interesse em procurar um profissional desta área para piorar a sua saúde. Todavia, não se pode ignorar que a base da perquirição do diagnóstico é constituída exatamente pelas informações, mínimas que sejam do paciente a respeito dos seus males. O profissional deve, pois, partir dos informes do paciente, daquilo que ele está sentido, do modo como aquela aparente doença lhe está sendo apresentada, restando claro que nestes casos, não se pode cogitar em responsabilidade do profissional pelos

resultados adversos suportados pelo paciente em razão da falsa informação prestada.

De outra parte, o dever geral de obediência às orientações do tratamento atribuído ao paciente a estrita observância às prescrições profissionais, incluindo-se todas as restrições daí advindas.

Desse modo, se o profissional da área da saúde determina que o paciente não possa fazer uso de determinados alimentos; não poderá fazer esforços físicos; deverá manter repouso, etc., tais determinações deverão ser atendidas pelo paciente, porquanto constituem fatores imprescindíveis ao êxito do tratamento e da cura da doença. Igualmente, e como decorrência desse dever, o paciente também deverá relatar, se o caso, a persistência de sintomas ou quaisquer reações adversas que possa estar suportando.

Em suma, tais deveres bem destacados e que se compreende como semelhantes à outra face da obrigação de meio, desta feita atribuída ao paciente, não se olvida, fundam-se na confiança e cooperação que devem nortear a relação profissional-paciente sendo imprescindível a sua observância, pois, caso contrário, e uma vez afastado o nexo causal, não incidirá a responsabilidade civil ou penal.

E, além de não se estabelecer referidas responsabilidades, possível até mesmo que o profissional possa ajuizar ação contra o paciente requerendo indenização por danos materiais e morais porventura decorrentes da falsa imputação de culpa que lhe fora, muitas vezes, maliciosamente, atribuída.

Cabe mencionar que, caso ocorra a culpa concorrente, ou seja, se a única conduta que causou o dano não for exclusivamente culpa do paciente, a indenização deverá ser reduzida proporcionalmente à culpa do agente, profissional, como é verificado no artigo 945 do Código Civil.

É basilar compreender que o Código de Defesa do Consumidor, como legislação destinada a proteger as relações de consumo (não exclusivamente o consumidor), não deve responsabilizar o fornecedor por evento que não tinha como prever ou evitar nem deu causa.

#### **4.7.3. Fato de terceiro**

O fato de terceiro, segundo Kallas Filho<sup>11</sup>, caracteriza-se: “quando o evento causador do dano não decorre de comportamento do médico, nem do

paciente, mas de pessoa estranha àquela relação, por isso mesmo designada terceiro”.

O fato de terceiro, como a denominação sugere, deve decorrer de pessoa que não integre a equipe dos profissionais da saúde, que seja estranha aos seus quadros e pela qual estes profissionais não se responsabilizaram.

É o caso de um familiar que, sem conhecimento ou consentimento do profissional, acaba por produzir um dano no paciente, por exemplo, fornecendo-lhe água no momento em que necessitava permanecer em jejum para a realização de exame ou cirurgia.

As características do fato de terceiro em questão que, frise-se, deve ser imprevisível e inevitável, permitem a conclusão de que, uma vez verificado, afasta-se o nexo de causalidade e a culpa do profissional, não incidindo, dessa forma, o dever de indenizar.

Assemelha-se ao caso fortuito e à força maior: o nexo de causalidade entre resultado lesivo e conduta do agente é desfeito, uma vez que as presenças da imprevisibilidade e da inevitabilidade excluem o dever de indenizar.

Um exemplo para esta situação é de um paciente internado em determinado hospital e seus desafetos o estejam procurando em busca de vingança. Na hipótese de invasão de hospital pelos delinquentes com eventuais consequências danosas para os demais pacientes, poderemos qualificar tal ilícito com fato de terceiro, pois inteiramente imprevisível e estranho ao objeto do contrato de prestação de serviços que foi entabulado entre os pacientes e a entidade hospitalar, sendo que no caso deste exemplo, a responsabilidade ou culpabilidade estaria inteiramente afastada ante a excludente derivada do fato de que os danos experimentados por seus pacientes decorreram de fato praticado por terceiro, que não guarda qualquer conexão com as obrigações derivadas dos serviços ajustados.

