

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
BACHARELADO EM DIREITO**

WENDELL PEREIRA BARRETO GARCEZ

**VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA:
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGRESSORES**

MANAUS
2017

WENDELL PEREIRA BARRETO GARCEZ

**VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA:
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGRESSORES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Msc. Ricardo Tavares de Albuquerque.

MANAUS
2017

P436

Garcez, Wendell Pereira Barreto

Violência Obstétrica: A Responsabilização dos Agressores /
Wendell Pereira Barreto Garcez – Manaus: Universidade do Estado Amazonas -
UEA, 2017.

35 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de
Graduação em Direito, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. MSc. Ricardo Tavares de Albuquerque.

1. Direito constitucional. 2. Direito processual. 3. Foro por
prerrogativa de função. 4. Competência racione personae. 5. Supremo Tribunal
Federal I. Título.

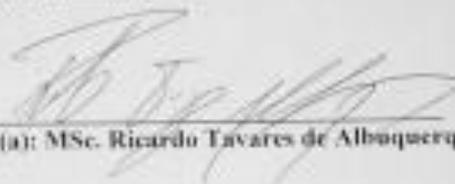
CDU 347

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

WENDELL PEREIRA BARRETO GARCEZ

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGRESSORES

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:



Orientador (a): MSc. Ricardo Tavares de Albuquerque



Membro 2: MSc. Cláudia de Moraes Martins Pereira



Membro 3: Dr. Roger Luiz Paz de Almeida

Manaus, 05 de Dezembro de 2017.

Dedido esse trabalho a todas aquelas e aqueles que já sofreram com os males da violência obstétrica. Espero que esse estudo possa contribuir de forma positiva contra as violações aos direitos humanos.

Agradecimentos aos meus pais, Marcelon e Estela, e minha irmã, Widla, que durante esses anos me proporcionaram a oportunidade de poder seguir meus sonhos e tentar provocar uma positiva mudança no mundo; Agradeço aos meus avós, Ircon e Maria de Lurdes, que durante minha infância me instigaram a questionar meu meio social através de conversas e pequenos debates; Agradeço à minha namorada, Emilly, que suportou minhas crises de ansiedade e me acompanhou na parte final dessa fase de minha vida; Agradeço aos meus amigos que durante todos esses anos foram essenciais para a reafirmação de minhas convicções; Agradeço aos meus mestres: Professor Ricardo, meu orientador, que me ajudou a dar início a minha vida como um novato pesquisador acadêmico, e, Professora Cláudia, uma inspiração profissional, que logo após uma bronca me fez abrir os olhos para o meu futuro no Direito; Por último, agradeço ao Universo, por me permitir uma pequena fração existencial em que posso, de alguma forma, expressar minha essência

"Sou artista e a Bohemia.
Me faz acordar meio dia
Play em Martinho da Vila
Disritmia
Só uma analogia à uma letra que se cria
E é menos importante que a caligrafia.

Alguns de nós achados e alguns de nós
perdidos
E a chave do mistério
São enigmas em livros

Alguns de nós as chaves alguns de nós
vendidos
E a chave do mistério
São metáforas em livros"

(A pior música do ano – Froid)

RESUMO

Resumo: A violação da integridade física e moral no momento do parto é uma constante no Brasil, tais atos contra a integridade da mulher são cometidos por parte dos profissionais da saúde e os demais atuantes do setor público e privado envolvidos no processo de parto. Devido à falta de informação e pouca divulgação do assunto, as sanções dessas transgressões são raras, e se resumem às punições cíveis e administrativas. O tema busca abordar a violência lato sensu por parte dos médicos, tendo em vista que não se resume apenas à abusos físicos, e a possibilidade de responsabilização. Utilizando-se da metodologia empírico-dialética, foi feita uma coleta de dados através de trabalhos e artigos preexistentes relacionados a violência obstétrica. Os resultados demonstraram que a violência contra a mulher na hora do parto é um elemento presente nos hospitais e clínicas brasileiras. Destarte, foram encontradas formas de se responsabilizar os agressores no âmbito cível.

Palavras-Chaves: Violência Obstétrica. Episiotomia. Ponto do Marido. Responsabilidade Subjetiva. Responsabilidade Objetiva.

