

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS – CCSA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ANA LUIZA DA COSTA LIMA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO ÂMBITO DO SUS

TERESINA

2017

ANA LUIZA DA COSTA LIMA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO ÂMBITO DO SUS

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí – Campus Torquato Neto como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. João Ricardo Imperes Lira

TERESINA

2017

ANA LUIZA DA COSTA LIMA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO ÂMBITO DO SUS

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sobre Direito Civil – Responsabilidade Civil.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. João Ricardo Imperes Lira – UESPI
Orientador

Profa. PhD. Adeilda Coelho de Resende
Examinadora

Profa. Dra. Liana Chaib
Examinadora

Dedico este trabalho aos meus pais e familiares, em especial à minha mãe, sempre presente, uma verdadeira inspiração e estímulo para que eu nunca desista dos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me dar forças para chegar até aqui, mesmo com as dificuldades, e por todas as conquistas que já alcancei.

Agradeço ao meu Professor orientador, João Ricardo Imperes Lira, por repassar seus conhecimentos, pela atenção e incentivo para que eu não desistisse, sendo fundamental para a realização deste trabalho.

Agradeço aos meus familiares, que são minha base, por todo apoio que sempre me deram, que foi fundamental para a realização desse sonho.

Agradeço ao meu namorado, por toda a paciência e incentivo, sempre me estimulando a seguir em frente e apoiando todas as minhas escolhas.

Agradeço às minhas amigas, companheiras de vida, que estão comigo desde o ensino fundamental, torcendo pelas minhas conquistas e acreditando no meu potencial.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A aprovação desta Monografia não significará endosso do professor Orientador, da banca examinadora ou da Universidade Estadual do Piauí – UESPI às ideias, opiniões e ideologias constantes no trabalho. A responsabilidade é inteiramente da autora.

Teresina, _____ de _____ de _____

Ana Luiza da Costa Lima

RESUMO

O presente trabalho, de cunho bibliográfico, visa tratar da responsabilização civil por erro médico no âmbito do Sistema único de Saúde - SUS, um tema ainda bastante discutido, mesmo com os avanços ocorridos na área da saúde, no que tange à implantação de novas tecnologias, protocolos clínicos e ao próprio SUS, sistema articulado que propicia uma melhor distribuição de competências entre os entes federativos e uniformiza o atendimento na rede pública de saúde, para que o acesso ocorra de forma universal e igualitária. Será traçado um panorama acerca das questões que envolvem o erro, a fim de esclarecer como e, em quais circunstâncias o médico pode ser responsabilizado por ato praticado no exercício de sua profissão, já que a prática da medicina por vezes pode gerar lesões, danos, os quais, nem sempre, decorrem de conduta culposa ou dolosa do profissional, tendo em vista que alguns tratamentos são de risco e, mesmo com esse conhecimento, devem ser aplicados por se tratar de único meio de curar ou diminuir as consequências de determinada patologia. Por outro lado, assim como em outras profissões, os médicos estão suscetíveis a erro e os mesmos não podem se eximir da responsabilidade, mas, para tanto, deve-se apurar a culpa ou dolo do profissional, pois o regime de responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva, considerada regra geral para o Direito Civil. Serão esclarecidos aspectos inerentes à responsabilidade civil, bem como seus elementos, espécies, além de explanar sobre responsabilidade quando no âmbito da administração pública, tendo em vista que o Sistema Único de Saúde – SUS é de atribuição dos entes federativos. Um dos objetivos também será identificar quem ocupa o polo passivo nas ações judiciais, quando o erro for observado em hospitais públicos ou conveniados ao SUS e tecer uma breve análise da complexidade de apuração de tais erros, apontando as formas como os médicos podem se prevenir de futuras judicializações.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Erro médico. Culpa. Reparação de dano. Hospitais públicos.

ABSTRACT

The present work, of a bibliographical nature, aims to deal with civil liability for medical error in the scope of the Single Health System - SUS, a topic still quite discussed, even with advances in the health area, regarding the implantation of new technologies, clinical protocols and the SUS itself, an artificial system that provides a better distribution of competencies among federal entities and standardizes healthcare in the public health network, so that access occurs in a universal and egalitarian way. An overview will be drawn on the issues surrounding the error in order to clarify how, and in what circumstances, the physician may be held liable for an act practiced in the exercise of his or her profession, since medical practice can sometimes lead to injury, damage, which are not always the result of the guilty or malicious conduct of the professional, in view of the fact that some treatments are risky and, even with this knowledge, they should be applied because it is the only means of curing or reducing the consequences of a certain pathology. On the other hand, as in other professions, physicians are susceptible to error and they can not be exempt from responsibility, but, for that, it must be ascertained the guilt or malice of the professional, since the regime of responsibility of the liberal professionals is subjective, considered a general rule for Civil Law. It will be clarified aspects inherent in civil liability, as well as its elements, species, as well as explaining responsibility when in the scope of public administration, given that the Unified Health System - SUS is attributed to federative entities. One of the objectives will also be to identify who occupies the passive pole in the judicial actions, when the error is observed in public hospitals or agreed to SUS and to provide a brief analysis of the complexity of calculating such errors.

Keywords: Civil liability. Medical error. Fault. Damage repair. Public hospitals.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 ERRO MÉDICO	11
1.1 Contextualização histórica	11
1.2 Definições importantes	12
1.2.1 Erro médico x Resultado adverso	13
1.3 Tipos de erros	14
1.3.1 Erros de prescrição de medicamentos	14
1.3.2 Erros cirúrgicos	14
1.3.3 Erros de diagnóstico.....	15
1.3.4 Erros na transferência de pacientes e na troca de informações.....	15
1.3.5 Erros de trabalho em equipe e de comunicação	16
1.3.6 Infecções hospitalares.....	16
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	18
2.1 Elementos	19
2.2 Responsabilidade subjetiva e Responsabilidade objetiva	22
2.3 Responsabilidade civil do médico	23
3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS E A SAÚDE PÚBLICA	27
3.1 Responsabilidade objetiva do gestor público	28
3.2 Legitimidade passiva nas ações por erro médico no SUS	30
4 O PARALELO ENTRE A COMPENSAÇÃO DO LESADO E A CULPA DO PROFISSIONAL	34
4.1 Dificuldade de apuração dos erros médicos	34
4.2 Prejuízos de condenações injustas e a importância da judicialização em casos de erros de maus profissionais	36
4.3 Ações que protegem os médicos de eventuais demandas judiciais	38
4.3.1 Dever de informação e Termo de Consentimento Informado	38
4.3.2 Prontuário médico	39
4.3.3 Perda de uma chance	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

O Direito Civil é o ramo do Direito que trata do conjunto de normas reguladoras dos direitos e obrigações de ordem privada concernente às pessoas, aos seus direitos e obrigações, aos bens e às suas relações, enquanto membros da sociedade.

Uma das relações que tem se destacado no cenário jurídico é a relação entre médico e paciente, ganhando relevância quando o profissional atua em nome do Estado, como agente público, prestador de serviço no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

O trabalho, ao abordar o tema, irá demonstrar como se dá a responsabilidade civil do médico, através da constatação do elemento culpa, como essencial para que se verifique tal responsabilização, podendo ser demandado e, conseqüentemente, impelido ao pagamento de indenização.

Para tanto, é de suma importância traçar todo o caminho que levou o erro médico às cortes jurídicas, desde os períodos mais remotos, até a atual configuração, para que a pretensão do trabalho seja fielmente atendida. Desse modo, serão demonstradas as formas como um profissional da medicina pode incorrer em erro, quando da prática de sua função e também quando a morbidade ou mortalidade forem ocasionadas por situações alheias à sua vontade, o que afasta sua responsabilização.

A teoria do risco administrativo será oportunamente abordada, afinal não se pode falar em erro cometido por médico na saúde pública sem citar tal teoria, afinal quando se trata de médico que exerce atividade na rede pública, por essa teoria, o Estado deve ser responsabilizado pela conduta desses profissionais, podendo, por sua vez, demandar daquele em ação regressiva.

A legislação do Sistema único de Saúde – SUS preconiza a promoção de uma saúde digna à população que necessita do serviço e nisso está incluso um bom aparato de profissionais, os quais exerçam seu papel de acordo com a ética e que tenham a possibilidade, através de um local de trabalho apto e equipado, de restabelecer a saúde dos pacientes, dessa maneira, a Lei nº 8.080/90 também será analisada, para fins de apuração da responsabilidade pelos erros cometidos nos ambientes em que vigoram suas diretrizes.

Por fim, será feito o paralelo entre a compensação do lesado e a culpa do profissional, de modo a abordar os fatores que levam a dificultar a apuração dos erros médicos, destacar a importância da judicialização para coibir atos dos maus profissionais, passando por uma demonstração dos prejuízos causados por uma culpabilização errônea dos mesmos e apontando os meios pelos quais eles podem se proteger de eventuais demandas judiciais.

