

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NOS ERROS MÉDICOS

Laura Helena Lima Pinheiro¹
Leonardo Medeiros Junior²

RESUMO

Analisa-se a partir de uma visão dialética do conhecimento, que a aferição da responsabilidade civil do estado nos casos de erro no exercício da atividade médica apresenta dois prismas, a depender do tipo de obrigação desenvolvida. Nosso ordenamento jurídico por vezes deixa de proteger os interesses do paciente prejudicado, não lhe assegurando uma tutela efetiva e isonômica. O erro médico é uma realidade no cotidiano, que reclama uma interpretação uniforme, visando a segurança jurídica. O artigo ora apresentado é o início do desenvolvimento de um trabalho que irá fazer uma abordagem jurídica acerca das controvérsias da questão, abarcando aspectos sociológicos e históricos, sempre em análise conjunta com os posicionamentos dos Tribunais.

Palavras-chave: responsabilidade civil do Estado. Erro médico. Exercício da atividade médica.

STATE'S CIVIL LIABILITY ON MEDICAL ERROR

ABSTRACT

Analyzing from a dialectical view of knowledge that the measurement of state liability in cases of error in the exercise of medical activity presents two perspectives, depending on the type of obligation developed by the professional. The Brazilian legal system often fails to protect the interest of the infected patient, and does not ensure an effective and equal guardianship. The medical error is a constant reality, and calls for a uniform interpretation, aiming legal security. The paper here presented is a preparation and the beginning of a legal approach of this issue controversies, covering historical and sociological aspects, and also the major decisions of the Courts.

Key-words: State's civil liability. Medical error. Medical activities.

1 INTRODUÇÃO

¹ Acadêmica do Curso de Direito, da FARN. E-mail: laurahelenapinheiro@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de graduação em Direito da FARN. E-mail: leonardomedeiros@tjrn.jus.br

A disciplina da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro já passou por inúmeras transformações, tanto no âmbito constitucional como no âmbito legal. Essa evolução é retratada nas Constituições do século passado, incluindo entre elas a atualmente vigente e refletiu diretamente na abordagem infraconstitucional do tema, e consecutivamente repercutiu nos estudos doutrinários e nas decisões judiciais.

O sistema hodierno de responsabilidade civil teve os seus traços característicos delimitados, sobretudo, pela Constituição Federal de 1988, pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil de 2002.

Durante esse processo de transformação, muito se discutiu acerca da natureza e dos limites da responsabilidade médica. Essa atividade, por lidar com o direito mais fundamental do ser humano – a vida –, sempre foi objeto das mais diversas espécies de controle.

No âmbito da atividade estatal, a prestação de serviços de saúde encontra-se disciplinada no art. 196 da Constituição Federal, que enuncia que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Também nesta seara, essa atividade lida com o bem maior da vida, razão pela qual também se impõe a adoção de meios de controle da atuação estatal.

Com base nessas premissas, o presente trabalho objetiva a análise acerca da responsabilidade civil do Estado decorrente de erro médico, buscando elucidar as peculiaridades que envolvem a prestação de tais serviços pelo Estado e os mecanismos e limites que se impõem à sua responsabilização.

Inicialmente, buscar-se-á traçar um panorama geral da atividade médica e das teorias que tratam da responsabilização civil dos profissionais que atuam nesse setor, para, em seguida, apresentarem-se os contornos desta mesma atividade no setor público e as regras de responsabilização civil estatal atualmente vigentes.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil que teve sua origem no Direito Civil pode ser igualmente denominada de responsabilidade extracontratual e fundamenta-se na obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral decorrente de um fato humano.

Logo, tem-se por responsabilidade civil a obrigação de reparar um dano causado a outrem, seja ela moral ou patrimonial produzido pelos agentes públicos estatais quando atuam em nome da administração.

Em regra geral, no direito privado, para que esta se configure, faz-se necessária a presença de três pressupostos, quais sejam: a) uma atuação lesiva dolosa ou culposa do agente; b) a ocorrência de um dano; c) e o nexo causal entre o fato administrativo e a conduta do agente.

Cabe alertar que não deve-se confundir responsabilidade civil com responsabilidade administrativa ou penal, uma vez que, via de regra, tais esferas de responsabilização atuam de forma independentes entre si.

A Carta Magna traz em seu artigo 37, § 6, que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Ou seja, toda vez que o Estado cause um dano a terceiros por suas atividades, lhe é imposta, em regra, uma obrigação para reparar o prejuízo causado. Este fenômeno jurídico é denominado de responsabilidade civil do Estado.

Importante ressaltar que nem sempre foi assim, para chegar ao conceito de responsabilidade civil adotado no Brasil atualmente, nos obriga a voltar ao tempo da “teoria da irresponsabilidade”, que foi muito adotada pelos Estados absolutistas.

Inexistia responsabilidade do Estado para reparar danos causados decorrentes de suas ações e omissões, visto que falamos sobre um momento histórico em que o Estado era considerado soberano e absoluto. Sobre esse aspecto Cahali (2009, p.21) explica:

A teoria da irresponsabilidade estatal, lembra Cretella Júnior, “prevaleceu na época dos Estados depósticos ou absolutos em que vigora o princípio incontestável: o rei não erra (The king can do no wrong), o que agradou ao príncipe tem força de lei (quod principi placuit habet legis vigorem), o Estado sou eu (l'État c'est moi)”

Esta teoria tinha por fundamento a idéia de soberania, acreditava-se que o ente público, considerado como rei, jamais errava, razão pela qual seria impraticável haver possibilidade de reparação do erro.

No entanto, esta teoria não conseguiu sobreviver por muito tempo, por ser considerada injusta, tendo em vista que o Estado, assim como os outros entes é dotado de personalidade e por isso não só goza de direitos, mas também tem deveres e obrigações, e logo se chegou às

teorias civilistas, que evoluíram chegando ao que temos nos dias atuais, a responsabilidade objetiva do Estado.