ABSTRACT

The violation of women's physical integrity and mental healthiness at the childbirth is a continuous situation on Brazil. These acts against the women's integrity are committed, usually, by qualified health-care professionals involved in the labour, both in public and private spheres. Due the lack of information and few information about the subject, the sanctions are rares and summarized in civil and administratives penalties. The study seeks approach the violence point *latu sensu*, on the part of the medicals, bearing in mind that does not amount to only physical abuses, and the possibility of accountability. Using the effective interest method empiric-dialetical, we collected data and numbers through articles and scientific works about obstetric violence. The results demonstrated the violence in the labor's moment is common in hospital services. Were found various forms of legal civil responsibility.

Key-Words: Obstetric Violence. Episiotomy. "Ponto do Marido". Subjective Responsibility. Objective Responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA	13
3 A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL	16
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL E A REPARAÇÃO	18
4.1 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	19
4.1.1 A conduta do agente	20
4.1.2 O dano	21
4.1.3 O nexu de causalidade	23
4.2 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO	25
4.2.1 A inversão do ônus da prova	26
4.3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL	28
4.4 O ERRO PROFISSIONAL, O ERRO MÉDICO E A CULPA MÉDICA	30
5 CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS	34

INTRODUÇÃO

A violação da integridade física e moral no momento do parto é uma constante no Brasil, tais atos contra a integridade da mulher são cometidos por parte dos profissionais da saúde (médicos e enfermeiros), servidores públicos (técnico-administrativos) e os demais atuantes do setor público e privado envolvidos no processo de parto.

Devido à falta de informação e pouca divulgação do assunto, e, ainda, pelo fato de não existir tipificação no âmbito penal, as sanções dessas transgressões se resumem às punições cíveis e administrativas.

O tema busca abordar a violência lato sensu, tendo em vista que não se resume apenas à abusos físicos, notamos isso nos relatos de várias das vítimas que remetem à violência verbal e à violência institucional, esta última demonstrando mais uma vez a arbitrariedade que vários profissionais da saúde fazem de sua autoridade e saber no controle de corpos e da sexualidade de suas pacientes, em certos casos, caracterizando abusos de cunho sexual.

Nada obstante, além todas as violações cíveis, temos também descumprimento de vários dispositivos internacionais que regulam de forma geral o tratamento das gestantes e de legislação nacional específica, como a lei nº 11.108, de 7 abril de 2005, que garante às parturientes o direito à presença de um acompanhante na hora do parto, notoriamente contrariado, e, a Portaria nº 569 de 1º de junho de 2000, do Ministério da Saúde, que instaura o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento, no âmbito do SUS, que nos diz: “toda gestante tem direito a acesso a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto e puerpério” e “toda gestante tem direito à assistência ao parto e ao puerpério e que esta seja realizada de forma humanizada e segura”, ambas afirmações similarmente desrespeitadas.

A abordagem será empírica-dialética, onde, através de uma análise objetiva fenomenológica, conflitar-se-ão os fatos com a regra jurídica, resultando, assim, numa análise mais completa do assunto, ademais, será feita uma coleta de dados através de trabalhos e artigos preexistentes relacionados à violência no parto. Os dados e informações, resultados de ambas pesquisas, serão expostos e criticados em relação a sua incompatibilidade com a legislação vigente.

Inicialmente faremos uma abordagem histórica visando entender a evolução das interações sociais e violações ao longo do século XX, abordando o cenário internacional, principalmente a

América Latina.

Adiante, uma análise da situação em território nacional desde metade do último século, enfatizando quais as violações ocorridas atualmente.

Procedendo, finalmente, ao estudo dos dispositivos legais que fornecem amparo legal para que aquelas que tenham sua integridade pessoal violada possam de alguma forma conseguir o reparado ou uma compensação.

Infelizmente, apesar de ser ato comum, graças a pouca divulgação e, em alguns casos, até medo de reprovações sociais, a violação dos direitos da mulher no momento do parto é pouco discutido no meio jurídico, e, mesmo existindo formas de indenização no âmbito civil, a violência obstétrica não possui tipificação expressa que assegure a totalidade das garantias humanas mínimas.