Então, ao longo dos capítulos, se discorrerá todos esses aspectos importantes e pertinentes à análise do tema, de modo a responder aos questionamentos objetivados, quais sejam: como e em quais circunstâncias o médico pode ser responsabilizado por ato praticado no exercício de sua profissão; quais os elementos que compõem a responsabilidade civil e suas espécies; identificar quem ocupa o polo passivo nas ações judiciais, quando o erro for observado em hospitais públicos ou conveniados ao SUS; quais os entraves à apuração dos erros médicos, bem como os malefícios à qualidade do serviço quando os médicos são alvos de condenações injustas; e, por fim, os meios que esses profissionais podem utilizar para proteção de eventuais demandas judiciais.

Serão lançadas bases para um maior entendimento do assunto e, por oportuno, esclarecido como tudo se delineia de forma prática, já que a análise da responsabilidade por erro médico pode ser apurada de formas diferentes, dependendo do modo como o médico atua, se de forma liberal ou como agente público, integrado a uma rede comandada pelo Estado.

1 ERRO MÉDICO

1.1 Contextualização histórica

O erro médico já era objeto de discussão nas antigas civilizações, por meio de leis e costumes aplicáveis ao tempo, como o Código de Hamurabi (1649 a.C) que estabelecia em seu art. 218: “Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata, ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, dever-se-lhe-á cortar as mãos”.

Segundo Melo:

[...] o primeiro documento histórico que tratou especificadamente do erro médico e, portanto, da responsabilização do profissional foi o Código de Hamurabi. Esse código impunha ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão, caso contrário, poderia o profissional sofrer severas penas que podiam significar, inclusive, a amputação de sua mão. Tais penas eram aplicadas nos casos de morte ou lesões graves aos pacientes homens livres, pois se referisse a escravo ou animal a previsão de pena era apenas ressarcimento do dano. A ideia presente no Código de Hamurabi, no Código de Manu e posteriormente na Lei das XII Taboas, era de punição. Aqueles povos edificaram tais normas, impregnadas de fortes componentes penal, com a finalidade de constranger e inibir a prática dos atos ditos ilícitos. (MELO, 2008, p. 04).

Da parte IV da obra *Iniciação à bioética* (1998), do Conselho Federal de Medicina, pode-se extrair que “há registros de que outros povos antigos, como os Visigodos e Ostrogodos, entregavam o médico à família do doente que faleceu por suposta imperícia do profissional, para que o justicassem da forma que quisessem”.

Assim como:

Outros códigos antigos, como o livro dos Vedas, o Levítico, já estabeleciam penas para os médicos que não aplicassem com rigor a medicina da época. Assim, eles poderiam ter as mãos decepadas ou perder a própria vida se o paciente ficasse cego ou viesse a falecer, quando este fosse um cidadão e, se escravo fosse, indenizariam o senhor com outro servo (COSTA; OSELKA; GARRAFA 1998, p.245).

Ainda na referida obra, os colaboradores dispõem que os egípcios também tinham por tradição punir o médico, quando este se afastava do cumprimento das normas e, ainda que o enfermo se recuperasse, o médico ainda estaria sujeito a várias penas, inclusive a morte. “Conta-se que Alexandre Magno mandou crucificar Clauco, médico de Efésio, por haver este sucumbido em consequência de uma

infração dietética, enquanto o médico se encontrava em um teatro”. Na sequência, em continuidade à análise histórica, acrescenta-se:

Em Roma, à época do Império, não era diferente, os médicos pagavam indenização pela morte de um escravo e com a pena capital a morte de um cidadão, quando considerados culpados por imperícia pela Lei Aquília. Na Idade Média, a rainha Astrogilda exigiu do rei, seu marido, que fossem com ela enterrados os dois médicos que a trataram, aos quais atribuía o insucesso no tratamento. (COSTA; OSELKA; GARRAFA 1998, p.245).

Robert M. Wachter, em sua obra *Compreendendo a Segurança do Paciente*, constata que com a publicação, pelo *Institute of Medicine* (IOM), do relatório *Errar é Humano (To Err is Human: Building a Safer Health System)*, o qual estimou que, nos anos 90, entre 44.000 e 98.000 americanos morriam por ano, devido a erros na assistência à saúde, mudou a visão acerca desses que eram considerados infortúnios, consequência do exercício da medicina.

1.2 Definições importantes

Após essa breve contextualização histórica, faz-se necessário apresentar alguns conceitos que podem ser úteis para uma melhor compreensão do trabalho.

O erro ou a má prática médica pode ser conceituada como a conduta inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir dano à vida ou agravo à saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência, conforme entendimento do Conselho Regional de Medicina de São Paulo – CREMESP, já que só se verifica o erro quando há dano ou agravo à saúde de terceiro.

Na negligência, alguém deixa de tomar uma atitude ou apresentar conduta que era esperada para a situação. Age com descuido, indiferença ou desatenção, não tomando as devidas precauções.

A imprudência, por sua vez, pressupõe uma ação precipitada e sem cautela. A pessoa não deixa de fazer algo, não é uma conduta omissiva como a negligência. Na imprudência, ela age, mas toma uma atitude diversa da esperada.

Para que seja configurada a imperícia é necessário constatar a inaptidão, ignorância, falta de qualificação técnica, teórica ou prática, ou ausência de conhecimentos elementares e básicos da profissão. Um médico sem habilitação em

cirurgia plástica que realize uma operação e cause deformidade em alguém pode ser acusado de imperícia.

A ação ou inação do médico, no exercício da profissão, sem a intenção de cometê-lo, é tratado como desvio de comportamento do médico na execução do seu trabalho, o qual se tivesse sido realizado de acordo com os parâmetros devidamente estabelecidos, não teria ocasionado dano a terceiro.

1.2.1 Erro médico x Resultado adverso

Erro médico é definido por Giostri (2005, p. 125) “como uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional”.

O erro médico resulta da falha dos deveres de cuidado exigidos de um profissional e que resultam em danos ao paciente, nesse caso, o resultado é imprevisível, obtido pelo emprego de condutas equivocadas. Já no resultado adverso, o médico atuou com todos os meios para a recuperação e satisfação do paciente, mas sobrevieram resultados diversos do pretendido, no entanto, em virtude de especificidades de cada paciente, tal resultado era passível de ocorrer.

Wachter (2010) estabelece uma importante diferenciação entre eventos adversos e mortalidade em decorrência da própria doença, isso porque o evento adverso é consequência de um cuidado de saúde, ou seja, a morbidade ou mortalidade advém de procedimentos médicos.

Ainda, segundo o supracitado autor, os eventos adversos se subdividem em adversos evitáveis e não evitáveis. Os eventos adversos evitáveis são aqueles que resultam de erros na prestação dos cuidados de saúde, enquanto os não evitáveis, mesmo sendo fornecido tratamento adequado, sobrevêm complicações aceitáveis de procedimento cirúrgico ou efeitos colaterais de medicamentos.

É possível diferenciar o erro médico oriundo do acidente imprevisível e do resultado incontrollável. Acidente imprevisível é o resultado lesivo, oriundo de caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto ou evitado, qualquer que seja o autor em idênticas circunstâncias, ou seja, o resultado seria o mesmo, ainda que o procedimento fosse executado por outro profissional. Já o resultado incontrollável é o decorrente de situação irreversível, próprio da evolução da patologia, quando a medicina não dispõe de solução para o caso.

1.3 Tipos de erros

Dessa forma, é pertinente acrescentar que existem algumas categorias de erros que podem ser praticados por esses trabalhadores. Wachter (2010) numera alguns exemplos de erros que são passíveis de ser cometidos pelos profissionais da medicina, quando da prestação de assistência à saúde.

1.3.1 Erros de prescrição de medicamentos

Devido ao grande volume de fármacos disponibilizados, atualmente, ocorreu também um aumento na complexidade de prescrição e administração desses produtos. Ainda quando administrados durante a hospitalização do paciente, este está sujeito a um efeito colateral ou a um erro inerente à prescrição, além da venda indiscriminada de medicamentos, fazendo com que muitas pessoas se automediquem, prática bastante perigosa.

A verdade é que muitos fatores podem levar a um erro de prescrição de medicamento, alguns apontados pelo autor acima mencionado são: erro ocasionado pela grafia ilegível, medicamento errado, dose errada, falha ao considerar alergias, ou interações entre fármacos, ou até com a alimentação, além dos erros na administração do medicamento, falha de monitoramento e uma que deve ser sempre considerada, falha dos próprios pacientes, como não seguir as instruções de forma adequada ou acondicionamento da medicação em recipientes inadequados.

1.3.2 Erros cirúrgicos

O autor é claro ao falar que com os avanços em segurança na área da saúde, as cirurgias passaram a ser extremamente seguras e mortes relacionadas com anestésias são raras. Porém, não descarta a ocorrência de erros em cirurgias, principalmente, quando relacionados a complicações de segurança associadas à anestesia, à cirurgia em sítio cirúrgico errado ou paciente errado e à retenção de corpos estranhos.

Assim como nos demais tipos, as complicações cirúrgicas podem ocorrer, apesar do emprego de grande zelo pelo profissional, enquanto outras são causadas

por erros resultado de negligência médica, quando da ausência do cuidado devido, para um bom desempenho.