#### **4.8. Dano Médico**

O profissional da área da saúde, por meio de procedimentos muitas vezes complexos, que exigem técnica apurada promove a restauração da saúde dos pacientes. No entanto, em alguns casos a atividade do médico pode acarretar danos ao paciente, agravamento do mal já sofrido ou obtenção do resultado esperado ou prometido

A Constituição Federal garante o direito de reparação por dano provocado por ação de terceiro em seu artigo 5º, inciso X, que afirma que “(...) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

O autor italiano Adriano De Cupis<sup>12</sup>, conceitua dano como prejuízo, aniquilamento ou alteração de uma condição favorável, tanto pela força da natureza quanto pelo trabalho do homem. Acrescenta ainda o mesmo autor, que o conceito de dano, sob qualquer aspecto, é deveras amplo. Entretanto, pela facilidade com que se apresenta à observação, é objeto de senso comum. Para que o dano seja um fenômeno juridicamente qualificado, deve decorrer da inobservância de uma norma.

Já o Código de Ética Médica trata do “erro médico” com certa abstração, sem entrar em muitos detalhes. Dentro do que é apresentado, o documento fala brevemente do dano em si, da responsabilidade do médico, da relação entre os profissionais e da obrigação de denunciar, sendo que sua definição está inserida no capítulo III, que trata da responsabilidade profissional. De acordo com o artigo 1º, “*é vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência*”.

Temos assim, que o dano causado pelo profissional da área da saúde, é o dano provocado no paciente pela ação ou inação deste profissional, no exercício de sua profissão, e sem a intenção de cometê-lo. Há três possibilidades de suscitar o dano e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência, itens estes já explicados anteriormente.

Os danos médicos, portanto, podem ser físicos (estéticos), materiais ou morais. Os danos físicos, sem dúvida, assumem maior relevância, pois se trata do prejuízo corporal, sendo que este se compõe de elementos variáveis, indenizáveis de maneira separada, conforme o tipo de problema causado ao paciente.

Não há dúvida de que o dano é o elemento principal da responsabilidade civil. Se não existir dano, por mais grave que seja a conduta, não existe prejuízo a ser indenizado.

Considerando que os danos encontram classificação amplíssima, identificar com clareza o dano sofrido pela vítima, no nosso caso, paciente, é tarefa de extrema dificuldade, dependendo do Judiciário para que tal situação seja revelada.

#### **4.8.1. Dano Estético**

A doutrinadora Teresa Ancona Lopes<sup>13</sup>, define o dano estético como qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um “enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portanto a uma dor moral.

Neste entendimento, o dano estético é a lesão na beleza física do paciente, na harmonia corporal. Claro que referido conceito é extremamente relativo, devendo ser considerado uma modificação gravosa sofrida pelo paciente, em relação ao que era anteriormente. Esta lesão de regra é permanente, não sendo possível o retorno ao estado anterior. Ou seja, o dano estético modifica externamente a aparência do paciente. A lesão estética muitas vezes vem acompanhada de lesão moral ou material, por isso é mais complexa, devendo ser analisada a alteração que o paciente sofreu não só em relação ao que era, mas também em relação à expectativa criada pelo procedimento que não foi correspondida.

Como dito, a lesão trazida ao paciente, deve ser duradoura ou, caso contrário, em sendo esta lesão reparável ou passageira, tal situação pode ser enquadrada apenas, em possíveis perdas e danos.

A lesão estética causa ao paciente sofrimento, pois esperava uma modificação positiva em sua aparência, ou a recuperação de sua saúde sem a modificação física. No entanto, o que acaba ocorrendo é uma modificação de forma que o paciente sinta uma dor moral, além da modificação física desagradável, como por exemplo, cicatrizes ou defeitos resultantes de um erro no procedimento.

Em Juízo, importa ser verificada e comprovada a extensão dos danos, a localização, a referida acima possibilidade de reversão, as características pessoais do paciente, tudo isso devendo ser levado em consideração quando da mensuração da indenização, se existir.

Assim, as indenizações nestes casos, teria o condão de compensação, como forma de restabelecer uma situação que se modificou, em função do dano causado, restando dificultoso ao julgador, valorar financeiramente referido dano, a fim de recompor o paciente pelas perdas ou prejuízos sofridos.