É fato que essa violação ignora todas as barreiras sociais e culturais, afetando a todos em nosso país. Ante o exposto, o projeto busca analisar os fatos, registros relacionados ao tema, e com base nestes, produzir um estudo que busque pressupostos legais para sancionar os responsáveis.

2. A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A Violência Obstétrica, segundo a cartilha distribuída pela Defensoria Pública do Estado do São Paulo (2013), caracteriza-se pela apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais da saúde, através do tratamento desumanizado, abuso de medicação e patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres.

A definição da legislação venezuelana para essa forma de violência é: qualquer conduta, ato ou omissão por profissional de saúde, tanto em público como privado, que direta ou indiretamente leva à apropriação indevida dos processos corporais e reprodutivos das mulheres, e se expressa em tratamento desumano, no abuso da medicalização e na patologização dos processos naturais, levando à perda da autonomia, impactando negativamente a qualidade de vida de mulheres.

Destaca-se que, apesar de a discussão ter ganhado mais destaque na última década, atentados contra a dignidade da mulher durante o parto são apontadas em diferentes momentos durante a história.

O parto sob sedação total, também conhecido como *sono crepuscular* ou *twilight sleep*, no Brasil conhecido também como “lucina”, possui seus primeiros relatos na primeira década do século XX. Durante os primeiros cinquenta anos do século passado essa técnica foi muito utilizada por mulheres da classe média e alta, principalmente na Europa e na América do Norte, para dar a luz aos filhos de forma inconsciente e, conseqüentemente, de forma indolor.

O procedimento do “sono crepuscular” envolvia a aplicação de morfina intravenosa no começo do trabalho de parto, e, logo adiante, uma administração de doses de substâncias amnésicas, principalmente a *escopolamina*. O parto ocorria com ajuda de ocitócitos (relaxantes musculares uterinos), então, através de instrumentos o colo era dilatado e com ajuda do fórceps o bebê era retirado (DINIZ, 2005).

O grande problema do procedimento é que, além de amnésico, a *escopolamina*, conhecida também como “droga do zumbi”, é um alucinógeno muito forte e criticado pela farmacologia, e poder ser obtida de forma relativamente fácil, pois é extraída de plantas da família das daturas, conhecidas como estramônio, lírio, saia branca.

A *escopolamina* causa perda total do livre arbítrio do usuário, e, misturada com as outras drogas aplicadas no procedimento do parto descrito provocava intensa agitação da paciente, sendo necessário amarrar a mulher à cama, que, por se debater de forma demasiada, acabava o parto cheio de hematomas.

Já na metade do século passado podemos notar, nos veículos de comunicação mais populares, diversas narrativas e relatos que despontaram o tabu que envolvia a violência na hora do parto, como por exemplo, o jornal *Ladies Home Journal*, um veículo de comunicação destinado ao comunitário feminino, que publicou uma matéria sobre os abusos ocorridos na maternidade em razão da técnica “sono crepuscular”. Eram comuns relatos de amarras e algemas no leito, além de frequentes hematomas pelo corpo e lesões causadas pelo uso equivocado do *fórceps* (GOER, 2010).

A matéria teve grande repercussão na época, o que levou à criação da Sociedade Americana de Psico-profilaxia em Obstetrícia. Da mesma forma, no Reino Unido, em 1958, era criada uma Sociedade para Prevenção da Crueldade contra as Grávidas. No Peru, em 1998, foi publicado pelo Centro Latino-americano dos Direitos da Mulher o relatório *Silencio y Complicidad: Violencia contra la Mujer en los Servicios Públicos de Salud* (ANDREZZO, 2015).

A Organização Mundial de Saúde (2015) anunciou, em Genebra, as porcentagens de cesáreas realizadas, em comparação ao número total de partos, em várias partes do mundo. A taxa média da Europa é de 20% até 22%, a taxa nos EUA é de 32,8%, já no Brasil, temos a alarmante taxa de 53,7% dos partos no Brasil são de cesáreas, sendo a maior taxa de cesarianas do mundo.

Os dados apresentados pela OMS são de 2010, a expectativa é que após o ano de 2014 a taxa já teria passado de 55%. A recomendação da OMS é que taxa ideal de cesáreas seria de 10% a 15% dos partos em um país.