Ademais, urge informar que esta teoria da Irresponsabilidade do Estado nunca prevaleceu nos Tribunais Brasileiros.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COMISSIVA E OMISSIVA

Ao abordar a responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva de seus agentes depara-se com divergências na doutrina e jurisprudência ao estabelecer se a inércia gerará responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Por um lado há doutrinadores pertencentes à corrente majoritária que acreditam que não há que se falar em responsabilidade objetiva do Estado quando o dano causado derivou de uma conduta omissiva, segundo Cahali, “quando o Estado se omite e graças a isso ocorre um dano, este é causado por outro evento, e não pelo Estado. Logo, a responsabilidade, aí não pode ser objetiva.” (2009, p.219).

Ilustrativo desse entendimento é o julgado do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência - não sendo, entretanto, necessário individualiza-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço — faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, coma culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido. (STF-, 2ª Turma, RE 382054/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 01-10-2004, p. 00037). (grifos nossos).

Tal corrente norteia-se pelo princípio de que uma pessoa não deve responder por aquilo que não fez. Para eles, quem gerou o dano não foi o agente público, a causa lesiva é

outra, motivo pelo qual corroboram com o entendimento de que o Estado deve responder de forma subjetiva, baseando-se na Teoria da Culpa Administrativa.

Por esta teoria, faz-se necessário que o prejudicado comprove a falha do serviço que deveria ter sido prestado pelo Estado, assim como o nexo causal entre o dano e a omissão. Isso quer dizer que caso o Estado atuasse de forma regular seria motivo suficiente para evitar a ocorrência do evento danoso.

Por outro lado, existem doutrinadores pertencentes a uma corrente minoritária e não fazem diferenciação entre a responsabilidade do Estado por conduta comissiva ou omissiva praticadas por seus agentes públicos, e acreditam que a Administração Pública responderá sempre de forma objetiva pelos danos causados a terceiros independente de culpa ou dolo. Para eles, não é só o fato de agir que acarreta a responsabilidade civil, mas também a falta de agir do ente público.

Neste contexto, sempre que um dano for causado a terceiro por ação ou omissão da Administração Pública ou de seus servidores, a mesma responderá com base na responsabilidade objetiva, ou seja, não se faz necessário a vítima provar que houve conduta culposa do servidor, pois o elemento culpa é juridicamente irrelevante, importando apenas a configuração do dano causado, a existência de uma conduta e o nexo de causalidade.

Essa corrente acredita que não responsabilizar objetivamente o Estado seria um retrocesso no processo de evolução da responsabilidade civil, o que não deve ser cogitado. Além disso, acredita-se que a omissão é caracterizada como sendo um ato ilícito e deve ser tratada como tal, pois esta não é apenas condição para o evento dano, mas assim como a comissão, da causa ao dano.

Atualmente a responsabilidade civil do estado está prevista no art. 37, §6º da Constituição Federal. O referido dispositivo mencionado em linhas pretéritas regula a responsabilidade objetiva da Administração na modalidade do risco administrativo. Desta feita, faz-se necessário atentar para sua abrangência, visto que este se aplica não só as pessoas jurídicas de direito público, mas alcança também todas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, inclui-se assim a Administração Direta, as Autarquias e Fundações Públicas, bem como as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, e ainda as pessoas privadas delegatárias de serviços públicos, não tendo desse modo relevância a sua área de atuação.

No que tange a responsabilidade do estado por conduta comissiva de seus servidores públicos, a doutrina e jurisprudência majoritárias brasileiras são pacíficas quando adotam o

entendimento de que a Administração pública deve responder objetivamente pelo dano causado a terceiros, prescindindo a comprovação de culpa.

Veja-se julgados freqüentes do Superior Tribunal de Justiça e da Suprema Corte que avigoram o entendimento em comento:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - TERCEIRO ATINGIDO POR PROJÉTIL DISPARADO POR POLICIAL - DANO MORAL - POSSIBILIDADE.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Cabe ao Estado, pelo princípio constitucional da responsabilidade, reparar os danos causados por atos omissivos ou comissivos praticados pelos agentes estatais.

3. Reconhecida nesta Corte a possibilidade de reparação por danos morais no caso de responsabilidade objetiva do Estado.

4. Recomposição que se deve fazer não apenas no plano material, mas também no imaterial.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1140025/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 22/09/2010)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ASSALTO PRATICADO POR POLICIAL FARDADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. 1. O Estado responde objetivamente pelos danos causados por seus agente, ainda que fora do horário de expediente. Nesse sentido: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. responsabilidade civil do Estado. C.F., art. 37, § 6º. I. - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. II. - R.E. não conhecido (RE 160401, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Dj 04-06-1999). 2. A súmula 279/STF dispõe verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 3. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 644395 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX,

Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-202 DIVULG 19-10-2011 PUBLIC 20-10-2011 EMENT VOL-02611-02 PP-00212)

Para que se caracterize a responsabilidade ora abordada, faz-se necessário que o agente prevaleça na condição de agente público quando da realização do ato, tornando-se assim irrelevante o fato dele ter atuado dentro, fora, ou além da sua competência legal. Portanto, a arbitrariedade por parte do agente no exercício da função pública não exclui a responsabilidade da Administração.

Exalta-se que a responsabilidade objetiva do Estado é aplicada somente para os casos em que os danos foram causados em virtude de ação de agentes do poder público, visto que quando os danos são ocasionados por omissão da Administração, a indenização é regulada pela Teoria da culpa administrativa.

A luz da Teoria do risco administrativo, adotada como regra no Brasil, a Administração pública será responsabilizada de forma objetiva pela prática de ato danoso, da qual resulte o dano material ou moral ao administrado, desde que comprovado o nexo causal.

No entanto, ficará o Estado isento de responsabilidade quando a atuação do agente causador do dano for independente a condição de agente público, ou seja, quando ele estiver fora de suas funções públicas ou quando o dano ocorreu em virtude de interesse privado.

Além disso, temos como excludente de responsabilidade da Administração as hipóteses em que o dano sofrido se originou por culpa exclusiva da vítima. Entretanto o ônus da prova é da administração, ou seja, a impossibilidade de provar culpa do particular gera ao Estado imediata obrigação de indenização.