1.3.3 Erros de diagnóstico

Wachter (2010) pontua que muitos dos erros já abordados e que ainda serão citados podem sofrer drástica redução com a obtenção de melhorias, através de soluções tecnológicas, o que não acontece com os erros de diagnósticos e, por esse motivo, esse tipo de erro não recebe muito enfoque, haja vista a dificuldade de medir e estabelecer.

Nas palavras do autor: “À primeira vista, erros diagnósticos parecem representar falhas humanas – falhas puras de conhecimento”, e isso se dá porque o diagnóstico exige mais treinamento e habilidades, ou seja, o médico precisa fazer uso de seus conhecimentos para realizar a correta associação entre os sintomas e a provável causa ou patologia.

Tais erros podem ser letais, pois um diagnóstico errôneo levará a uma sequência de falhas, já que serão adotadas medidas incompatíveis com o verdadeiro mal que acomete o paciente, poderão ser prescritos medicamentos inadequados, o paciente pode ser liberado, quando deveria permanecer no hospital, dentre tantas outras consequências que, possivelmente, agravarão o quadro clínico do paciente ou o levarão a óbito.

1.3.4 Erros na transferência de pacientes e na troca de informações

Esses erros, segundo o autor, estão entre os mais comuns e de maiores consequências para os pacientes, mas que, apesar dessa informação, eles não eram tão levados em consideração, visto que se observam nas relações profissionais, o que provocaria um maior receio na sua abordagem.

Robert Wachter (2010) reconhece dois tipos de erros de transferência de pacientes e troca de informações:

O primeiro está relacionado com os pacientes, na medida em que um paciente se move de lugar para lugar, dentro do sistema de saúde, e também no mesmo prédio ou de uma área para outra. O segundo tipo de falha de transição ocorre mesmo quando o paciente está parado, porque há

muitas trocas de informação que ocorrem entre os profissionais de saúde. (WACHTER, 2010, p. 104).

Mesmo com grandes chances de ocorrerem perdas de informações com as transições entre pacientes e profissionais de saúde, o autor afirma que as pesquisas têm demonstrado que os pacientes sofrem pioras nos seus quadros clínicos, quando esses profissionais trabalham por turnos mais longos, ou seja, as transições não apresentam apenas pontos negativos, elas são necessárias ao bom desempenho do trabalho.

1.3.5 Erros de trabalho em equipe e de comunicação

Na obra é ressaltada a importância do trabalho em equipe, de modo a diminuir a distância entre aquele que ocupa o cargo mais elevado na hierarquia e os que ocupam os mais baixos, demonstrando que quando os profissionais se sentem mais confortáveis para levar as preocupações que lhes afligem ao seu líder, é notória a redução dos riscos de cometimento de erros e, por conseguinte, a criação de uma cultura de segurança.

Desse modo, o maior obstáculo seria a falta de comunicação provocada, muitas vezes, pela ideia equivocada que muitos líderes possuem de que não precisam repassar informações aos demais, de que podem resolver eventuais problemas sozinhos, e assim, criando uma polaridade e não uma equipe, esta que se baseia na troca e na liberdade de comunicação, diminuindo os níveis de autoridade.

1.3.6 Infecções hospitalares

As infecções hospitalares não eram vistas como problemas relativos à segurança do paciente, pontua o autor, mas ocorreu uma mudança nessa visão, passando a ser dada a devida importância a essas infecções e valorizando a prevenção.

São apontadas as causas mais comuns de infecções: infecções de sítio cirúrgico, pneumonias associadas à ventilação mecânica, infecções associadas a cateteres e infecções do trato urinário associadas à assistência a saúde. De um modo geral, o autor ressalta que para uma maior eficiência na redução dos casos de

infecção, faz-se necessário investir em pessoal, para coletar dados e realizar um controle de segurança, a fim de minimizar tais erros.

Pode ser considerado erro médico a recusa ao atendimento nos hospitais públicos, ou seja, o não atendimento que leva pacientes a piora no quadro clínico, lesões graves ou até a óbito, fruto de uma negligência, pois não só a conduta comissiva provoca danos, mas a omissiva também.

Após uma análise do erro ao longo da história, bem como da acepção do termo, diferenciação de resultado adverso e demonstração dos seus tipos, é possível partir para o eixo da pesquisa, que é a responsabilidade civil e suas nuances.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves, em seu famoso “Responsabilidade Civil” (2007, p.18):

A palavra responsabilidade origina-se do latim re-spondere, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou composição do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.

Tartuce (2016) dispõe que a responsabilidade civil nasce do descumprimento de uma obrigação pactuada em um contrato ou pela inobservância de norma que regula os atos da vida civil. Há duas espécies de responsabilidade civil: contratual ou negocial e extracontratual, também denominada de responsabilidade civil aquiliana.

A *Lex Aquilia de Damno* surgiu no Direito Romano, no qual a responsabilidade civil dispensava a comprovação da culpa e essa era a regra à época. Nesse sentido, era aplicada a pena de Talião, prevista na Lei das XII Tábuas, que tinha como premissa “olho por olho, dente por dente”, ou seja, o dano que era causado a alguém, deveria ser aplicado, na mesma proporção, ao autor.

A forma como a responsabilidade civil era tratada no Direito Romano serviu como parâmetro para uma nova análise, tendo em vista que poderiam ocorrer injustiças, sem a devida apuração do elemento culpa. Dessa forma, a responsabilidade mediante culpa passou a figurar como regra em todo o Direito Comparado, servindo como influência para as diversas codificações, inclusive para o Código Civil Brasileiro de 1916 e o atual, de 2002.

A responsabilidade civil contratual ou negocial ocorre pelo inadimplemento de uma obrigação pela qual respondem todos os bens do devedor, ressalvados aqueles que estão protegidos pela impenhorabilidade, como os bens de família. Já a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana é aquela baseada no ato ilícito e no abuso de direito. Porém, apesar dessa divisão, muitos doutrinadores a consideram desnecessária, já que ambas são regidas pelos mesmos princípios e regras, como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor.

2.1 Elementos

A doutrina majoritária aponta a existência de quatro elementos do dever de indenizar, são eles: conduta humana, culpa genérica ou *lato sensu*, nexos de causalidade e dano ou prejuízo. Nesse sentido também se posiciona o autor Flávio Tartuce (2016).

a) Conduta humana

De acordo com o autor, a conduta humana pode ser extraída de uma ação ou omissão, podendo esta ser voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia. A conduta positiva é a regra, pois há a necessidade de análise de determinadas circunstâncias, para que a omissão seja configurada, como a prova de que a conduta não foi praticada, bem como se havia o dever jurídico de praticar determinado ato e ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ser evitado.

O agente responde com o seu patrimônio quando a responsabilidade decorre da conduta ou ato próprio, consagrando o princípio da Responsabilidade Civil Patrimonial, conforme preceitua o art. 942, *caput*, do Código Civil: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

b) Culpa genérica ou *lato sensu*

Em segundo lugar, Tartuce (2016) aponta que a culpa que é apurada na responsabilização civil é aquela tomada em sentido amplo ou genérico (*lato sensu*), esta abrange desde a culpa em sentido estrito até o dolo. O dolo é configurado quando há intenção de violar dever jurídico, visando causar prejuízo a alguém. Ele pode ser observado no Código Civil pátrio, em seu art. 186, *ipsis litteris*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Pode-se concluir que, agindo com dolo, o autor da ação ou omissão voluntária, responderá por todos os danos suportados pela vítima, mas se esta concorrer culposamente para o evento, a fixação de sua indenização será tomada

confrontando a gravidade da sua culpa e a do autor. É o que se apreende da leitura do art. 945, do Código Civil de 2002, no qual resta comprovada a culpa concorrente, quando a vítima contribui para a ocorrência do fato gerador do dano.

Conforme os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

Ou seja, ao contrário do que ocorre com o dolo, na culpa não há intenção de violação do dever jurídico. Porém, o dever de reparar o dano ou indenizar os prejuízos é o mesmo para quem age com dolo ou culpa, diferindo apenas quanto aos critérios para fixação da referida indenização. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 54).

O Código Civil Brasileiro consagra, nos seus arts. 944 e 945, a redução equitativa da indenização, a qual estabelece que a indenização pode ser, equitativamente, reduzida, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, pois a indenização é medida pela extensão do dano.

c) Nexo de causalidade

O nexos de causalidade é, conforme lição de Carlos Roberto Gonçalves: “Uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar”.

Tal elemento é essencial para que se aplique o dever de indenizar, pois, não sendo possível relacionar a conduta do agente ao dano provocado, ele não poderá ser obrigado a indenizá-lo. Há diferença no estabelecimento dessa relação, quando se fala em responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade objetiva.

Na responsabilidade subjetiva, o nexos de causalidade é formado pela culpa genérica ou lato sensu, esta que, como já mencionado, vai desde a culpa estrita até o dolo. Já na responsabilidade objetiva, o nexos de causalidade é composto pela conduta e, de acordo com o art. 927, do CC/2002, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida implicar risco para outrem.

Tartuce (2016) acrescenta que existem circunstâncias que excluem o nexos de causalidade, ou seja, afastam o dever de indenizar, tendo em vista que sem esse elemento, não há configuração da responsabilidade civil. São elas: culpa exclusiva ou o fato exclusivo da vítima; culpa exclusiva ou o fato exclusivo de terceiro; caso fortuito e a força maior.