Destaca-se que o aumento de partos cesáreos não é exclusividade brasileira, porém a progressão brasileira é muito maior que a dos outros países (UNASUS, 2015).

No Brasil notamos que o motivo de crescimento do número de parto cesáreos pode ser analisada sob o aspecto socioeconômico.

A questão socioeconômica que motiva o crescimento da taxa de cesáreas no Brasil é notada de forma clara na aparente conveniência de um procedimento intervencional não-natural. A informação divulgada é que em menos de uma hora, com a possibilidade de agendamento do dia,

pode ocorrer o parto. Noutra lado, de forma contrária, temos o parto normal, que pode ocorrer a qualquer momento, com a possibilidade de uma previsão, podendo se estender por horas (FAÚNDES, 1991).

A grande questão a ser observada no referido cenário é que não é apresentado à maioria das mulheres todas as faces destes procedimentos. Na cesárea, os resultados pós-operatórios, geralmente, são dores controladas por fortes analgésicos, cicatrizes, repouso por semanas e, em alguns casos, inflamações que prorrogam o desagrado, enquanto o no parto normal, após alguns dias a mulher já pode retornar a quase todas as suas atividades normalmente.

O despreparo e a precária orientação da mulher no acompanhamento da gravidez por parte dos hospitais também influencia diretamente na cesárea como preferência nacional de parto, além disso, a falta de acompanhamento psicológico adequado, por falta de diligência hospitalar, transmite medo e insegurança à parturiente.

Ademais, é importante mencionar a atual situação das doulas e parteiras no Brasil. O atrito entre o antigo e o novo é inevitável, de um lado temos a experiência prática no parto exercida pelas parteiras e doulas (lembrando que essa última já possui cursos de capacitação no Brasil), e, do outro lado desse enfrentamento, existe o ponto de vista médico-técnico.

A discussão sobre a presença de parteiras e doulas na sala de parto não é recente, mas o cerne do entrecchoque apenas teve destaque, quando, através da resolução nº 266/2012, o Conselho Regional de Medicina do Rio Janeiro (CREMERJ) determinou:

Art. 1º. É vedada a participação de pessoas não habilitadas e/ou de profissões não reconhecidas na área da saúde durante e após a realização do parto, em ambiente hospitalar, ressalvados os acompanhantes legais. Parágrafo único. Estão incluídas nesta proibição as chamadas “doulas”, “obstetrizes”, “parteiras”, etc.

Em resposta à Resolução nº 266/12 do CREMERJ, o Conselho Regional de Enfermagem do Rio de Janeiro (COREN/RJ), representante das obstetrizes, impetrou uma Ação Civil Pública, com a justificativa de que a presente resolução feriria o livre exercício dos profissionais de enfermagem. Em primeiro grau, a justiça decidiu em favor do COREN/RJ, porém o CREMERJ recorreu, e em segunda instância o Tribunal decidiu que era improcedente o pedido do COREN/RJ, sendo assim, a proibição de doulas, parteiras e obstetrizes na sala de parto voltaram a ser proibidas no estado do Rio de Janeiro (DIAS, 2016).

São inegáveis os benefícios que doulas, parteiras e obstetrias podem proporcionar à saúde mental e física da grávida. Em uma pesquisa recente, realizada em 16 países, com mais de 15 (quinze) mil mulheres, em um grupo de grande alcance e em diferentes situações e circunstâncias, indicou uma diminuição de 31% de uso da ocitocina sintética, diversas vezes utilizada erroneamente pelos hospitais para acelerar o parto, mas não por necessidade médica, mas sim por desrespeito ao tempo natural da preparação do corpo da mulher para entrar no trabalho (BOHREN et alia, 2016).

É neste ambiente que entendemos os verdadeiros motivos de um conflito entre doulas, parteiras, obstetrias e médicos, além de explicar uma divisão que existe dentro do próprio meio médico em relação a aceitação da presença dessas profissionais na sala de parto.