3 O ERRO MÉDICO

Quando o profissional da medicina, no exercício da sua profissão, por ação ou omissão ou ainda por falha na sua conduta técnica causa dano a vida ou a saúde de outrem por ter atingido um resultado diverso do esperado, da causa a um assunto extremamente delicado e minucioso, o chamado erro médico.

O erro decorrente de um profissional da área médica pode vir a tornar-se de extrema gravidade, pois o médico lida com um bem indiscutivelmente valioso: a vida humana.

Neste sentido, Cavalieri Filho (2010) traz a lição que os médicos erram porque são pessoas. [...]. O problema é que o médico lida com vida humana em situações muitas vezes imprevisíveis, o que tornam mais dramático. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.363).

O Manual de Orientação Ética Disciplinar do Conselho Federal de Medicina conceitua o erro médico como sendo:

[...] a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos Conselhos de Medicina ou na Justiça, em que o médico foi condenado, o foi por erro culposos.

Nos dias atuais tornaram-se corriqueiros casos de omissão por partes dos profissionais da área da saúde, do mesmo modo, também aumentou os casos em que as ações cometidas por estes de formas indevidas ou inadequadas geraram lesões a terceiros, como cirurgias desnecessárias e tratamentos impróprios.

Em virtude do exercício de sua profissão, entende-se que os médicos devem ter plena consciência de seus deveres éticos e jurídicos, pois tem influência direta com o corpo do paciente. Além disso, tem o dever de evitar os possíveis efeitos nocivos que eventualmente possam existir nessa área.

De acordo com o Código de Ética Médica em seu capítulo III, art. 1 é vedado ao médico: “Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”. Ao desobedecer ao presente dispositivo, fica caracterizado o erro médico, que normalmente se configura como um crime culposos, e não doloso. Entretanto, para que se possa compreender verdadeiramente este assunto, é necessário uma breve explanação sobre tais modalidades.

No dicionário brasileiro temos por imperícia: “s.f. Falta de habilidade, experiência ou destreza; incompetência.”, ou seja, o médico é deficiente profissionalmente para praticar atos exigidos pela sua carreira por falta de experiência ou habilidade, como por exemplo quando prescreve tratamento para uma suposta doença, no entanto o paciente apresenta sintomas de uma enfermidade completamente dessemelhante.

No que tange a imprudência, que também podemos chamar de imprevidência, é aquela ação irresponsável onde o agente prevê o dolo, pode ser caracterizada pela má-fé e não somente por uma simples inobservância. O médico imprudente tem ciência do risco que seu

ato pode gerar, porém acredita que poderá fazê-lo sem causar estrago. Um exemplo corriqueiro de imprudência médica é a enfermeira que dá dose dobrada de medicamento para um paciente, quando a dosagem adequada deveria ser única.

Por fim, a negligência ocorre quando existe omissão de conduta do profissional, ocasiões em que o médico deveria agir, e fica inerte. Tal modalidade é caracterizada pela preguiça e desinteresse dos médicos, todavia também pode ser provocada por cansaço e sobrecarga que os profissionais da saúde enfrentam. O Código de Ética Médica traz em seu art. 8 o seguinte texto que damos como exemplo desta modalidade:

É vedado ao médico afastar-se profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave”. Configura-se ainda negligência o exposto no art. 36 do referido código: “Abandonar paciente sob seus cuidados.

O Código Civil de 1916 trazia em seu art. 1545 o seguinte regramento: “os médico, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligencia, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, incapacitação de servir, ou ferimento”. Já no Código Civil vigente, o art. 951 apresenta “por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligencia, imprudência ou imperícia, causar morte ao paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou incapacitá-lo para o trabalho”.

Neste mesmo sentido, porém em outras palavras, Giostri (2005) pontua que:

Às vezes, é possível a ocorrência de um erro que, por ser de pequena monta ou por não deixar seqüelas, 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 nexo de causalidade, então deverá ele ser responsabilizado. (GIOSTRI, 2005, p.125)

Violando artigos de leis consolidadas, o médico além de ser submetido a um processo administrativo no Conselho de Medicina, deverá ser punido no âmbito jurídico.

Para que se configure o erro médico no âmbito jurídico, é indispensável à presença de três elementos: que haja um procedimento médico; que deste resulte em um dano ao paciente podendo ser ele moral, material ou estético (físico); e o nexo de causalidade ligando o dano à conduta, ou seja, a responsabilidade jurídica só passa a existir quando houver um prejuízo ou dano que ofenda a coletividade ou apenas um sujeito.

Ademais, vale ressaltar que o médico só será condenado e conseqüentemente terá o dever de reparar o dano causado, a partir do momento que existir uma relação jurídica entre ele e seu paciente, seja ela através de um contrato de prestação de serviço ou mesmo através de um contrato celebrado entre o profissional médico e o hospital ou plano de saúde.

3.1 A LESÃO IATROGÊNICA COMO EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Ao exercer a medicina no cotidiano, é imputado ao médico a realização de diversos procedimentos, além de receitar inúmeros medicamentos, com a finalidade de sanar enfermidades, e salvar o paciente que se encontre em estado de risco, para possa ser evitado maior prejuízo a saúde.

Determinados procedimentos e manipulações medicamentosas, que carecem ser realizadas pelo fato de não existir outro tratamento apropriado podem ocasionar efeitos colaterais e prejuízos ao paciente, mesmo quando a conduta emanada pelo médico tenha sido executada de maneira perfeitamente correta, é o que a medicina chama de iatrogenia.