#### **4.8.2. Dano Moral**

Importante trazer o conceito do que seja dano moral que, no dizer do mestre Wilson Melo da Silva<sup>14</sup> “*é a lesão sofrida pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico*”. Para melhor explicitar o seu pensar o insigne mestre complementa: “*danos morais, pois, seriam exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, à liberdade, à vida e à integridade física e corporal*”.

Dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade, sendo que hoje, o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial.

Com o advento do novo Código Civil e, cotejando os avanços doutrinários e jurisprudenciais, é possível afirmar, ainda, que o dano moral é toda agressão injusta àqueles bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, impossível de quantificação pecuniária, porém indenizável com tríplice finalidade: satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade.

Ensina o mestre Caio Mário da Silva Pereira<sup>15</sup>, que “*o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos*”.

Pode ser dito que nos dias atuais, nenhuma dúvida quanto a plena possibilidade de se compensar o dano moral, ou seja, o dano decorrente de alguma privação da tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a honra e os afetos pessoais, causando dor, tristeza etc.

Importante destacar que a dignidade humana foi elevada a um dos fundamentos básicos do Estado Brasileiro, sendo certo que na Constituição Federal de 1988 o legislador constituinte fez insculpir, já no primeiro artigo, dentre os fundamentos sobre os quais se assenta o Estado Democrático de Direito, a dignidade humana (CF, artigo 1º, III). Desta forma, temos hoje o que pode ser

chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade, com reflexos inevitáveis na conceituação de dano moral, na exata medida em que, os valores que compõem à dignidade humana são exatamente aqueles que dizem respeito aos valores íntimos da pessoa, tais como o direito à vida, à integridade física, à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros inerentes à dignidade humana que, em sendo violados, hão de ser reparados pela via da indenização por danos morais.

#### **4.8.3. Dano Material**

Com relação ao dano material, podendo ser chamado também de patrimonial, em sua maioria advém dos danos físicos, ou seja, possíveis lucros cessantes, contratação de novos profissionais para o tratamento, despesas médico-hospitalares, incluindo medicamentos, viagens etc.

Também podemos considerar como dano material, quando um paciente morre em decorrência de uma conduta inadequada do profissional da área da saúde e seus beneficiários privam-se da renda auferida pelo falecido.

*Análise de Ordenamento  
Jurídico em Outros Países*

---

## 5. ANÁLISE DE ORDENAMENTO JURÍDICO EM OUTROS PAÍSES

Oportuno destacar no presente trabalho, como se analisam o trato legal relacionado à matéria de responsabilidade civil do profissional da área da saúde, no direito aplicado a outros países, considerando que o princípio da responsabilidade civil advém do Direito Romano e este princípio, continua a ser o mesmo na grande maioria de legislações nos dias atuais.

O Código Civil francês é o padrão das legislações modernas, também conhecido como a grande lei da sociabilidade humana. Assim, a fonte inspiradora deste código, com relação ao tema, é a teoria clássica da responsabilidade extracontratual, sob o fundamento da culpa, como tratado em tópico anterior específico, ou seja, o mesmo conceito utilizado pelo legislador brasileiro, aplicando-se por inteiro à responsabilidade médica na França, o critério subjetivo de aferição da culpa.

Igualmente se apresenta esta teoria, no direito italiano, que inclusive, contempla causa de atenuação da indenização, proporcional ao grau da culpa do profissional, quando também o lesado concorre na ocorrência do dano.

Assim como no direito espanhol, que em muito se assemelha ao nosso ordenamento jurídico, pois em matéria de prova, aquele país se utiliza da incumbência do paciente provar qual este alegar culpa contratual, cabendo ao profissional, provar que agiu corretamente quando da alegação de culpa extracontratual.