Existem, assim, então três massas principais nesse conflito: um grupo formado por doulas, parteiras e obstetrias oferecendo apoio e suporte psicológico, além de conhecimento adquirido pela experiência; uma minoria médica que aceita e entende a importância da presença dessas profissionais na sala de parto; e por fim, uma maioria médica que proíbe e não aceita as referidas profissionais na sala de parto.

3. A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL

Se por um lado temos no Brasil uma parcela da população gestante que prefere a cesárea ao parto natural, número beirando até os 60% dessa população específica, do outro lado existem aproximadamente 40% dessas mulheres que correm o risco de sofrer abusos enquanto parturientes e orientandas.

O Dossiê “Parirás com Dor” (2012), elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres, classifica os atos de violência contra a mulher conforme suas peculiaridades nas seguintes formas: Violência obstétrica de caráter físico são ações que causam dano ou dor física de qualquer grau, como a privação de alimentos, tricotomia (raspagem dos pelos pubianos), cesariana eletiva sem indicação clínica; de caráter psicológico são ações verbais que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, insegurança, ludibriamento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio, como por exemplo ameaças, mentiras, chacotas, piadas, humilhações, grosserias, chantagens, ofensas, omissão de informações, informações prestadas em linguagem pouco

acessível; de caráter sexual são ações que violem sua intimidade incidindo sobre seu senso de integridade sexual, como por exemplo episiotomia, assédio, exames de toque invasivos, constantes ou agressivos, lavagem intestinal, cesariana sem consentimento informado; de caráter institucional são ações que dificultam, retardam ou impedem o acesso da mulher aos seus direitos constituídos, como por exemplo impedir que o acompanhante da mulher entre na sala de parto para acompanhar o nascimento; de caráter material são ações que visam obter recursos financeiros de mulheres em processos reprodutivos, violando seus direitos já garantidos por lei, em benefício de pessoa física ou jurídica, como por exemplo a cobrança de um valor extra para obstetras conveniados de planos de saúde a estabelecer honorário específico para acompanhar, presencialmente, as gestantes no momento do parto; de caráter midiático são ações praticadas por profissionais através de meios de comunicação, dirigidas a violar psicologicamente mulheres em processos reprodutivos, bem como denegrir seus direitos mediante mensagens, como por exemplo a apologia à cirurgia cesariana por motivos vulgarizados e sem indicação científica.

Existem, como já explanado, diversos abusos que resultam em danos permanentes, porém, ainda para fins didáticos, distinguem-se das demais duas formas principais específicas de violação a integridade da mulher no Brasil, são elas: a episiotomia e o “ponto do marido”.

A episiotomia é um procedimento médico durante o parto normal, que consiste num corte feito no períneo da mãe. Este corte facilita a saída do bebê, nomeadamente da sua cabeça, durante o parto normal. No final do parto, o corte é suturado. Este procedimento deveria ser usado em último recurso, entretanto o que se nota hoje em dia é uma banalização da referida ferramenta. Longe de ser unanimidade de entendimento entre os médicos e pacientes, a episiotomia surgiu no século 18, na obra “Treatise of Midwefy”, do obstetra irlandês Felding Ould, como procedimento excepcional para partos onde houvesse “desproporção entre a cabeça fetal e o orifício externo da vagina” (LÔBO, 2010).

Com o decorrer dos anos a técnica foi se tornando cada vez mais popular. No começo do século 20, o movimento de medicalização do parto se tornou mais forte, conseqüente de tentativas de mudança de se reduzir a insalubridade gerada pelo parto domiciliar àquela época, assim, historicamente, provavelmente, devido aos avanços nas técnicas de anestesia, a episiotomia cada vez mais foi se mostrando necessária nos partos medicalizados, ao passo que, conforme estudo

realizado na década de 1990, em 108 hospitais da América Latina, constatou-se que em 90% dos partos, a referida técnica era utilizada (GISELLE, 2002).

A segunda principal violação é o “Ponto do Marido”, esta ocorre na episiorrafia: é feito um ponto a mais no momento da sutura com o objetivo de tornar a vagina mais apertada do que era anteriormente ao momento do parto. Realizado sem embasamento médico algum, o “Ponto do Marido” é mais um reflexo do machismo imbuído nas relações sociais atuais que causa dano e constrangimento a milhares de mulheres que optam pelo parto natural.