Do ponto de vista da Ciência do Direito, por iatrogenia, strictu sensu, há de se entender a lesão causada no paciente, mas decorrente de correto atuar médico, ou seja, a alteração patológica provocada no paciente por tratamento de qualquer espécie. Por outras palavras, pode-se dizer que, no enfrentamento da doença do paciente pode “acontecer” ou ser necessário outros danos à saúde do mesmo (a exemplo da amputação de um membro ou extirpação de parte de um órgão), previsível, mas inevitável. (SEBASTIÃO, 2003. P.77)

A iatrogenia deriva dos vocábulos gregos *iatros* (médico) e *genia* (o que é produzido), ou seja, são lesões causadas em pacientes por procedimentos médicos corretos com propósito benéfico, e que obviamente não sejam configurados como imperícia, negligência nem imprudência. Existem diversos exemplos que podem ser citados como lesões iatrogênicas, o jurista Farah em seu artigo O Direito e a Justiça em face dos danos ou das Lesões Iatrogênicas, traz as seguintes lesões possíveis:

As cirurgias em diabéticos, por exemplo, têm elevado potencial de imprevisíveis complicações. A lesão é, no caso, tipicamente iatrogênica. A mastectomia, no câncer avançado, como recurso de salvação ou prolongação

da vida, acarreta uma inevitável mutilação. A mastectomia radical, com retirada de outros músculos, ligaduras, etc, provoca mutilação de efeitos deformantes.

Todos casos em que a conduta médica acontece de forma correta e busca o bem maior: a cura de uma doença principal.

A itrogenia está mais próxima de uma imperfeição de conhecimentos científicos, escudando a falibilidade do profissional, posto que o insucesso parcial ou total da intervenção ocorre em razão de peculiar característica inerente ao próprio paciente e, se essa circunstância não for possível de ser detectada antes da operação, estar-se-á diante de verdadeira escusa absolutória ou causa excludente da responsabilidade (STOCCO, Rui, Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais, 1990, p. 401)

Uma vez configurada a lesão iatrogênica, não há o que se falar em responsabilidade civil e dever de indenizar, pois não se trata de erro médico.

Na lesão iatrogênica ocorre uma quebra do nexos de causalidade entre o procedimento e o prejuízo causado. O médico atua de forma correta e precisa, e além disso há uma boa intenção em seu agir, no intuito de causar benefícios ao paciente, no entanto existem situações em que o dano é inevitável.

Corroborando com o exposto, veja-se entendimento dos Tribunais:

RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - CULPA DO RÉU NÃO VERIFICADA - HIPÓTESE DE IATROGENIA - INEXISTÊNCIA DE PREVISIBILIDADE DO DANO VERIFICADA - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - Sentença confirmada nos termos do art. 252, do RITJSP/2009 - Recurso desprovido." (TJSP 994050763209 SP, Relator: Luiz Antonio de Godoy, Data de Julgamento: 30/03/2010, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/04/2010)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA PARA REALIZAÇÃO DA "DUPLA TROCA MITRO-AÓRTICA" COM INSTALAÇÃO DE PRÓTESESS. SUPOSTO ERRO MÉDICO. AUTORIZAÇÃO PARA CIRURGIA. ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO. DANO IATROGENICO.- Ajuizou-se ação ordinária, em face da UNIÃO FEDERAL, na qual objetiva a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, e danos materiais (despesas de sepultamento e pensão mensal no valor de 2/3 do salário mínimo pelo período de 47 anos), decorrentes de suposto erro médico ocorrido dentro do Hospital dos Servidores do Estado, que gerou a morte de seu filho.-A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes.-Outrossim, cabe destacar, ainda, que não se confundem a conduta do profissional médico com a do nosocômio aonde se encontra o paciente, conforme ressumbra o julgado do Superior Tribunal

de Justiça, no Resp 258389, DJ 22/8/05, aplicável, *mutatis mutandis*, na hipótese enfocada. Ainda, em sede de premissas, há que se colocar em pauta, que a obrigação do médico é de meio, pelo que em seu atuar -dada a imperfeição da medicina -há a lesão previsível, a iatrogenia, ou dano iatrogênico, que corresponde ao dano necessário e esperado daquele atuar, afastando a responsabilidade civil respectiva, *ipso jure* o designado erro médico. Resp 258389-As digressões, em epígrafe, são plenamente aplicáveis, a *fortiori*, aos médicos que atuem na rede pública, pois não seria concebível que, passe-se o truísmo, que a obrigação do médico se transmutasse de meio em resultado, pela singela circunstância geográfica do seu atuar, devendo, mesmo que, assim não fosse, estar presente, para fins indenizatórios, o respectivo nexo etiológico.-In casu, apesar do lamentável infausto, inocorreu a alegada imprudência médica, na medida que, diante da documentação acostada aos autos, mais precisamente os laudos de fls.198-211 e 271-274, o procedimento adotado para o quadro clínico do menor foi o adequado, e em casos como do mesmo, com possibilidade de mortalidade, não sendo portanto, ocasionadas por nenhuma falha da equipe médica -E quanto não autorização da família para realização da cirurgia, a decisão de piso, também foi precisa: "Também não merece acolhida a alegação de que o autor ou o paciente não teriam ciência dos riscos nem autorizado a cirurgia. Em que pese não constar o documento com autorização e ciência expressa neste sentido, há verossimilhança no relato do médico do Hospital dos Servidores do Estado, bem como consta dos autos às fls. 53 a cópia do laudo médico para emissão de Autorização de Internação Hospitalar onde está bem definida a troca de valva mitral + aórtica, bem como há comprovação de que o filho do autor passou por todo o tipo de avaliação pré-operatória, do anesthesiologista (fls.54 em 19/10/1999), do cirurgião (fls. 54-55 em 19/10/1999), do setor de enfermagem (fls. 61 em 19/10/1999)."-Deste modo, diante do episódio narrado, inconfigura-se qualquer conduta dolosa, ou culposa da equipe médica, restando afastado o necessário nexo etiológico, traduzindo a situação uma fatalidade, que não incursiona na seara da responsabilidade civil.-Recurso de apelação desprovido." (TJRJ 200251010028499 RJ 2002.51.01.002849-9, Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, Data de Julgamento: 31/08/2011, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::09/09/2011 - Página::327).

Conclui-se, pois que os casos de lesão iatrogênica não ensejam a responsabilidade do médico, ou seja, a atuação médica é integralmente destituída de culpa. Entretanto, é inaceitável que a iatrogenia seja argumento jurídico para ocultar erros médicos, servindo para que os profissionais da medicina se esquivem de suas responsabilidades.

4 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

De maneira geral, a responsabilidade médica alcança duas vertentes: a primeira consiste na responsabilidade pessoal do médico como profissional liberal; a segunda, por seu

turno, abrange os casos de responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, ou seja, a responsabilização de hospitais, clínicas, laboratórios, entre outros (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 385).