Interessante estudo advindo do Cazaquistão<sup>16</sup>, traz uma teoria notável estudada naquele país, quando os autores definem uma teoria da medicina defensiva, sendo esta uma consequência de uma crise no relacionamento entre profissionais da área da saúde e a sociedade, sociedade esta que tem lavado as pessoas a considerar a medicina moderna como capaz de tratar qualquer doença e com isso, que os médicos se comportem oportunisticamente, em vez de fazer o que pensam realmente melhor para o interesse de seus pacientes. Os autores finalizam expondo que para reduzir o crescente comportamento defensivo dos médicos em todo o mundo, a descriminalização dos erros médicos e a garantia de que eles podem ser tratados em tribunais civis ou por organizações médicas em todos os países poderiam ajudar, mas não seria suficiente, pois estes profissionais devem ter o tempo que precisam com seus pacientes e devem fornecer ao raciocínio clínico a

importância que ele merece. As instituições devem apoiar os médicos que sofreram eventos adversos para os pacientes, e a mídia deve parar de relatar com evidências excessivas, presumindo erros médicos e submeter os médicos a "julgamentos públicos" antes de serem julgados no tribunal.

Na Argentina e demais países latinos, temos praticamente o mesmo entendimento que no Brasil, inclusive Jorge Mosset Iturraspe<sup>17</sup>, nos traz que o ato médico que se origina a responsabilidade civil, quando por ação ou omissão culposas, o médico causa dano ao paciente, viola o dever jurídico que lhe é cometido, de não agravar o estado de saúde do enfermo.

Já no direito inglês ou anglo-americano, este não possui o princípio geral sobre o tema como no direito francês e, por consequência, diferente do trazido pelo nosso país também, sendo que lá fora desenvolvida a noção de reparação de dano através das ações judiciais para análise do suposto erro médico, destinadas ao ressarcimento dos danos, sendo que destas demandas, se obtém um senso prático e chegando assim a uma interpretação de reparação de dano dos profissionais da área da saúde denominado *medical malpractice*<sup>18</sup>. Nessa formulação edificada pelas cortes, sobre a teoria da responsabilidade, predomina nestes países, o reconhecimento da negligência médica.

*Do Seguro*

---

## 6. DO SEGURO

No Brasil, o mercado segurador já oferece a profissionais da área da saúde e hospitais, a possibilidade de contratar Seguro de Responsabilidade Civil Profissional. Todavia, diferentemente do que ocorre em outros países, a procura por essa modalidade de seguro em nosso país ainda é extremamente pequena.

Tal situação pode ser explicada levando-se em conta as condições econômicas, sociais e culturais do país.

Como dito, diferentemente de países como Estados Unidos, Holanda, Alemanha, entre tantos outros da Europa em que é comum o profissional da área da saúde possuir seguro de responsabilidade civil caso ocorra alguma eventualidade com um paciente, no Brasil essa ideia é pouco difundida e as empresas que oferecem esse tipo de serviço ainda são poucas, até porque, como dito, a procura é pequena, apesar de o instituto do seguro estar difundido no Código Civil através do artigo 787 que dispõe que o segurador garante o pagamento das perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

Por causa de relações cada vez mais impessoais entre profissionais desta área e pacientes, serviços menos qualificados dos profissionais e cidadãos mais conscientizados dos seus direitos, há o aumento já dito no presente trabalho na busca do Poder Judiciário a fim de se reparar danos decorrentes de eventuais erros médicos. Porém, como os profissionais da área da saúde brasileiros, em sua maioria, ainda não possuem seguro, as reparações podem demorar um longo tempo para serem pagas já que, geralmente, são de alto valor e não poderão ser pagas sem sacrifício do patrimônio e sustento do profissional e de todos aqueles que dependem dele, ou podem até jamais serem pagas, pois citado profissional pode não possuir condições, tornando-se o paciente vítima de uma fatalidade na qual ele deverá se conformar, o que pode até ser considerado um absurdo levando-se em consideração que o mesmo já foi lesionado injustamente e precisa ser indenizado.

Ainda, necessário considerar a triste existência de “insegurança jurídica”, que nada mais é do que a incerteza acerca do alcance da justiça, ou sequer da tentativa de alcance, utilizando todas as formas permitidas pelo ordenamento jurídico, ou seja, a incerteza do cidadão, profissional ou paciente, de que serão utilizadas normas e garantias constitucionais e infraconstitucionais preestabelecidas para o julgamento das lides com o tema em questão.

Nesse ponto, destacamos também a subjetividade existente nas legislações pertinentes ao assunto e em grande parte da legislação pátria, amplamente discutida pela doutrina acerca da insegurança jurídica que gera, haja vista a imensa gama de interpretações possíveis do texto legal.