Nos dois primeiros casos, o autor dispõe que a culpa deve ser exclusiva porque, como dito alhures, havendo culpa concorrente, não se exclui a responsabilização, ocorrendo apenas a atenuação das consequências e da respectiva indenização.

Para Tartuce (2016, p. 223) “o caso fortuito é evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Já a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra coisa”.

As excludentes denexo de causalidade, em regra, servem tanto para a responsabilidade subjetiva quanto para a objetiva. Porém, existem exceções, situações em que a excludente não é assim considerada pela lei, a exemplo do transportador que, no transporte de pessoas, responde perante o passageiro lesado, não sendo coberto pela excludente da culpa exclusiva de terceiro, mas terá garantido o direito de regresso contra o terceiro que realmente deu causa ao dano, conforme se apura da leitura do art. 734 do Código Civil Brasileiro.

Desse modo, o Juiz deverá analisar de acordo com o caso concreto, para a devida aplicação ou não das supracitadas excludentes denexo de causalidade, verificando se nele se observa o risco de empreendimento, aquele inerente à atividade laborativa praticada pelo suposto responsável.

a) Dano ou prejuízo

O quarto elemento é a comprovação do dano ou prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial suportado pela vítima. O ônus da prova de ocorrência do prejuízo é do agente, quem deu causa ao acontecimento, ressalvados os casos de inversão do ônus da prova, atendendo a situações específicas.

Segundo a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, de 1992, é possível cumular, em uma mesma ação, reparação de danos moral e material, já que a Constituição Federativa do Brasil reconheceu os danos morais como reparáveis, então a jurisprudência ampliou esse entendimento, admitindo a cumulação. Ainda o STJ, na Súmula 387, de 2009, reconheceu, também, a cumulação dos danos estéticos com os danos morais, sendo possível, no mesmo caso, a cumulação com danos materiais.

Na V Jornada de Direito Civil, a Comissão de responsabilidade civil aprovou enunciado, com o seguinte teor:

A expressão “dano” no art. 944, abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas, também, os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Ou seja, ocorreu uma ampliação de danos reparáveis no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 Responsabilidade subjetiva e Responsabilidade objetiva

Quanto à culpa, a responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva. Tartuce (2016) dispõe que a responsabilidade civil subjetiva é considerada regra geral, sendo necessária a comprovação da culpa genérica, que vai desde a culpa em sentido estrito, obtida por conduta negligente, imprudente ou imperita, até a intenção de provocar o dano, que é o dolo.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, prescinde do elemento culpa para a sua caracterização, bastando apenas a conduta, o dano e o nexo de causalidade. A teoria do risco fundamenta essa modalidade de responsabilidade, pela qual o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter agido com culpa ou não.

O Código Civil, no seu art. 927, parágrafo único, consagra a responsabilidade civil objetiva, *in verbis*:

Art.927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Como mencionado, a responsabilidade subjetiva é a regra, dessa forma, a responsabilidade objetiva só pode ser admitida, com ou sem culpa, em casos expressamente previstos em lei, bastando a verificação do dano e do nexo de causalidade, ou quando a atividade habitual do agente implicar risco para outrem, ou seja, derivada da exploração de atividade que repute risco ao direito de outra pessoa.

Enunciado n. 38, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, trata da questão da atividade de risco, da seguinte maneira:

a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Seguindo essa linha de raciocínio, surgiram questionamentos em torno da modalidade de responsabilização civil a ser aplicada aos profissionais de saúde, já que são consideradas atividades de risco e, conseqüentemente, estariam sujeitas à responsabilidade objetiva, lastreada no art. 927 do CC/2002, e não à responsabilidade subjetiva. Esta indagação será devidamente esclarecida no próximo tópico.

2.3 Responsabilidade civil do médico

O profissional de medicina será responsabilizado por erro médico, conforme se aduz pela lição de Giostri (2005, p. 125):

Às vezes, é possível a ocorrência de um erro que, por ser de pequena monta ou por não deixar sequelas, passa despercebido ao cliente. Todavia, quando da ação ou omissão do profissional advier um dano ao paciente – sendo que este dano poderia ter sido evitado – mas ocorreu por culpa comprovada (por imperícia, por imprudência ou por negligência) e havendo entre o dano e o ato médico o claro e indispensável nexos de causalidade, então deverá ele ser responsabilizado.

Porém, é patente a necessidade de diferenciação de obrigação de meio e de resultado, antes de tecer qualquer colocação a respeito da modalidade de responsabilização do médico, quando do exercício de sua atividade laboral.

Há obrigação de meio quando a prestação exige que o agente empregue determinados meios na consecução de um resultado, sem necessidade, porém, de garanti-lo. Por outro lado, na obrigação de resultado há a exigência de que determinado objetivo seja alcançado.

Conceitua Almeida (2007):

A obrigação de meio é aquela em que o profissional não se obriga a um objetivo específico e determinado. O que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem o compromisso de atingi-lo. O contratado se obriga a prestar atenção, cuidado, diligência, lisura, dedicação e toda a técnica disponível sem garantir êxito. Nesta modalidade o objeto do contrato é a própria atividade do devedor, cabendo a este enveredar todos os esforços possíveis, bem como o uso diligente de todo o seu conhecimento técnico para realizar o objeto do contrato, mas não estaria inserido aí assegurar um resultado que

pode estar alheio ou além do alcance de seus esforços. (...) Na obrigação de resultado, há o compromisso do contratado com um resultado específico, que é o ápice da própria obrigação, sem o qual não haverá o cumprimento desta. O contratado compromete-se a atingir objetivo determinado, de forma que quando o fim almejado não é alcançado ou é alcançado de forma parcial, tem-se a inexecução da obrigação.

A partir dessa análise, conclui-se que na obrigação de meio o objeto do contrato é a atuação diligente e tecnicamente correta do profissional da medicina, atuando de acordo com o que está estabelecido como esperado e aceitável para o exercício da sua atividade, empreendendo todos os esforços e aparatos técnicos que estiverem ao seu alcance.

Na seara médica, só é verificada obrigação de resultado no caso de tratamento estético, quando o profissional é contratado para atingir uma finalidade específica, comprometendo-se a alcançar esse fim e podendo ser responsabilizado por eventual falha. Como é notória, a grande diferença da obrigação de meio para a obrigação de resultado é que esta pode ser rechaçada, mesmo que o médico tenha agido com todo zelo e cautela, quando a expectativa do contratante não é atendida.

Há algumas especialidades cuja finalidade primordial não é a cura direta do enfermo, mas constituem “meios auxiliares para alcançar tal objetivo” (KFOURI NETO, 2007, p. 178), nesses casos assume obrigação de resultado, por exemplo, “o especialista em análises clínicas, bioquímicas e em procedimentos técnicos de exames laboratoriais como radiografias, tomografias e ressonância magnéticas” (VENOSA, 2008, p. 129), bem como os médicos que se propõem a fazer tratamento estético, como já dito, assumindo a obrigação de alcançar o resultado esperado pelo paciente.

Já a obrigação de meio, só obriga o médico a agir com profissionalismo, fazendo uso de todas as habilidades técnicas e conhecimentos, para prestar o melhor atendimento possível ao paciente, mesmo que o resultado almejado não seja obtido e não cabendo ao paciente responsabilizá-lo, mas, apenas quando da inobservância dos parâmetros estabelecidos.

Nas palavras de Delton Croce (2002, p. 3):

(...) Se denomina responsabilidade médica situação jurídica que, de acordo com o Código Civil, gira tanto na órbita contratual como na extracontratual estabelecida entre o facultativo e o cliente, no qual o esculápio assume uma obrigação de meio e não de resultado, compromissando-se a tratar do enfermo com desvelo ardente, atenção e diligência adequadas, a adverti-lo ou esclarecê-lo dos riscos da terapia ou da intervenção cirúrgica propostas

e sobre a natureza de certos exames prescritos, pelo que se não conseguir curá-lo ou ele veio a falecer, isso não significa que deixou de cumprir o contrato.

Feitos esses esclarecimentos, é possível afirmar que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, cabendo a ele empregar todos os seus recursos a seu alcance, sem, no entanto, poder garantir sempre um sucesso. E como a responsabilidade subjetiva está atrelada ao elemento culpa, esta deve estar demonstrada para que seja responsabilizado, ou seja, não se pode punir o médico, se os meios empregados eram de uso atual e sem contraindicações, afastando-o do dever de indenização.

A apuração da culpa é necessária, ou seja, apurar se houve negligência, imprudência e imperícia, tendo em vista que sua responsabilidade é subjetiva. Não se pode imputar ao médico o dever de cura do paciente, pois sua obrigação é de meio, ou seja, tem compromisso de aplicar todo o seu empenho no tratamento, utilizando todos os meios científicos e tecnológicos para alcançar o restabelecimento do paciente e mais, o estado de completo bem-estar físico, mental e social. (ROCHA MENDES, 2013, p. 733.).