No âmbito da responsabilidade do médico profissional liberal, é indiscutível a sua natureza contratual, cabendo apenas a indagação acerca do tipo de obrigação dela decorrente – de resultado ou de meio. Regra geral, a obrigação médica consiste em proporcionar ao paciente todos os meios, instrumentos e conhecimentos necessários ao tratamento indicado em razão do diagnóstico apresentado, o que não, garante, por óbvio, a cura do enfermo. Assim, a responsabilidade do médico é de meio, e não de resultado, embora haja situações em que esta passe a ser obrigação de resultado, sendo os mais claros exemplos as cirurgias estéticas. É possível mencionar, ainda, os serviços de radiologia, os procedimentos de anestesia e a realização de exames e diagnósticos.

O Código Civil, em seu art. 951, tratando da indenização em caso de homicídio, ofensa à saúde, lesão ou defeito que incapacite a vítima para o seu ofício, dispõe que tais normas se aplicam àqueles que, no exercício da atividade profissional, por negligência imperícia ou imprudência, causem a morte do paciente, agravem-lhe o mal, causem-lhe lesão ou inabilitem-no para o trabalho. Na mesma vertente, o art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, excetuando a regra da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços, estabelece que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”, entendida esta em seu sentido amplo.

Desta feita, não obstante seja contratual, a responsabilidade médica é subjetiva, prescindindo, portanto, da configuração do elemento subjetivo para que se materialize o dever de indenizar. Em outras palavras, caberá ao lesado ou aos seus sucessores a comprovação da ocorrência de imperícia, negligência ou imprudência por parte do profissional.

Neste momento, cumpre trazer a lição de Cavalieri Filho (2010), que, tratando da configuração do elemento subjetivo necessário à responsabilização do médico profissional liberal, dispõe:

A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto (2010, p. 387).

Não obstante o ônus probatório da culpa caiba, pelo menos inicialmente, o paciente lesado, a jurisprudência tem reconhecido um dever de cooperação por parte do médico envolvido no evento danoso, no sentido de comprovar a regularidade técnica dos serviços realizados, com o fim de desconfigurar a ocorrência do elemento subjetivo (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 416).

Logo, a conduta médica que autoriza a responsabilização subjetiva por dano causado a paciente lesado pode decorrer de erro pertinente à técnica médica, abrangendo as hipóteses de negligência, imperícia ou imprudência, ou de erro humano inescusável, grosseiro, ou seja, aquele inadmissível frente à cultura médica básica. Adverte-se, por oportuno, sobre a necessidade de se agir com cautela na aferição da responsabilidade médica, sob pena de se reprimir a atuação profissional em razão de obstáculos científicos e humanos intransponíveis em determinados tempo e estágio social.

Ao analisar a responsabilidade médica empresarial, cabe ressaltar os apontamentos a seguir. O mesmo artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que excepciona a regra da responsabilidade objetiva em relação aos médicos profissionais liberais, permite o enquadramento dos estabelecimentos médico-hospitalares no grupo dos fornecedores de serviços, sendo-lhes aplicável, portanto, a teoria objetiva da responsabilidade. Esta decorre, segundo a dicção do próprio Código Consumerista, do fato do serviço decorrente de defeito na sua prestação (art. 14, § 1º, do CDC). No mesmo sentido, o art. 932 do Código Civil dispõe que o empregador ou comitente é responsável por seus empregados, serviçais e prepostos.

Benjamin, Marques e Bessa (2007, p. 157) pontificam que essa “noção objetiva da qualidade do serviço, vedando-se um ‘padrão’ unicamente contratual de qualidade, significa, a par de oferecer garantia básica de adequação e funcionalidade dos serviços, retirar a importância da análise da diligência do fornecedor (culpa)”. Logo, na responsabilidade civil decorrente de vícios na prestação de serviços hospitalares, nenhuma importância tem a averiguação do elemento subjetivo do prestador, sendo necessárias apenas a indicação do dano e do nexo de causalidade para fins de responsabilização do estabelecimento.

Em outras palavras, não se cogita da inquirição de culpa do agente diretamente responsável pelo resultado prejudicial do serviço. Cavalieri Filho (2010, p. 399) pontua que, “ocorrido o acidente de consumo, não se discute culpa; o fornecedor responde por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito. (...) Em face do fato do serviço, o defeito é presumido (...)”

Alerte-se, contudo, que essa noção objetiva de responsabilização do fornecedor de serviços médicos hospitalares não alberga o erro eminentemente técnico do profissional a ele

vinculado. Ou seja, nesses casos, embora seja o estabelecimento hospitalar responsável pela reparação do dano, deverá a vítima comprovar a conduta culposa do médico causador direto do prejuízo. Nesse sentido é o julgado abaixo:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO E POR DEFEITO NO SERVIÇO. SÚMULA 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 334 E 335 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REDIMENSIONAMENTO DO VALOR FIXADO PARA PENSÃO. SÚMULA 7 DO STJ.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: (i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);

(ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano;

(iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

2. No caso em apreço, as instâncias ordinárias entenderam pela imputação de responsabilidade à instituição hospitalar com base em dupla causa: (a) a ausência de médico especializado na sala de parto apto a evitar ou estancar o quadro clínico da neonata - subitem (iii); e (b) a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, haja vista a ausência de vaga no CTI e a espera de mais de uma hora, agravando consideravelmente o estado da recém-nascida, evento encartado no subitem (i). 3. De fato, infirmar a decisão recorrida demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é defeso a este Tribunal, ante o óbice contido na Súmula 7 do STJ.

4. Inexiste violação ao art. 335 do CPC, uma vez que a solicitação de aplicação das regras de experiência, no caso vertente, veicula pedido juridicamente impossível, uma vez consubstanciar manifesta infringência à norma expressa do Ministério da Saúde - Portaria 96/94.

5. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes exigidos pelo RISTJ, à míngua de similaridade fática entre os julgados confrontados.