Desta forma, devido ao fato de a subjetividade abrir campo para interpretações diversas, ao passo em que haja a possibilidade de decisões que beneficiem uma parte, certamente existem interpretações que sejam em detrimento do interesse de outra.

E se durante milênios as ideias de justiça, de moralidade, as soluções para dilemas sociais, são pensadas, e exaustivamente discutidas, por geniosos pensadores e não se chegou a um consenso, não podemos considerar que um único ser humano possa tomar a decisão que possa ser considerada correta, a um das partes envolvidas, não sendo para a outra.

Tais fatos por si só podem descarecterizar a pessoalidade e subjetividade da análise do caso, aumentando vertiginosamente as chances de condenação, o que por consequência, se demonstra viável uma análise sobre esta modalidade de cobertura.

Um grande número de pessoas no Brasil ainda é contra o seguro de responsabilidade civil utilizando-se de uma desculpa sem qualquer lógica para defender tal posição, qual seja, que com o seguro poderá ser fomentada uma “indústria do erro médico”, no qual os valores de indenização serão altíssimos apenas porque os profissionais são segurados. Tal assertiva deste posicionamento advém do exemplo americano, no qual os valores das reparações alcançam patamares extremamente altos, porém no Brasil a situação é diferente. Temos que considerar que em outros países, o nível de renda da população é maior, os profissionais desta área possuem boa remuneração e os hospitais recebem muitas doações e incentivos, logo podendo pagar altas apólices de seguro e, por fim, podendo o paciente ter uma alta indenização. No Brasil, infelizmente, a situação não é a mesma, considerando que uma boa parte da população tem uma renda baixa e os profissionais, principalmente aqueles que trabalham em hospitais públicos, são, muitas vezes, mal remunerados. Sendo assim, o seguro servirá apenas para garantir que o paciente receba uma indenização integral e o profissional não precise desfazer-se de todo seu patrimônio para pagá-la.

Resta claro que existem vantagens e desvantagens sobre esse tema. Começando pelas desvantagens temos, entre outras, a já referida estimulação de processos contra os profissionais da área da saúde, já que assim, eles teriam como pagar, elevação dos custos dos serviços médicos e o fato que esse seguro cobre apenas o dano material e não o moral, dependendo do tipo do produto adquirido. Porém, sem dúvida as vantagens são bem mais atrativas: há uma melhor liquidação do dano, melhor forma de justiça social, livra o profissional e paciente de processos penosos e demorados e não depende da situação econômica do causador do dano para determinar o valor da indenização. Entidades representativas da classe médica são contra à adoção desse seguro pois afirmam que o profissional não tem seu patrimônio totalmente protegido já que ela se limita apenas ao dano material e estético, na grande maioria dos casos, deixando de fora o dano moral. Ainda existem argumentos defendendo que com o seguro, o profissional da área da saúde poderia ser menos diligente na sua profissão, pois este possui uma garantia caso venha a cometer algum erro. Tais argumentos não podem ser considerados, já que em relação ao dano moral, o encargo sobre o médico será menor, pois possui cobertura no dano material e estético. E não podemos considerar que o profissional possa ser menos diligente, pois, quando contratamos um seguro para o nosso carro, por exemplo, não desejamos que ele seja roubado ou que iremos dirigir de maneira perigosa, então por que um profissional da saúde contrataria um seguro para seus atos e seria menos diligente? Contratar o seguro significa apenas que o profissional erra como todos os outros profissionais e que quando, ou se ele errar, terá um mínimo de proteção para reparar as despesas do dano.

### **6.1. A necessidade de criação de um seguro obrigatório para profissionais da área da saúde**

Ante o trazido no tópico anterior, um seguro obrigatório sobre danos causados por profissionais da área da saúde, poderia ser implantado no nosso país, com a finalidade óbvia de proteção daquele em tese prejudicado e seus familiares. Esse seguro cobriria custos de uma indenização de danos causados ao paciente em decorrência de possíveis erros médicos, devido à culpa subjetiva, negligência, imprudência e imperícia, itens estes já explicados anteriormente, de acordo e dentro dos limites do contrato entabulado entre o profissional e empresa de seguros,

restando claro que este seguro seria um método eficaz de defesa do profissional em sua tarefa específica e difícil em face da responsabilidade civil, que como já explicado também, é um risco potencial e de grande mutação econômica.