A Doutora Sonia Hotimsky (2007), da Universidade de São Paulo afirma:

Ponto do marido, no linguajar médico, significa um ponto que é dado durante a episiorrafia para 'apertar' a abertura da vagina um pouco mais do que estava antes de fazer o corte. É assim chamado, pois se baseia na crença, sem qualquer fundamentação científica, que a vagina se alargaria com a gestação e o parto e que, deixando-a mais apertada com este ponto, a vida sexual seria mais satisfatória para os homens.

Percebe-se assim, através apenas dessas duas violações, que a integridade física da mulher é deveras ameaçada ou violada durante os partos, não só no Brasil, mas sim no mundo inteiro, grande reflexo da falta de empatia humana, descaso profissional e um verdadeiro sistema “*patriarcal*”, pois em suma é baseada no patriarcado histórico que paira sobre o mundo e, ainda, é verdadeiramente obsoleto, arcaico, no sentido mais puro da palavra.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A REPARAÇÃO

No entendimento de Karl Larenz, citado pelo Professor Sergio Cavalieri Filho (2015), “Assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação”.

Ante o entendimento conclui-se, ainda nos ensinamentos de Cavalieri Filho (2015), que a obrigação é o dever jurídico originário e a responsabilidade é o dever jurídico sucessivo. A Responsabilidade Civil é a contraprestação, geralmente pecuniária, devido à ação ou omissão, dolosa ou culposa, que provoca, direta ou indiretamente, a violação de dever jurídico originário - ato ilícito - e dano.

Cavalieri Filho (2015) leciona:

O principal objetivo da ordem jurídica, afirmou San Tiago Dantas, é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer: ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comportar de acordo com

o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria. Podemos sintetizar a lição desse grande Mestre dizendo que o Direito se destina aos atos lícitos; cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos negativos

Descreve o artigo 927 do Código Civil:

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.

Retira-se do texto legal duas formas de responsabilidade: uma subjetiva e outra objetiva. A Professora Maria Helena Diniz leciona sobre o que é a responsabilidade civil:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda(subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal(objetiva)

Segundo Stolze (2012):

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas

A reparação surge em três funções: a compensação do dano à vítima, a punição do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva. A primeira e principal função é a tentativa de retornar o *status quo* ante ato lesivo, entretanto, nem sempre existe essa possibilidade, desta forma, há de se estabelecer um quantitativo indenizatório, equivalente e compensatório. As outras duas funções secundárias não nos apresentam um viés direto a ideia de reposição do status quo, porém incidem a um cunho socioeducativo, a prestação imposta ao ofensor gera efeitos punitivos devido a ausência de cautela em sua conduta. Assim, de forma indireta, a sociedade é afetada, demonstrando a preocupação do direito em restabelecer o equilíbrio das relações e impedir que futuras violações ocorram (STOLZE, 2012).

4.1. OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Pressupostos são os elementos básicos, neste caso, aqueles que possibilitam a responsabilização e o dever de indenizar. São os pressupostos básicos da responsabilidade civil

retirados do artigo 186 do Código Civil: A conduta do agente, o nexo de causalidade e o dano.

4.1.1. A conduta do agente

A conduta do agente é elemento primário de todo ato ilícito, este ilícito por sua vez, interessa ao Direito justamente por ofender a ordem jurídica. A lesão a bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa está condicionada à existência, no plano naturalístico da conduta de uma ação ou omissão que constitui a base de resultado lesivo. Não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica. Ação ou omissão constituem, por isso mesmo, tal como no crime, o primeiro momento da responsabilidade civil (STOCO, 2015).

Neste sentido, a ação é o ato voluntário, doloso ou culposo, que cause dano, na obra de Stoco (2015), temos menção a ação no sentido da deliberação, por outro lado, temos também a omissão, que por sua vez é uma conduta negativa, é a falta de ação quando determinado ente deveria fazê-lo.

Somente a uma pessoa podemos imputar uma ação ilícita, e é somente na conduta dessa pessoa que se adquire relevância jurídica da ação ou omissão voluntária, como expresso no artigo 186 do Código Civil (STOCO, 2015).