A responsabilidade da obrigação de meio está prevista no art. 2º do Código de Ética Médica: “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

Será indenizado aquele que, submetido a tratamento médico, venha, por causa desse tratamento ou de culpa do profissional, a sofrer um prejuízo, material ou imaterial. Portanto, é imprescindível a demonstração da culpa do agente, para que possa subsistir alegação de erro médico e de responsabilidade civil deste profissional.

Corroborando Nery Tadeu Câmara Souza (2002):

A doutrina e a jurisprudência, como regra, determinam a necessidade de que o paciente prove que o médico agiu com culpa. Portanto, trata-se de um contrato *sui generis* seu inadimplemento, quando este se configurar, caracteriza a presença de um tipo especial de culpa do médico. Esta culpa é especial pois, mesmo se tratando de um contrato não cumprido pelo contratado, a culpa do médico deve ser provada pelo paciente, não havendo a presunção de culpa do contratado – o médico – presunção esta característica dos contratos, em nosso ordenamento jurídico, quando a obrigação contratual não for satisfeita pelo contratado. Prevalece, na relação contratual não adimplida, no caso de médico e paciente, a necessidade do paciente que acusa provar a culpa do médico.

De acordo com essa mesma perspectiva, a medicina legal define responsabilidade do médico como:

a obrigação, de ordem civil, penal e administrativa, a que estão sujeitos os médicos, no exercício profissional, quando de um resultado lesivo ao paciente, por imprudência, imperícia e negligência. Tal forma de responsabilidade fundamenta-se no princípio da culpa, em que o agente dá causa a um dano, sem o devido cuidado a que normalmente está obrigado a ter, e não o evita por julgar que esse resultado não se configure.

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só poderes divinos poderão suprir. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 360).

Ainda no tocante à responsabilidade do médico, existe uma questão muito suscitada por esses profissionais que é a iatrogenia. “A lesão iatrogênica é aquela causada pelo atuar médico correto no paciente evitando um mal maior, ou seja, a ação médica é totalmente destituída de culpa, e por corolário, de responsabilidade”. (BARRETO JUNIOR, 2004).

Como a iatrogenia não enseja a responsabilidade dos profissionais da medicina, tendo em vista que implica no rompimento donexo causal entre o dano existente e a conduta do médico, é muito utilizada para justificar a ocorrência de lesões, estas que podem ser até fatais.

Ocorre que, muitas vezes, os médicos se deparam com situações em que, para salvar ou tentar salvar a vida de um paciente, têm que submetê-lo a um tratamento de risco ou a uma manobra que poderá provocar uma lesão, em razão da ausência de outro meio, o que demonstra que mesmo agindo com as normas e princípios ditados pela ciência que os rege, não poderia de outro modo evitar o dano.

Nesse sentido, com ocorrência de lesão iatrogênica não há que se falar em responsabilidade civil do médico, porém, estes não podem se eximir sempre de erros provocados por seu agir profissional, utilizando-se dessa justificativa, visto que deve ser analisado o caso concreto, para que se apure a efetiva ausência de nexode causalidade.

3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS E A SAÚDE PÚBLICA

O direito fundamental à saúde está previsto na Constituição Federal, tratando-se de direito indisponível, devendo ser ofertado pelos entes federativos, por meio de serviços públicos a toda as pessoas que deles necessitar.

A Carta Magna, em seu art. 196 preceitua que:

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

E essas ações e serviços são considerados pela Constituição de 1988 como de relevância pública, cabendo ao poder público a incumbência de dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, ficando facultada sua execução de forma direta ou por meio de terceiros.

A Constituição Federal ainda traz no seu bojo o Sistema Único de Saúde – SUS, pois, de acordo com seu art. 198:

as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

Além da previsão constitucional, o SUS possui legislação própria, a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. E a Lei 8.080/90 dispõe no mesmo sentido que a Constituição, na medida que impõe ao Estado a tarefa de conferir o direito à saúde de forma igualitária.

É o que se depreende da leitura do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.080/90:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1990)

Como já dito, o Sistema Único de Saúde é uma rede regionalizada e hierarquizada, então União, Estados e Municípios possuem atribuições comuns, mas também competências pré-definidas, as quais devem ser observadas pelos entes federativos correspondentes.

Porém, de uma forma geral, o SUS é um sistema de prestação de serviço de saúde pública e todos os agentes públicos que atuam em nome dele, e provocam um dano ao usuário quando do exercício de suas atividades, quem responde objetivamente é o Estado, aqui compreendidos a União, os Estados e os Municípios.

Por isso, o profissional da medicina que atua na rede do SUS não responde, de pronto, pelo erro causado, mas poderá ser demandado em ação regressiva pelo Estado, e essa discussão será estendida no item seguinte.

3.1 Responsabilidade objetiva do gestor público

Sabe-se que o Estado, no exercício de seus poderes, corre risco de causar danos à sociedade, através da atuação dos agentes públicos, os quais desempenham suas atividades em nome do gestor.

Então, pelo fato de o Estado ser uma pessoa jurídica com deveres e poderes bastante discrepantes, ele apresenta um regime de responsabilidade diferenciada, nascendo a responsabilidade extracontratual do Estado, positivada no art. 37, § 6º da Constituição Federal:

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.

(...)

§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. (BRASIL, 1988)

O Direito pátrio acolheu, no tocante à responsabilidade civil da Administração, a teoria do risco administrativo, assim existindo o dano, a conduta e o nexo de causalidade entre ambos, e não havendo nenhuma das causas de exclusão da responsabilidade, o Estado deverá ser responsabilizado.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles 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. (MEIRELLES, 1996, p. 566).

Então, conforme supracitado, a responsabilidade do Estado é afastada quando o dano deriva de ato de terceiro, força maior, culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito, circunstâncias que excluem um dos elementos da responsabilidade, o nexo de causalidade.

Desse modo, o médico que atende pelo Sistema Único de Saúde, passa a estar coberto pela responsabilidade objetiva. “O atendimento por intermédio do serviço público patrocinado pelo Estado, caracteriza a responsabilidade objetiva para entidade, e responsabilidade extracontratual para o profissional”. (GIOSTRI, 2005, p. 61).

Na doutrina, há quem considere erro médico não apenas o “erro” cometido pelo profissional médico, mas também toda falha cometida no âmbito da prestação de assistência à saúde. Nesse sentido, afirma:

o mau resultado involuntário, oriundo de falhas estruturais, quando das condições de trabalho e os equipamentos forem insuficientes para um satisfatório atendimento, ou trabalho médico danoso ao paciente que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência, gerando o dever de indenizar. (DINIZ, 2002, p. 587).

Assim, a responsabilidade civil do médico não é afastada quando alegada, como determinante, a falta de estrutura ou deficiência nas condições de saúde no serviço de saúde no qual exerce sua profissão. Por isso, quando um profissional atua em órgãos ou setores pertencentes à Administração Pública, denominando-se agente público, qualquer dano causado quando do exercício da atividade, mesmo que a questão estrutural contribua para o mau resultado, responde o gestor público, objetivamente.

Então, como é possível observar, o gestor público, independente de culpa ou não do agente, responderá de forma objetiva por dano causado por ele a terceiro, porém, terá direito a ação regressiva quando o agente, por culpa ou dolo, der causa

ao prejuízo, podendo demandar em face dele aquilo que prestou a título de indenização.

3.2 Legitimidade passiva nas ações por erro médico no SUS

Partes legítimas são os titulares da relação jurídica, sendo que o autor, pessoa que atribui a si o direito que pleiteia, ocupa o polo ativo e o réu, pessoa a quem o autor atribui o dever de satisfazer sua pretensão, ocupa o polo passivo. Assim, só possui legitimidade passiva quem realmente deve ocupar a posição de réu.

Como já explanado, nas ações por erro médico, quando o profissional atua no âmbito do SUS, a responsabilidade objetiva é do Estado, nesse sentido, o polo passivo da relação deve ser ocupado pelo ente federativo responsável. O que ocorre é que a jurisprudência ainda não está pacificada a respeito de qual deles deverá ocupar essa posição, quando se trata de erro médico cometido em hospitais públicos.

Há adeptos da tese de que a União deve ocupar o polo passivo nessas demandas, sob a justificativa de que a supracitada Lei Orgânica da Saúde determina que é da competência da União a direção nacional do SUS. Além disso, cabe à direção nacional, ou seja, à União, prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da atuação institucional do SUS. Cabendo também à direção nacional acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais.

Segundo esse pensamento, há acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, como o seguinte:

RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGLIGÊNCIA MÉDICA. PARTO. SUS. NÃO CONSTATAÇÃO DE FALTA DE ÂNUS NO BEBÊ. UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. **1.- A União possui legitimidade para figurar no polo [sic] passivo de demanda indenizatória por erro médico porque figura como ente responsável pela Saúde (art. 196, CRFB); ademais, o pagamento de indenização que venha a ser estipulada competirá, em última análise, à União, que é o ente responsável pela distribuição de verbas direcionadas ao SUS.** 2.- A instrução comprovou a efetiva precariedade no atendimento, com a inobservância dos cuidados mínimos e necessários, pois o bebê não foi atendido por um pediatra após seu parto, mesmo ante a constatação de que seu pé era torto, não verificada a malformação na criança, consistente na ausência do ânus." (TRF 4ª Região, Acórdão Classe: AC – Apelação cível, Processo: 2003.71.02.004079-3 UF:

RS, Data da Decisão: 25/11/2008, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relatora: Maria Lúcia Luz Leiria, grifo nosso).