Com este seguro, duas principais situações já citadas acima, seriam garantidas, quais sejam: se o profissional não tem uma situação financeira compatível para reparar um dano, o paciente seria devidamente ressarcido e sua situação amenizada, além de ser menos uma ação judicial proposta, que por muitas vezes geram grandes esperas de decisões judiciais imprevisíveis e ainda, podendo o estado economizar numa possível procura à previdência social para tratamento; e também, o patrimônio do profissional estaria totalmente protegido, haja vista sua atividade ser de grande risco como já explicitado anteriormente.

Como já dito, os profissionais da área da saúde ainda têm a ideia de serem condenados em um processo judicial como hipótese bastante remota, razão pela qual não vislumbram a necessidade ou conveniência de se contratar um seguro de tal natureza, entretanto, a grande maioria dos profissionais brasileiros encontra-se ou atendendo junto ao Sistema Único de Saúde, empregada em hospitais ou vinculada a planos de saúde e analisando nosso Sistema Único de Saúde, responsável pela esmagadora maioria dos atendimentos da área da saúde realizados aqui, e que se encontra, grande parte, em situação calamitosa em diversas localidades, o que demonstra a flagrante impossibilidade de se embutir no valor da consulta o custo do prêmio de um seguro, o que por si só demonstra-se como necessidade, o estudo da viabilidade de uma contratação obrigatória deste instrumento nos hospitais públicos de nosso país.

*Conclusão*

---

## 7. CONCLUSÃO

Como verificado neste trabalho, há crescente número perante o judiciário brasileiro, de demandas do chamado “erro médico”, inclusive, de sentenças eivadas de sentimentalismo, onde são excluídos requisitos tipificados legalmente para caracterização do dever de indenizar do profissional.

O direito não pode ser impulsionado apenas por um "sentimento de justiça" ou sob a máxima "que o justo paga pelo pecador". O direito sempre deve se basear em fundamentos técnicos e dogmáticos, que são condição para a manutenção da segurança jurídica pátria, pois se permitirmos o contrário, teremos uma insegurança, lesando os princípios da legalidade e igualdade.

Este sentimentalismo exacerbado acaba rompendo com requisitos legais tipificados que prescrevem os requisitos mínimos capazes a gerar o dever de indenizar. A culpa, como visto, tem sempre que ser o requisito primordial para dar ensejo a responsabilidade civil, requisito este que vem sendo mitigado pelas interpretações jurisprudenciais onde aplica-se o Código de Defesa do Consumidor a uma relação atípica, personalíssima, onde a obrigação é de meio, e não de resultado.

A prova da culpa, como um dos requisitos essenciais para ensejar o dever de indenizar do profissional liberal, pode ser invertida, quando consideramos caracterizar algumas especialidades como tendo a obrigação de resultado, sendo a culpa do profissional presumida.

Porém, cabe destacar que em matéria de prova a presunção deve ser legal e há que se admitir, a respeito da culpa presumida, que inexistente tal previsão em nosso ordenamento capaz de modificar a distribuição do ônus probatório, figurando o tema como fruto de criação doutrinária e jurisprudencial, que, com a devida vênia, há que admitir maior reflexão.

Infelizmente, o profissional da área da saúde vem sendo exposto a uma desvantagem exagerada junto aos julgadores nas demandas do dito "erro médico", que buscam em um verdadeiro sentimentalismo jurídico a proteção a todo custo do paciente e, nesta proteção os julgadores acabam desviando do correto, gerando a erosão do direito e dos requisitos que ensejam o dever de indenizar e, por consequência, lesando princípios fundamentais do direito.

Ante tudo isso, verificou-se o quão importante o estudo e a conscientização da problemática que envolve uma possível indústria do “erro médico” no Brasil. Temos que imaginar que as consequências da fomentação da proteção do paciente a qualquer custo trará herança desastrosa para a comunidade. Portanto, indispensável que os operadores do direito tenham maior interação sobre o assunto, extinguindo pré-suposições e pré-conceitos, amparando esta classe nas demandas infundadas de erros imaginários perpetradas por pacientes.

Cabe uma conscientização do verdadeiro fundamento da justiça no tema em comento, despedindo de sentimentalismos e pré-suposições perpetradas por alguns julgadores, que em grande parte são leigos em medicina, onde foram criadas teorias de culpa presumida, e outras formas de direito descomprometido com a justiça.