6. Ausência de violação do art. 334 do CPC, porquanto a confissão não vincula o Juízo, que, em razão do princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), dar-lhe-á o peso que entender adequado.

7. A instância ordinária considerou adequado o valor de um salário mínimo "a partir da data em que esta completar 14 anos até superveniente e total convalescença", de modo que proceder à nova análise probatória para redimensionar a pensão, com vistas a formar novo juízo entre a capacidade de trabalho perdida e a repercussão econômica na vida da recorrida, ultrapassa os limites constitucionais do recurso especial, esbarrando no óbice da Súmula 7/STJ.

8. O termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais é a data da prolação da decisão em que arbitrado o seu valor, merecendo reforma o acórdão recorrido neste ponto.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido, apenas para determinar a incidência da correção monetária a partir da fixação do valor da indenização.

Sucumbência mínima da recorrida, razão pela qual se preserva a condenação aos ônus sucumbenciais fixada pelo Tribunal. (REsp 1145728/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 08/09/2011)

Destaque-se que, embora o art. 20 do CDC não seja expresso em relação à responsabilidade solidária dos fornecedores, tal ilação se mostra possível em razão do disposto nos arts. 7º e 25, § 1º, do mesmo diploma (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 157). Logo, há responsabilidade solidária do estabelecimento médico em relação ao profissional causador do dano.

Ainda, mesmo sendo a responsabilidade médica empresarial objetiva, não se está a tratar de obrigação de resultado do estabelecimento hospitalar ou congênere, mesmo porque o fato do internamento não importa, obrigatoriamente, na recuperação do paciente. Assim, afora as hipóteses em que se reconhece a obrigação de resultado do serviço médico – que, diga-se de passagem, são exceções –, a responsabilidade médica deverá ser sempre analisada sob a perspectiva de uma obrigação de meio. Isto quer dizer que, verificado o defeito na prestação do serviço, não se deverá impor a responsabilidade somente em razão da obtenção ou não do resultado almejado, mas, sim, com base na análise acerca do correto e satisfatório emprego de todos os meios científicos e materiais necessários ao alcance do resultado pretendido.

Adentrando na análise da responsabilidade civil pela prestação de serviços médicos sob os dois prismas, cabe trazer o magistério de Sebastião, Citado Por Theodor Júnior (2009, p. 417):

A responsabilidade civil, para os efeitos de reparação de dano à saúde em paciente internado, será atribuída ao médico, se este tiver agido com exclusividade e não for empregado, nem preposto do hospital. Em caso de relação de emprego ou de preposição, ocorrerá solidariedade do empregador

ou comitente. A responsabilidade será exclusiva do hospital se tiver causado o dano ao paciente sem concorrência de médico (autônomo ou vinculado).

4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ERRO MÉDICO

Conforme abordado em linhas pretéritas, antes da atual conformação da responsabilidade civil do Estado, esta passou pelas fases da irresponsabilidade, da responsabilidade com culpa comum, da teoria da culpa administrativa até chegar, nos dias atuais a teoria do risco administrativo. Também não podemos olvidar da teoria do risco integral.

Seguindo essa evolução, a Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, fixou a regra da responsabilidade objetiva do Estado em virtude de danos causados a terceiros por seus agentes, atuando nessa qualidade. Da mesma forma, o Código Civil de 2002, acompanhando a teoria adotada pela Constituição Federal, reproduziu o teor desse dispositivo em seu art. 43. Excetua-se dessa regra, contudo, as hipóteses de danos oriundos da omissão da administração, cuja responsabilidade é apurada com base na teoria da culpa administrativa.

Há, entretanto, opiniões doutrinárias assim como na jurisprudência, que entendem que, mesmo nos casos de omissão estatal, a responsabilidade civil deve ser aferida com base na teoria objetiva. A título de exemplo, menciona-se o trecho do seguinte julgado:

(...) Por outra banda, a meu juízo, não obstante as dissensões jurisprudenciais e doutrinárias (STF, RE 258726, DJ 14/6/02), entendo que subsiste a responsabilidade objetiva, em se tratando de conduta omissiva (STF, RE 109615, DJ 2/8/96), pelo princípio da efetividade máxima das normas constitucionais (STF, Adin 2596, DJ 27/9/02), devendo esta ser apurada pela existência de um dever jurídico (STF, RE 372472, DJ 28/11/03) e, pela observância deste, nas circunstâncias fáticas, por um critério de razoabilidade (STF, RE 215981, DJ 31/5/02) inadmitindo-se a designada omissão genérica (STF, Ag.Rg AG 350.074, DJ 3/05/02). Por derradeiro, há que se vislumbrar um nexo etiológico entre a conduta, e o dano experimentado (STF, RE 172025, DJ 19/12/96), sem o qual, não obstante a presença daqueles, inviabiliza-se o reconhecimento indenizatório (STJ, REsp 44500, DJ 9/9/02). (TRF2. APELAÇÃO CIVIL. Processo: 1992.51.01.035048-1. 8ª Turma. Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND. DJ de 03/04/2007, p.235).

Mostrou-se acima que a responsabilidade médica empresarial é objetiva, havendo apenas exceção quanto à responsabilidade dos médicos profissionais liberais, em virtude da

pessoalidade os contratos firmados entre eles e seus pacientes. Assim, no caso de prestação de serviços médicos por estabelecimentos hospitalares, estando os médicos a eles subordinados, o defeito na prestação de serviço deverá ser imputado aos primeiros, facultado regresso da empresa hospitalar contra o médico diretamente responsável.

Associando essas duas constatações: a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes e a responsabilidade objetiva dos estabelecimentos hospitalares pelos danos causados por seus prepostos, não se pode chegar a outra conclusão, senão a de que a responsabilidade por erro médico decorrente de serviço de saúde prestado pelo Estado deve ser objetiva. Portanto nesses casos, o Estado enquadra-se perfeitamente no conceito de prestador de serviços estabelecido na legislação consumerista.

Reforça essa tese o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor que dispõe que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. O parágrafo único do mesmo artigo determina, ainda, que, “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código”.