No entanto, há aqueles que defendam que os municípios possuem legitimidade passiva nessas ações, mesmo que a União seja a principal gestora e financiadora do SUS, tendo em vista que àqueles compete a fiscalização dos serviços prestados. Cabe acrescentar que, tanto a Constituição Federal, como a Lei 8.080/90, atribuem ao município “a organização das ações e serviços de saúde, sendo de sua responsabilidade a execução destas ações e dos serviços de saúde”.

Outrossim, também existem decisões nos Tribunais incumbindo ao município legitimidade para figurar no polo passivo em caso de erro médico cometido por médicos ou hospitais credenciados ao SUS:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO. ATENDIMENTO CUSTEADO PELO SUS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. OFENSA AOS ARTS. 7º, IX, 'A', E 18, I, X E XI, DA LEI N. 8.080/90. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PROVIMENTO PARCIAL.

(...)5. **'Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n. 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: Compete aos Municípios (...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população'** (RESP 873.196/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24.5.2007).

6. A União não possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação em que o particular visa ao pagamento de indenização em decorrência de erro médico cometido em hospital conveniado ao SUS.(...)

Pode-se observar, por essa outra linha de pensamento, que o Município é tido como autêntico prestador de serviços, nos termos dos arts. 2º e 3º, §2º, da Lei nº 8.078/90, respondendo objetivamente pelos danos causados em hospitais conveniados aos SUS.

Assim, tem-se que os precedentes colacionados apresentam divergências quanto à legitimidade passiva nessas ações, não tendo sido fixado um entendimento, porém, os Tribunais Superiores têm decidido no sentido de que a União não possui legitimidade passiva.

O STJ, recentemente, manifestou-se a respeito desse impasse, em julgamento uniformizador levado a cabo pela Primeira Seção, reconhecendo que a União não detém legitimidade passiva *ad causam* pelo simples fato de o erro médico

ter ocorrido durante procedimento/tratamento custeado pelo SUS. Veja-se o seguinte Informativo de Jurisprudência daquela Corte Superior:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTESE DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO EM DEMANDA QUE ENVOLVE O SUS.

A União não tem legitimidade passiva em ação de indenização por danos decorrentes de erro médico ocorrido em hospital da rede privada durante atendimento custeado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Isso porque, de acordo com o art. 18, X, da Lei 8.080/1990, compete ao município celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar a respectiva execução. Nesse contexto, não se deve confundir a obrigação solidária dos entes federativos em assegurar o direito à saúde e garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, com a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros. Nesta, o interessado busca uma reparação econômica pelos prejuízos sofridos, de modo que a obrigação de indenizar se sujeita à comprovação da conduta, do dano e do respectivo nexo de causalidade. Dessa forma, não há qualquer elemento que autorize a responsabilização da União, seja porque a conduta não foi por ela praticada, seja em razão da impossibilidade de aferir-se a existência de culpa in eligendo ou culpa in vigilando". Precedentes citados: AgRg no CC 109.549-MT, Primeira Seção, DJe 30/6/2010; e REsp 992.265-RS, Primeira Turma, DJe 5/8/2009. EREsp 1.388.822-RN, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 13/5/2015, DJe 3/6/2015. (Informativo 563 do STJ).

É cediço que jurisprudência é um conjunto de decisões reiteradas de um tribunal, o qual passa a utilizar aquele mesmo entendimento para os casos idênticos, mas a jurisprudência não possui força vinculante, ou seja, os demais tribunais e poderes não têm obrigação de aplicá-la. Porém, não se descarta a possibilidade de, em um futuro próximo, que esses casos sejam alvo de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, instituto consagrado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, em seu sítio eletrônico, Demandas Repetitivas são processos nos quais a mesma questão de direito se reproduz de modo que a sua solução pelos Tribunais Superiores ou pelos próprios Tribunais locais pode ser replicada para todos de modo a garantir que essas causas tenham a mesma solução, ganhando-se, assim, celeridade, isonomia e segurança jurídica no tratamento de questões com grande repercussão social.

Por meio da formação de precedentes judiciais obrigatórios, os Tribunais fixam o entendimento acerca de determinada matéria jurídica reduzindo significativamente a quantidade de recursos que chegam às instâncias superiores. De modo que as decisões proferidas, segundo a técnica de geração de precedentes em de-

mandas repetitivas, são de observância obrigatória pelos Tribunais e juízos inferiores, conforme o artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015.

4 O PARALELO ENTRE A COMPENSAÇÃO DO LESADO E A CULPA DO PROFISSIONAL

É notória a dificuldade de apurar a culpa quando se trata de erro cometido por profissional da medicina, pois em outras áreas a responsabilização ocorre de modo mais prático, tendo em vista que os objetos de muitas das relações jurídicas podem ser prontamente restituídos, mas o que falar da reparação da saúde de alguém?

Os erros médicos atingem área sensível e delicada do ser humano, afinal as pessoas chegam aos consultórios já fragilizadas, a depender da gravidade do caso, e esperam que o tratamento seja o mais eficaz, porém, as vezes podem ver essa expectativa frustrada por uma falha e, quando esta sobrevém de má prática, produzida por trabalhadores desqualificados, desatentos e desmotivados, faz-se necessária a judicialização, para coibir e evitar que novos erros sejam cometidos.

4.1 Dificuldade de apuração dos erros médicos

Robert Wachter (2010) dispõe sobre alguns dos que seriam os motivos para a dificuldade de apuração dos erros e regulação dos aspectos éticos na medicina. Um deles seria que os médicos e hospitais possuem uma tendência a se proteger, sem pensar nos direitos dos pacientes.

Um segundo motivo, vinculado ao primeiro, é a dificuldade de aplicar uma sanção a um colega, ainda mais quando a má prática está associada a aspectos da personalidade do profissional, do que a “desfechos ruins”, termo utilizado pelo autor.

Ainda quanto aos motivos, é apontado o tempo necessário para o treinamento médico como um agravante, já que os comitês e instituições competentes relutam em retirar a licença desses profissionais, justamente por conta do investimento empregado no treinamento dos mesmos. Um último aspecto, considerado de grande importância pelo autor, é que os médicos seriam fracos gestores organizacionais, ou seja, não estão acostumados a competir ou a confrontar os colegas, o que não é de todo ruim, pois tais confrontações levam a uma regulação e estabelecem parâmetros legais para atuação na profissão, porém são evitadas por esses trabalhadores.

A responsabilidade ética dos médicos é apurada por sindicância realizada pelo respectivo Conselho Regional de Medicina, podendo ser aplicadas as seguintes penalidades: advertência confidencial em aviso reservado; censura confidencial em

aviso reservado; censura pública em publicação oficial; suspensão do exercício profissional até 30 dias; cassação do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal.

O Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) foi aprovado pela Resolução Nº 2.145/2016 do CFM, no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselhos Regionais de Medicina (CRMs), do qual se pode extrair que:

Art. 2º A competência para apreciar e julgar infrações éticas é do CRM em que o médico esteja inscrito ao tempo da ocorrência do fato punível.
Parágrafo único. A competência para instaurar sindicância, analisar seu relatório e, se for o caso, instaurar o PEP e sua instrução é do CRM onde o fato punível ocorreu, ainda que o médico não possua inscrição na respectiva circunscrição, ou, tendo sido inscrito, já tenha sido transferido para a circunscrição de outro CRM. (RESOLUÇÃO n. 2.145/2016)

Entretanto, o que se observa na prática, segundo o autor, é que os membros de tais conselhos possuem receio em apurar possíveis infrações de seus colegas de profissão, somado ao fato de que muitos pacientes não têm conhecimento da possibilidade de que a conduta médica possa ser apurada, agindo de forma compassiva, levados pela ideia de que os médicos são profissionais de excelência, imunes a erros.

Da leitura de *Iniciação à Bioética* (1998), pode-se extrair que não há rigor na ação fiscalizadora e punitiva dos Conselhos de Medicina, mas “uma justiça singular, educativa, sábia, pluralista, que tem como objetivo fundamental a reabilitação do profissional”, ou seja, os profissionais que compõem esses conselhos acreditam que apenas a punição não é eficaz, instituindo programas de treinamento para reabilitação técnica do médico, quando seu erro advém de imperícia, inabilidade ou conhecimentos insatisfatórios.

Quando o erro é cometido em hospitais da rede pública a apuração ainda possui um agravante, as condições precárias com as quais muitos médicos se deparam, e que servem de anteparo para as falhas provocadas por aqueles, pois nem sempre a falta de estrutura está diretamente ligada a um acontecimento danoso ao paciente, mas a deficiência na apuração pode levar a qualquer jurista crer que a argumentação do profissional é válida.