Ademais, entender que a obrigação do profissional da área de saúde seria sempre a de resultado, é julgá-lo como Deus, ou seja, responsabilizar esse profissional pelas reações orgânicas de um corpo humano é extremar sua responsabilidade, ignorando a falibilidade da própria medicina e do próprio profissional que pode contar exclusivamente com seu conhecimento técnico. Sendo, ainda, uma afronta ao próprio diploma do Código de Defesa do Consumidor, que determina que a responsabilidade do profissional liberal será apurada mediante verificação de culpa.

Neste ponto, após todos os fundamentos transcritos, há necessidade de uma revisão na consideração da natureza da obrigação do profissional da área da saúde, adequando-a à sua verdadeira natureza, sob o ponto de vista científico; isto é, o resultado dependerá também de fatores relacionados ao próprio paciente, além da técnica e preparo do profissional.

Um suposto erro médico pode ser uma consequência de várias situações, mas como visto, não temos dúvidas de que estabelecer uma boa relação entre profissional e paciente, baseada no respeito à pessoa, poderia evitar suas referidas ocorrências e, por consequência, a maioria dos processos judiciais. A concretização de uma relação empática, palavra esta que deve ser muito considerada nos dias atuais, poderia permitir uma maior confiança com o paciente e, também, com seus familiares, podendo ser este um caminho para evitar situações inseguras e o aumento das de erros médicos.

Também se verificou que ainda há uma grande dificuldade em assumir o erro, o que impede a ação de tomada de consciência em relação ao problema no Brasil. Neste sentido, o erro precisa ser encarado como um fato intrínseco à realidade da área de saúde, para que a sua forma de aceitação, tratamento e conduta tenham um peso e culpa menores. Erros sempre podem acontecer, porém minimiza-los requer, primeiramente, a aceitação de sua existência. Para isso, os profissionais da área da saúde precisam entender a problematização e por consequência, adotar os protocolos corretos, a fim de evitar qualquer tipo de negligência, imprudência ou imperícia e, se isto ainda acontecer, acatar sua responsabilidade no erro.

Concluiu-se, também, após verificados diversos estudos, que uma série de fatores pode influenciar na ocorrência do erro médico, podendo ocorrer deficiência da formação profissional, falha na relação profissional-paciente e a falta de condições ideais de trabalho. Temos assim, que se torna necessário priorizar o ensino no sentido de fortalecer virtudes que favorecem uma melhora na relação com o paciente, como humanismo e empatia, palavras primordiais para uma possível melhora deste quadro em nosso país.

## *Referências*

---

## 8. REFERÊNCIAS

1. Diniz MH. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. Vol. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
2. Nery Junior N, Nery RMA. Código Civil Comentado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
3. Gonçalves CR. Responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
4. Lopes LA. A responsabilidade pós-contratual no direito civil. *In*: Revista Eletrônica do Curso de Direito Da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, v. 1, n. 3. pp. 44-54, nov. 2006. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2019.
5. Venosa, SS. Direito civil: responsabilidade civil. Vol. 4. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
6. Gomes O. Obrigações. Atualizador: Edvaldo Brito. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
7. Vieira LC. Responsabilidade civil médica e seguro: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
8. Aguiar Júnior, RR. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
9. Possari, JF. Prontuário do Paciente e os Registros de Enfermagem. São Paulo: Iátria, 2005.
10. Meirelles, HL. Direito Administrativo Brasileiro, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
11. Kallas Filho, E. O fato da técnica: excludentes da responsabilidade civil do médico. São Paulo: Revista de Direito Sanitário, 2013.
12. De Cupis, A. Il danno. Teoria generale dela responsabilità civile: 1. Milão, Itália: Ed. Giuffré, 1980.

13. Lopez, TA. O dano estético: Responsabilidade civil, 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.
14. Silva WM. O dano moral e sua reparação, 3. ed. (histórica). Rio de Janeiro: Forense, 1999.
15. Pereira da Silva, CM. Responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
16. Vento S, Cainelli F, Vallone A. Defensive medicine: It is time to finally slow down an epidemic. *World J Clin Cases* 2018; 6(11): 406-409 Disponível em: <http://www.wjgnet.com/2307-8960/full/v6/i11/406.htm> DOI: <http://dx.doi.org/10.12998/wjcc.v6.i11.406>
17. Iturraspe JM. Responsabilidad civil del médico. Bueno Aires: Astrea, 1979.
18. King Jr JH. The law of medical malpractice. 2 ed. St. Paul: West Publishing, 1986.