Isso ocorre, pois a responsabilidade civil do Estado é estabelecida com base na teoria do risco administrativo, como já comentado neste artigo, e, portanto, havendo a comprovação do nexo causal entre o procedimento médico e a lesão sofrida pelo paciente posto sob os cuidados do Estado, este obrigatoriamente responderá de forma objetiva, caso em que não é cabível a indagação acerca da atuação culposa ou dolosa por parte do médico, a qual só terá vez em sede de ação regressiva movida pelo Estado contra este.

Ressalte-se, ainda, que, sendo o Estado responsável objetivamente pelos danos causados por seus agentes, incluídos aí os casos de defeitos ou danos na prestação dos mais variados serviços públicos, como os de transporte, energia, correspondência, entre outros, com muito mais razão deverá ele ser responsabilizado também objetivamente pelos prejuízos decorrentes de defeito na prestação do serviço público de saúde, uma vez que se trata de prestação estatal essencial, relacionada aos direitos fundamentais sociais básicos da população. Sobre esse aspecto, Cavalieri Filho (2010, p. 401) é taxativo:

Ora, se no caso de um acidente de ônibus, no qual ficam feridos passageiros e pedestres, não mais se faz necessário provar a culpa do empregado ou

preposto, por que isso teria que ser feito no caso dos hospitais? São prestadores de serviços, tal como as empresas de transporte, submetidos ao novo regime de responsabilidade direta e objetiva pelo fato do serviço. (grifo original)

Embasam, ainda, a responsabilização objetiva do Estado os ensinamentos de Sebastião, Citado Por Theodoro Júnior (2009, p. 416), que, após falar sobre o tema, estabelece que “para efeitos de indenização ao paciente, não há distinção entre hospital público e privado, geral ou especializado, gratuito ou pago, como também, não há distinção entre médico particular ou médico funcionário público, em prestação de serviços gratuitos ou pagos. A responsabilidade e os deveres profissionais são idênticos para todos”, pois “os conflitos judiciais sobre saúde, por envolver ‘direito de todos e obrigação do Estado’, têm natureza própria e ultrapassam os limites das relações contratuais privadas, assim, como os das relações individuais de consumo. Em relação a estas, porque neles não se esgotam. Em relação àquelas, porque os interesses são supraconstitucionais e transnacionais”.

Do mesmo modo, diz o art. 22 do CDC já referido acima, que a responsabilidade do Estado por danos oriundos dos serviços públicos de saúde abrange os fatos ocorridos não apenas nos estabelecimentos públicos de saúde, mas também aqueles acontecidos em estabelecimentos médicos privados que possuam convênio com o Poder Público para a prestação de serviços médico-hospitalares.

Cabe pontuar que eventual ação de regresso movida pelo Estado contra o médico envolvido na ocorrência do dano apenas terá lugar nos casos de verificação de dolo ou culpa por parte do profissional e, em qualquer caso, apenas depois do trânsito em julgado da ação de indenização movida contra o ente público, sendo vedada, pois, a tramitação concomitante de uma e outra ação.

Isto porque, antes do trânsito em julgado da ação indenizatória, carece o Estado de legitimidade e interesse para a propositura da ação de regresso, visto que não se terá consolidado, por ora, a obrigação de reparar o dano e, por conseguinte, o direito de reaver o dispêndio do real causador.

Outrossim, não poderá o Estado pleitear o ressarcimento ao erário em ação de regresso quando, em sua defesa na ação de indenização, tenha defendido o profissional, arguindo a inexistência de conduta dolosa ou culposa por parte deste, uma vez que isso implicaria contradição.

A responsabilidade objetiva do Estado aplica-se, ainda, ao dever de indenizar os danos moral e estético, quando existentes. No primeiro caso, não se faz necessária a prova efetiva do

dano moral, uma vez que ele decorre da simples constatação da ocorrência do evento danoso. Quanto ao dano estético, importa apenas a indicação do mesmo e do nexo causal da atividade médica defeituosa para que se imponha o dever de indenizar. Ademais, por se tratar de diferentes espécies danosas, assim como ocorre com os danos material e moral (Súmula nº 37 do STJ), os prejuízos moral e estético são cumuláveis, como já assentado na Súmula nº 387 do STJ.

Ilustrativo da responsabilidade objetiva do Estado por erro médico é o julgado abaixo, que aborda com maestria os diversos aspectos envolvidos na aferição do dever de indenizar do Poder Público, senão vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, § 6º. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. MORTE DE RECÉM-NASCIDO EM VIRTUDE DE DEMORA NA REALIZAÇÃO DO PARTO. EQUIPE MÉDICA. NEGLIGÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO.

1) Ação ajuizada em face da União Federal, pretendendo a autora o pagamento de danos morais e físicos, por conta do falecimento de seu bebê recém-nato por Insuficiência Respiratória e Asfixia Neonatal, em virtude de negligência por parte da equipe médica que lhe prestou atendimento no Hospital Escola São José que, através do SUS, é mantido pelo Ministério da Saúde.

2) A União, na qualidade de sucessora do INAMPS na instância federal (parágrafo único do art. 1º da Lei 8.386/93), deve responder pela ação, já que àquela autarquia, vinculada ao Ministério da Saúde, competia dirigir o Sistema Único de Saúde no âmbito da União (art. 9º da Lei nº 8.080/90), à época dos fatos. **Os hospitais particulares, quando credenciados pelo INAMPS ou pelo Ministério da Saúde exercem atividade pública delegada. Assim, embora também estejam sujeitos a responderem individualmente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, na forma do § 6º do art. 37 da C.F., isto, por si só, não exclui, em princípio, a responsabilidade da entidade delegante, no caso, a União, cabendo a esta o ônus da prova no sentido de afastar a sua responsabilidade.**

3) Afastadas a alegação de ilegitimidade passiva da União, bem assim a de nulidade argüida pelo Ministério Público Federal, com **ressalva de direito de regresso da primeira contra o agente diretamente causador do dano, no caso de eventual condenação.**

4) *"A responsabilidade civil do Estado, com fundamento no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, é objetiva, de acordo com a teoria do risco administrativo, e isto inclusive no que pertine aos danos morais."* (Carlos Alberto Bittar, in *Reparação Civil por Danos Morais*; 3ª ed.; Ed. RT; 1999; p. 167), cabendo salientar que tem por fundamento a existência do **nexo de causalidade entre o dano e a prestação do serviço público**, sem se cogitar a licitude do ato. **O lesado não está, no entanto, dispensado de comprovar o nexo de causalidade para que nasça a obrigação do Estado de compor seu patrimônio.** (...) (TRF2. Processo nº 1999.51.01.021453-1. 5ª Turma.

Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETO. DJ de 22/01/2007, p. 250) (grifado)

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade médica no seu aspecto civil sempre suscitou os mais variados debates. Isto porque, de um lado encontra-se o profissional da saúde, humano, inevitavelmente falível; e de outro, o paciente, que não deve estar desprovido das garantias jurídicas inerente à proteção do bem maior que é a vida.

Com base neste quadro, a responsabilização civil do profissional da saúde passou por inúmeras transformações no último século, culminando com a atual disciplina estabelecida pelo conjunto de normas pertinentes da Constituição Federal, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

Da mesma forma, buscando adequar-se às transformações sociais e às necessidades humanas, a responsabilidade civil do Estado, em todos os seus campos de atuação, foi objeto das mais diversas discussões e mudanças, não tendo ocorrido de forma diferente em relação à responsabilidade estatal decorrente da prestação dos serviços públicos de saúde.

Consolidando a aplicação da teoria do risco administrativo, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a responsabilidade objetiva dos entes públicos pelos atos faltosos de seus agentes, assegurando o direito de regresso contra estes no caso de culpa, no que foi seguido pelo Código Civil de 2002. Ainda, o Código de Defesa do Consumidor, disciplinando a prestação de serviços, incluiu o Estado na regra da responsabilização objetiva, conforme estudado alhures.

Por todo o exposto, tem-se que, embora a atividade médica albergue, em regra, obrigação de meio, e não de resultado, a responsabilidade decorrente da prestação de serviços de saúde de forma empresarial é objetiva, incluindo-se, nesse caso, a prestação do serviço pelo SUS, por expressa disposição do art. 37, § 6º, da CF, e do art. 22 do CDC.

Frise-se que tal responsabilidade abrange não apenas os danos materiais, mas também os morais e estéticos, que são cumuláveis, consoante restou assentado acima. Ressalva-se, contudo, a possibilidade de ação de regresso do ente público responsável contra o agente diretamente causador do dano, nos casos em que reste comprovada a prática culposa deste.

Assim, por se tratar de direito fundamental garantido pela Constituição Federal, a vida e a integridade física dos cidadãos merecem estar resguardadas de qualquer sorte de comportamento capaz de lhes macular, inclusive nos casos em que o responsável seja o Estado, sobretudo porque não há razoabilidade em conferir a este tratamento diferente do que é dispensado aos estabelecimentos médico-hospitalares privados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17ª ed. São Paulo: Método, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988.

_____. STF. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. Recurso Extraordinário: RE 382054 RJ. Relator: Ministro Carlos Vellozo. Julgamento: 01/10/2004. Órgão Julgador: 2ª Turma DJ p. 00037.

_____. TJMG. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - TERCEIRO ATINGIDO POR PROJÉTIL DISPARADO POR POLICIAL - DANO MORAL - POSSIBILIDADE. Recurso Especial: REsp 1140025 MG. Relator (a): Ministra Eliana Calmon. Julgamento: 02/09/2010. Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação: 22/09/2010.

_____. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ASSALTO PRATICADO POR POLICIAL FARDADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 644395. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 04/10/2011. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: 20/10/2011.

_____. TJSP. RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - CULPA DO RÉU NÃO VERIFICADA - HIPÓTESE DE IATROGENIA - INEXISTÊNCIA DE PREVISIBILIDADE DO DANO VERIFICADA - INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Recurso Extraordinário: RE

994050763209 SP. Relator: Luiz Antônio de Godoy. Julgamento: 30/03/2010. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 16/04/2010.

_____. TJRJ. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA PARA REALIZAÇÃO DA "DUPLA TROCA MITRO-AÓRTICA" COM INSTALAÇÃO DE PRÓTESES. SUPOSTO ERRO MÉDICO. AUTORIZAÇÃO PARA CIRURGIA. ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO. DANO IATROGENICO. Processo: TJRJ 200251010028499 RJ 2002.51.01.002849-9. Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrland. Julgamento: 31/08/2011. Órgão Julgador: oitava turma especializada. Publicação: 09/09/2011.

_____. TJMG. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO E POR DEFEITO NO SERVIÇO. SÚMULA 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 334 E 335 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. SÚMULA 7 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O VALOR DA INDENIZAÇÃO. Recurso Especial: REsp 1145728 MG. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Relator para Acórdão: Luis Felipe Salomão. Julgamento: 28/06/2011. Órgão Julgador: 4ª Turma. Publicação: 08/09/2011.

_____. TRF2. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, § 6º. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA UNIÃO. MORTE DE RECÉM-NASCIDO EM VIRTUDE DE DEMORA NA REALIZAÇÃO DO PARTO. EQUIPE MÉDICA. NEGLIGÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. Ação de Indenização: 1999.51.01.021453-1. Relator: Desembargador Federal Antônio Cruz Neto. Órgão Julgador: 5ª Turma. Publicação: 22/01/2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo, Atlas, 2010.

FARAH, Elias. **O direito e a justiça em face dos danos ou das lesões iatrogênicas**. Disponível em: <www.advocaciaEliasFarah.com.br/?id=5&artigo=57>. Acesso em: 18.out.2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 11.ed. rev., atual - São Paulo :Saraiva, 2006.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

PERES, Paula. **A responsabilidade civil do Estado em virtude de erro médico cometido na prestação do serviço público de saúde.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7040>. Acesso em: 19.out.2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10/01/2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética**. 3ed. Revista atualizada e ampliada. Belo Horizonte. 2003.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil dos profissionais liberais e dos prestadores de serviços.** In: Ensaios jurídicos, O direito em Revista. Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, volume 2, Rio de Janeiro, 1996. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito do Consumidor** – a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva e colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.