Stolze (2012) nos apresenta a seguinte reflexão:

O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. Por isso, não se pode reconhecer o elemento “conduta humana”, pela ausência do elemento volitivo, na situação do sujeito que, apreciando um raríssimo pergaminho do século III, sofre uma micro-hemorragia nasal e, involuntariamente, espirra, danificando seriamente o manuscrito. Seria inadmissível, no caso, imputar ao agente a prática de um ato voluntário. Restará, apenas, verificarmos se houve negligência da diretoria do museu por não colocar o objeto em um mostruário fechado, com a devida segurança, ou, ainda, se o indivíduo violou normas internas, caso em que poderá ser responsabilizado pela quebra desse dever, e não pelo espirro em si.

Venosa (2003) apresenta o seguinte entendimento:

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever

A voluntariedade da conduta não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado,

isto é, o querer intencional de produzir o resultado, de assumir o risco de produzi-lo, de não querê-lo, mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou capacidade manifesta. O querer intencional é matéria atinente à culpabilidade *lato sensu* (STOCO, 2015).

A vontade é o coeficiente da ação (PETROCELLI *apud* STOCO, 2015).

A omissão é uma obrigação positiva não cumprida pelo agente que gera interesse pro meio jurídico, a sua essência está naquilo que deveria ser feito, mas não foi em sua própria forma. Destaca-se que na omissão também se faz presente a voluntariedade da conduta. Isso porque, se faltar este requisito, haverá ausência de conduta na omissão, inviabilizando, por conseguinte, o reconhecimento da responsabilidade civil (STOLZE, 2012).

A culpa *lato sensu*, apresentada de forma única na antiga Teoria Causal Naturalista, hoje em dia é dividida em dolo e culpa *stricto sensu*, devido à aplicação da Teoria Psicológico-Normativa.

No entendimento de Cavalieri Filho (2015), o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo resultante, enquanto na culpa *stricto sensu*, o caráter subjetivo do ato é lícito, e se torna ilícita “na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados”.

No dolo incide a conduta e o resultado, e na culpa *stricto sensu*, incide apenas o dano, o resultado da ação negligente, imperita ou imprudente.

4.1.2. O dano

O resultado lesivo é outro elemento para a existência da responsabilidade civil.

Cavalieri Filho (2015), em sua obra Programa de Responsabilidade Civil:

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

Chaves (2015) conceitua dano:

O dano é um fato jurídico *stricto sensu*. Todo fato jurídico em que, na composição de seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, recebe esta denominação. Pode acontecer que o evento suporte fático do dano esteja ligado a um ato humano, intencional ou não, lícito ou ilícito. Todavia, isso não altera a natureza do fato jurídico dano, que continua sendo evento da natureza, mesmo quando provocado por ato humano. Afinal, este ato humano não é elemento necessário para a

composição do suporte fático suficiente ao dano, quer dizer, não constitui um dado essencial à existência do fato, mas dele participa indireta ou acidentalmente.

Stolze (2015) se preocupa em ressaltar, ainda em destaque ao objeto do presente estudo:

É muito importante, pois, que nós tenhamos o cuidado de nos despir de determinados conceitos egoisticamente ensinados pela teoria clássica do Direito Civil, e fixemos a premissa de que o prejuízo indenizável 88/544 poderá decorrer — não somente da violação do patrimônio economicamente aferível — mas também da vulneração de direitos inatos à condição de homem, sem expressão pecuniária essencial.

Desta forma, o dano causado não deve necessariamente ser direcionado a um patrimônio, podendo também ser danificado bens-juridicamente tutelados imateriais. Desta forma, Stolze (2015) estabelece requisitos para que o dano seja efetivamente reparável:

O primeiro requisito consiste na violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, desta forma, todo dano tem como pressuposto a agressão a um bem, material ou não.

O segundo é a certeza de dano, podendo ser indenizável, reparável ou compensado apenas o dano certo.

O terceiro e último requisito, segundo Stolze (2015) é a subsistência do dano, destarte, o dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade. Não há que se falar em indenização se o dano já fora reparado.

O dano também pode ser considerado patrimonial ou moral. O dano patrimonial é a ofensa aos bens e direitos economicamente apreciáveis, do seu titular, já o dano moral segue a vanguarda, a tendência de despatrimonialização do direito civil, podendo não apenas os bem materiais serem atingidos.