# *Bibliografia Consultada*

---

## 9. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Brasil. Código Civil brasileiro: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2019.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: 2019.

Brasil. Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso: 2019.

Barroso LR. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

Castro AA, Trad CM. Responsabilidade civil por erro médico: a culpa médica e a liquidação dos danos. *In*: VII Encontro de Iniciação Científica do Curso de Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Curso de Graduação em Direito. Programa de Mestrado em Direito, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 89-117, 17-19 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pic/publicacoes/VII.pdf>>. Acesso em: 20 de Maio de 2018.

Cavaliere Filho S. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005.

Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1246/1988. Código de Ética Médica. Diário Oficial da União. 26 jan 1988.

Dallegre Neto, JA. Responsabilidade civil pré e pós-contratual no direito do trabalho. *In*: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região, Curitiba, v. 29, n. 53, pp. 53-70, jul.-dez. 2004. Disponível em: <[http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/arquivo\\_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1502109](http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1502109)>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

Dantas APA. Reflexões sobre o sentido da culpa na responsabilidade civil. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2007. Monografia apresentada como pré-requisito para a conclusão do Curso de Graduação de Bacharel em Direito.

Freitas J. A interpretação sistemática do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Gagliano OS, Pamplona Filho R. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. Vol. 3. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.

Giostri HT. Erro médico: a luz da jurisprudência comentada. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

Kfouri Neto M. Responsabilidade civil do médico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Kohn LT, Corrigan JM, Donaldson MS, eds. To err is human: building a safer health system. Washington: National Academy Press, 2000.

Lester H, Tritter JQ. Medical error: a discussion of the medical construction of error and suggestions for reforms of medical education to decrease error. Med Educ. 2001; Sep; 35(9): 855-61.

Marinoni, LG. Tutela inibitória: individual e coletiva. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

Oliveira SG. Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ltr, 2009.

Rodrigues S. Direito civil: responsabilidade civil. Vol. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Sandel, MJ. Justiça: O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

Serpa Lopes MM. Curso de direito civil: fontes das obrigações e contratos. Vol. 3. 7. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

Stoco R. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisdicional. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Venosa SS. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. Vol. 2. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Vieira LC. Responsabilidade civil médica e seguro: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

*Anexo*

---

## 10. ANEXO

## 10.1 Anexo A: Parecer favorável do Comitê de Ética em Pesquisa



unesp

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA  
"JÚLIO DE MESQUITA FILHO"  
Campus de Botucatu

Telefone: (14) 38801608/3880-1609/3880-1313  
e-mail secretaria: [kheber@fmb.unesp.br](mailto:kheber@fmb.unesp.br) / [grazieia@fmb.unesp.br](mailto:grazieia@fmb.unesp.br)  
e-mail coordenação: [smolina@fmb.unesp.br](mailto:smolina@fmb.unesp.br)

Endereço: Chácara Buttignolli s/n – Rubião Júnior – Botucatu –  
SP

Fis. 27  
Proc. 3264/2017  
Rub. 2

Comitê de Ética em Pesquisa  
em Seres Humanos

*Ética*  
20 anos

Registrado na CONEP em 30/04/1997

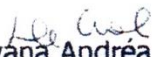
Botucatu, 01 de setembro de 2017

Of. 133/2017-CEP

Ilustríssima Senhora  
Profa. Dra. Daniele Cristina Catâneo  
Departamento de Cirurgia e Ortopedia da  
Faculdade de Medicina de Botucatu

Com referência a pesquisa "**Erro médico - Estudo comparado da responsabilidade civil do profissional da saúde**", a ser conduzido por Nuno Augusto Pereira Garcia, orientada por Vossa Senhoria, informo que não necessitará de parecer ético, haja vista tratar-se de estudo envolvendo revisão de literatura.

Atenciosamente,

  
Prof. Dra. Silvana Andréa Molina Lima  
Coordenador do CEP