Em virtude disto, incluem-se entre os deveres do médico, o de informar as condições precárias de trabalho:

Registrando-as em locais próprios e até omitindo-se de exercer alguns atos eletivos da prática profissional, tendo, no entanto, o cuidado de conduzir-se com prudência nas situações de urgência e emergência. Deve o médico manifestar-se sempre sobre as condições dos seus instrumentos de trabalho, para não ser rotulado como negligente tendo em conta a teoria subjetiva da guarda da coisa inanimada, principalmente se o dano verificou-se em decorrência da má utilização ou de conhecidos defeitos apresentados pelos equipamentos. (COSTA; OSELKA; GARRAFA 1998, p. 251).

4.2 Prejuízos de condenações injustas e a importância da judicialização em casos de erros de maus profissionais

Por outro lado, o autor acima mencionado, ainda na sua obra *Compreendendo a Segurança do Paciente* (2010), pondera quanto à necessidade de diferenciar os bons dos maus profissionais, já que existem médicos que executam procedimentos arriscados e difíceis, os quais, mesmo que em grande parte dos casos sejam bem-sucedidos, em alguns momentos não conseguem evitar que o pior aconteça, porém aponta que esse sistema de responsabilização não leva tais aspectos em consideração.

Um argumento de defesa de que o cirurgião sempre evitou o erro, ou de que alguns erros são estatisticamente inevitáveis quando você faz um procedimento complexo, não é convincente neste sistema, o que torna fundamentalmente injusto para com aqueles cujas atividades os forcem a estarem envolvidos muitas vezes em procedimentos de risco. (WACHTER, 2010, p. 215).

Ao mesmo tempo que aponta a supracitada problemática, cita aquela que seria a forma dos juristas serem mais justos com esses trabalhadores que atuam da melhor forma possível, ainda que em condições difíceis, e a solução é recomendada pelo especialista em segurança James Reason, chamado de Teste de Substituição de Johnston, que nas palavras de Wachter:

não compara uma decisão a um padrão arbitrário de excelência, mas pergunta apenas se um profissional similarmente qualificado na mesma situação teria se comportado de uma forma diferente. Se a resposta é “provavelmente não”, então, como o inventor do teste, Neil Johnston coloca: “A imputação de culpa não tem outro significado a não ser o de obscurecer deficiências sistêmicas e culpar uma das vítimas”. (WACHTER, 2010, p. 215).

Em síntese, o inventor do Teste de Substituição de Johnston considerou que as situações devem ser analisadas de acordo com a forma como os demais profissionais agiriam quando da execução do mesmo procedimento, ou seja, se o

médico agiu da maneira esperada para os padrões, então não teria que ser responsabilizado pela ocorrência de fato que tenha fugido ao seu controle, pois todo sistema tem suas deficiências e uma pessoa não poderia ser culpada por algo que é passível de acontecer.

Além disso, Wachter (2010) destaca o papel do perito, responsável por apurar as causas do agravo à saúde do paciente ou da sua morte, como causador de um maior desequilíbrio, tendo em vista que eles tomam por base casos semelhantes, o que tornaria difícil para eles aceitarem a teoria do possível e somado ao fato de que esses profissionais tendem a buscar o ideal.

Acrescenta-se aos já apontados entraves a uma apreciação justa dos casos de erro médico, a própria culpa que sentem esses profissionais, de modo que muitos deles aceitam a imputação de tais erros para si, pois, em geral, são trabalhadores que buscam atingir a perfeição, sendo difícil para os mesmos aceitarem que podem cometer falhas ou não podem contornar uma situação inesperada.

O erro médico é um fato, sendo comprovado pelo Anuário da Segurança Assistencial Hospitalar no Brasil do Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS) de 2016, produzido pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, no qual foi constatado que falhas banais como erros de dosagem ou de medicamento, uso incorreto de equipamentos e infecção hospitalar mataram 302.610 (trezentas e duas mil e seiscentas e dez) pessoas nos hospitais públicos e privados brasileiros em 2016 (Valor Econômico, 22.11.2017).

Dessa forma, após traçar um paralelo entre as questões que envolvem o erro médico, o autor afirma que a judicialização é apropriada para lidar com os profissionais que não exercem seu papel de modo satisfatório, reiterando condutas nocivas à saúde dos pacientes e indo na contramão do que se espera da classe médica. É o posicionamento do especialista em segurança James Reason:

Vê-los escapar diariamente sem repreensão faz pouco pela moral ou pela credibilidade do sistema disciplinar. Assisti-los adquirindo “consciência” não é apenas satisfatório, mas também serve para reforçar onde os limites do comportamento aceitável se encontram... A justiça trabalha em duas vias. Sanções severas para poucos podem proteger a inocência de muitos. (REASON, 1997 apud WACHTER, 2010, p. 216).

Entretanto, a judicialização em casos que não é configurada nenhuma culpa do médico e mesmo assim são culpabilizados, estes profissionais ficam desmotivados e depressivos, pagam uma soma em dinheiro pelo dano e atuam com

receio de novas falhas, se contrapondo à segurança do paciente que é colaborativa, onde as notificações dos erros cometidos por médicos e enfermeiros deveriam ser vistas como uma oportunidade de melhorar e não como algo combativo, como pregado pelo Direito Civil, mas esses profissionais poderiam tomar atitudes preventivas, como será visto a seguir.

4.3 Ações que protegem os médicos de eventuais demandas judiciais

No I Congresso Brasileiro de Direito Médico, Hospitalar e da Saúde, realizado nos dias 23 e 24 de novembro de 2017, na Seccional da OAB no Estado do Piauí, foram apontadas como as maiores causas de judicialização, em decorrência de erro médico, os defeitos na prestação de informação, de serviço, bem como a perda de uma chance, demonstrando que os profissionais da medicina poderiam tomar atitudes que os livrariam de futuras condenações, porém não o fazem.

4.3.1 Dever de informação e Termo de Consentimento Informado

Muitas vezes, a falta de informação leva a condenações descabidas, tendo em vista que o médico adotou toda a técnica necessária para uma boa prestação do serviço, porém, à luz do direito, ato médico não registrado, não é ato médico, de modo que apenas comunicar verbalmente os riscos e consequências de um procedimento, não garante que esteja a salvo de uma futura demanda judicial.

A informação é uma grande aliada dos profissionais da medicina, por isso o recomendado é que sempre formulem o Termo de Consentimento Informado, para que seja feita uma gestão de risco, pois, se o paciente for devidamente esclarecido sobre os riscos e diagnóstico de seu tratamento, não poderá alegar que o resultado não foi cogitado ou que desconhecia as possíveis consequências, respaldando o médico em eventual demanda.

Dessa forma, algumas condutas devem ser praticadas para tornar a relação entre médico e paciente transparente e esclarecida. A mais importante delas é a informação, pois é fundamental que o paciente seja informado sobre a necessidade de determinadas condutas ou intervenções e sobre os riscos e consequências, ainda que o paciente seja menor de idade, ele tem o direito de ser informado, juntamente

com seus pais e responsáveis, sendo o dever de informar requisito prévio para o consentimento.

É o que se pode apurar da leitura do art. 13 do Código de Ética Médica, do Conselho Federal de Medicina: “Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença”, sendo apontada como conduta vedada ao médico.

Da leitura de Iniciação à Bioética (1998), pode-se assimilar que quando houver mudanças nos procedimentos terapêuticos, deve-se obter o consentimento continuado, pois, pelo princípio da temporalidade, o consentimento tem tempo e atos definidos. Faculta ao paciente, do mesmo modo, a qualquer tempo, revogar permissão já consentida por escrito, acerca da prática de determinada conduta. “O consentimento pleno e a informação bem assimilada pelo paciente configuram numa parceria sólida e leal sobre o ato médico praticado”.

Mesmo que o risco inerente ao procedimento não seja erro médico, a falta de demonstração desse risco ao paciente é considerada uma falha, ensejando condenações àqueles que agiram dentro do parâmetro esperado, mas com negligência informacional. Nos casos de defeito na prestação de informações, o ônus da prova é do médico e, como já dito, o atendimento de qualidade não é suficiente para impedir uma condenação, devendo ser obtido o consentimento, não necessariamente de forma escrita, mas o recomendável é que seja reduzido a termo.

4.3.2 Prontuário médico

Quanto às condenações por defeito na prestação de serviço, estas também podem ser evitadas, e a melhor maneira de o médico provar que os fatos não ocorreram da forma narrada e que foram adotadas as medidas adequadas, é com o preenchimento do prontuário, neste consignados todos os dados e informações, para que as alegações dos pacientes não sejam presumidas pela falta de comprovação, pois, algumas vezes, aqueles dão causa ao evento adverso, através de recusas ou de não seguimento do tratamento prescrito.

Como já mencionado no capítulo sobre responsabilidade, o médico só pode ser responsabilizado quando há nexos causal entre o comportamento culposos e o dano provocado ao paciente, ou seja, quando no prontuário é incluída informação de que o doente agiu de forma a contribuir para o agravo de sua saúde, o profissional

não pode ser condenado, pois não deu causa, não configurando erro, e podendo ser aplicada uma das excludentes de responsabilidade que é a culpa exclusiva do paciente.

De fato, o prontuário médico é uma proteção de dados pessoais e, segundo o art. 1º da Resolução nº 1.638/2002, do Conselho Federal de Medicina:

Art. 1º Definir prontuário médico como o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo. (RESOLUÇÃO n. 1.638/2002)

O advogado Francisco de Assis Fortes Neto, em sua palestra no I Congresso Brasileiro de Direito Médico, Hospitalar e da Saúde , enfatizou a importância do preenchimento desse documento, o qual evoluiu no decorrer da história, sendo que os primeiros eram exclusivamente voltados ao médico, sem interesse de franquear a informação ao paciente. No início do século passado, o prontuário passou a ser individualizado para cada paciente, logo depois passando a pertencer a uma instituição de saúde composta por profissionais de saúde que compartilham as informações.

Entende-se por prontuário médico não apenas o registro da anamnese do paciente, mas todo acervo documental ordenado e conciso, referente às anotações e cuidados médicos prestados e aos documentos anexos. Consta do exame clínico do paciente, com suas fichas de ocorrências e de prescrição terapêutica, dos relatórios da enfermagem, da anestesia e da cirurgia, da ficha de registro dos resultados de exames complementares e, até mesmo, das cópias de atestados e das solicitações de práticas subsidiárias de diagnóstico.(COSTA; OSELKA; GARRAFA 1998, p. 251).

Mais recentemente, surgiu o prontuário eletrônico que deve conter todas as informações do paciente, sendo os seus dados pertencentes ao sistema informatizado, de forma que a informação pode ser acessada de qualquer lugar. Porém, esse tipo de prontuário ainda não é muito utilizado, em virtude do alto custo que o mesmo demanda, então se trata de uma realidade futura.

Existem os prontuários físicos (em papel), informatizados e eletrônicos, estes podem ter nível de segurança 1 – NGS 1 ou NGS 2, que é o mais recomendado. Os prontuários possibilitam o acesso à informação, respeitado o dever de registro e sigilo e sendo de suma importância na apuração de eventual responsabilidade civil,

já que contém todos os atos praticados pelos profissionais em relação a um dado paciente.

4.3.3 Perda de uma chance

Uma categoria importante e relevante para o estudo do presente tema é a do dano por perda de uma chance, crescendo sua aplicação nos recentes julgados. Segundo Flávio Tartuce (2016), a perda de uma chance configura-se quando uma pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade, a qual se concretizaria se tudo ocorresse dentro da normalidade e essa chance deve ser séria e real. A probabilidade de o evento ocorrer, dentro do que o sujeito espera, deve ser superior a 50%.

Na seara médica, essa espécie de dano encontra aplicabilidade, é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme acórdão publicado:

a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência de nexos causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexos causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si – desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo – é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexos causal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de um bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos e que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente” (STJ, REsp 1.254.141/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, publicado no seu *Informativo n. 513*).

Em artigo publicado na Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, a Juíza de Direito, Grácia Cristina Moreira do Rosário, classifica esse dano da seguinte forma:

A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; trata-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos, de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos; se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impediria de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades.

O médico não tem obrigação de curar seus pacientes, mas de aplicar-lhes todo conhecimento e técnica de sua profissão, propiciando a eles todas as oportunidades e chances de se obter a cura ou sobrevivência.

Por isso, nos casos de difícil comprovação do nexo de causalidade entre o ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, deve-se levar em conta que o elemento prejudicial, determinante para o dever de indenizar, é a perda de uma chance de resultado favorável ao paciente no tratamento.

Sendo destacada, ainda no referido Congresso, pela advogada Giovanna Trad, em sua fala, que a regra de ouro nesses casos é que a indenização pela perda das oportunidades jamais poderá alcançar o mesmo valor atribuído ao resultado danoso final. Na seara médica, o valor da chance perdida deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima, uma indenização parcial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do tempo, a forma como o médico é visto pela sociedade sofreu mutações, sendo considerado desde uma figura mística e dotada de poderes sobrenaturais, passando por momentos em que era tratado de forma rígida e equivalente ao tratamento que dispensava aos pacientes, até a atualidade, que o responsabiliza por suas condutas, assim como todas as demais profissões, com o diferencial que é aplicado aos profissionais liberais, devendo, portanto, ser apurado o elemento culpa.

Apesar de apurada a culpa do médico, em conduta praticada em hospital público ou conveniado ao SUS, o paciente lesado deve demandar a reparação do dano em face do Estado e não do profissional, respondendo o ente federativo de forma objetiva, sem necessidade de comprovação de culpa ou dolo.

De modo que ficou demonstrada divergência sobre quem deve ocupar o polo passivo dessas demandas, se a União ou o Município, porém os Tribunais Superiores têm afastado a legitimidade passiva da União, o que pode levar a uma futura pacificação, através da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

O profissional da medicina não se exime de responsabilização, porém, a averiguação do elemento culpa é necessária, na medida que um resultado adverso pode ser confundido com erro médico, já que mesmo atuando com todos os meios para a recuperação e satisfação do paciente, o resultado pode não ser o pretendido, mas passível de ocorrer, sem que necessariamente o médico concorra para tanto.

Ficou constatada a dificuldade de apuração dos erros médicos praticados, já que se trata de uma classe corporativista, não aplicando, na maioria das vezes, as penalidades previstas, de modo que um profissional acaba cometendo as mesmas falhas reiteradas vezes, devendo haver um maior rigor, levando em conta os direitos dos pacientes e uma melhoria na prestação do serviço.

Assim como pode ocorrer erro por parte dos médicos, estes também podem ser condenados injustamente, por não tomarem medidas preventivas de eventual judicialização, muitos insistem em não reduzir a termo suas condutas, confiando apenas em repassar informações verbalmente.

A partir dessa análise, pode-se auferir a necessidade de mais informação, um maior esclarecimento acerca do diagnóstico, tratamento, bem como dos possíveis

riscos, pois assim o paciente poderá ter um maior conhecimento sobre seu real estado de saúde, evitando que, futuramente, ele ingresse com uma demanda judicial desnecessária, pois não existirá o elemento culpa, próprio da responsabilidade subjetiva dos médicos.

Desse modo, o trabalho conseguiu verificar que nem sempre o médico é o vilão e que nem todas as ações de responsabilização equivalem a efetivos erros, em muitos casos a informação registrada evitaria a condenação, porém existem os maus profissionais, aqueles que, de fato, não agem conforme o estabelecido e dão causa a um agravo na saúde do paciente ou sua morte, e estes devem sim ser responsabilizados, através de uma apuração correta, sem proteção dos Conselhos Regionais, pois os profissionais de todas as áreas podem sofrer sanções e os médicos não podem ser privilegiados nesse sentido.

Os médicos que atuam na rede pública, por vezes, se deparam com situações difíceis de trabalho, sem o aparato necessário para uma boa consecução de seu serviço, e essa falta de estrutura pode levar a um resultado indesejado, isso não é descartado, mas essa alegação não pode ser aceita de pronto, como uma verdade universal, sem o devido exame do caso concreto, pois muitos deles se eximem da responsabilidade por meio dessa justificativa.

E, mais uma vez, a informação pode ser uma aliada, quando os médicos informam sobre a falta de estrutura das unidades de saúde e esclarecem o porquê de não realizar seu trabalho naquelas circunstâncias, registrando as condições em que se encontra o nosocômio, a falta de um determinado aparelho, a ausência de leitos, dentre tantas outras dificuldades encontradas nos hospitais públicos.

A falta de estrutura dos hospitais públicos não pode ser óbice para a responsabilização dos médicos que neles atuam, pois, do contrário, somente os médicos que prestam serviço em hospitais privados seriam condenados, de modo que eles devem tomar todas as precauções recomendadas, informando os pacientes e registrando essas informações e dados, facilitando até a identificação da contribuição da falta de aparato para a ocorrência da falha, não ensejando ação regressiva, já que verificada a culpa exclusiva do hospital.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: RT, 1995.

ALMEIDA, Yuri A. Mendes. **Obrigações de meio e obrigações de resultado**. Disponível em <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/1681037-obriga%C3%A7%C3%B5es-meioobriga%C3%A7%C3%B5es-resultado/> Acesso em 27.mai.17.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1998.

_____. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Conselho Federal de Medicina. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em: 20 de setem. De 2017

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2.145/2016. **Aprova o Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselhos Regionais de Medicina (CRMs)**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2016/2145_2016.pdf. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

_____. Resolução n. 1.638/2002. **Define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas instituições de saúde**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1638_2002.htm

PRETEL, Mariana. **Da responsabilidade civil do médico – a culpa e o dever de informação**. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_Mariana_Pretel&ver=641 ISSN - 1984-045. Acesso em: 31 de maio de 2017.

DEMANDAS REPETITIVAS. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/demandas-repetitivas>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

DIFERENÇA ENTRE NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA. Disponível em: <http://www.nacaojuridica.com.br/2013/07/diferenca-entre-negligencia-imprudencia.html>. Acesso em: 20 de setem. De 17

DO ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira. A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 11, nº 43, 2008.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (coord.) **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. com novas especialidades: implantodontia, oftalmologia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo *et al.* São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. revista atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MANSUR, Nacime; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. **O Médico e a Justiça**: um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina/Coordenação Institucional de. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Erro médico e prescrição**. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/559> Acesso em 27.mai.2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Método, 6 ed, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

WACHTER, Robert M. **Compreendendo a segurança do paciente**. Porto Alegre: Artmed, 2010.