Chaves (2015) sobre o dano moral:

A trajetória do dano moral é bastante reveladora da mudança de postura ocorrida (e que ainda está ocorrendo). Refazendo o trajeto histórico, percebemos paulatinamente como nos livramos de velhos conceitos e arraigados preconceitos e, passamos a admitir, não sem hesitação inicial, que a reparação não pode ficar circunscrita à esfera patrimonial da pessoa.

Bittar (*apud* STOLZE, 2015):

qualificam-se “como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração

peçoal), ou o da própria valoraço da peçoal no meio em que vive e atua (o da reputaço ou da consideraço social)”

4.1.3. O nexo de causalidade

O nexo de causalidade é o vínculo lógico-jurídico que liga a ação ao resultado, é a causa e efeito.

Somente há responsabilizaço de alguém quando seu comportamento dá causa ao prejuízo. Assim como no Direito Penal, a investigaço desse elo de ligaço é indispensável para que se possa concluir pela responsabilidade jurídica do agente (STOLZE, 2015).

Devido à falta de manejo histórico jurídico com o assunto, o nexo de causalidade permanece em uma zona cinzenta, levando os tribunais a tratá-lo com uma notável subjetividade e desprezo. Por isso então há de se falar não apenas em uma, mas devemos ter conhecimento das principais teorias do nexo causal a fim de que não se ignore os ensinamentos entrelaçados entre ambas.

A primeira a ser estudada é a teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou teoria *sine qua non*. Esta estabelece um paradigma condicionalismo, que veio a se tornar fundamento da responsabilidade civil e também penal até meados do século XX. Ao estudá-la é necessário diferenciar dois institutos: condição e a causa. A condição é todo o fato que está na origem do dano. A causa é toda a condição determinante para a produção do resultado. Desta forma, devemos identificar todas as condições ligadas ao evento e definir qual ou quais delas interligam o agente ao dano. A teoria se encontra em desuso, já que no direito civil a aplicação desenfreada dessa teoria se revela anárquica, conduzindo a resultados exorbitantes, pois a “causa da causa, seria sempre causa do resultado”, desta forma além de não conseguirmos encontrar uma causa anterior ao fato, afinal sempre teríamos um fato anterior que causa a causa conseguinte, ainda há de se responsabilizar o agente por todos os danos que não ocorreriam se mentalmente suprimido o fato (CHAVES, 2015)

Cristiano Chaves (2015) ainda conclui:

A falta de cientificidade dessa teoria para o direito e sua concepção por demais atrelada aos conceitos naturalísticos de causa e efeito é evidente. Se para a física e a matemática pode fazer sentido esta interpretação condicionalística, para o direito é um convite à arbitrariedade e à imputação ad eternum dos efeitos danosos

A segunda é a teoria da causalidade adequada, esta propõe que a condição apenas se converte em causa quando pela análise do caso se percebe que aquele resultado lesivo abstratamente corresponde ao curso normal das coisas. O dano causado à vítima é resultado normalmente previsível ao fato à luz da experiência, sendo assim, esta teoria é baseada na probabilidade do evento danoso (CHAVES, 2015).

A aplicação da referida teoria é objeto de discussão sobre uma possível ótica arbitrária embasada no artigo 375 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

Cristiano Chaves (2015) salienta o significado do termo “normalidade”. Esta sempre é erroneamente associada a noções de previsibilidade e inevitabilidade do dano, na mesma linha de pensamento da teoria subjetivista do ilícito. Devemos afastar esta teoria do campo da culpa, afinal, estamos a procura da produção do resultado.

Ainda numa visão crítica, o ofendido que deve comprovar o nexos causal entre a conduta do agente e o dano, contudo, cabe ao suposto ofensor excluir a relação de causalidade pela via de interrupção do nexos causal (CHAVES, 2015)

O que mais se questiona na suso teoria é justamente a assustadora possibilidade de existir uma responsabilização baseada na probabilidade de uma normalidade, e não na certeza de dano.

A terceira e última é a teoria da causalidade direta e imediata e a subteoria da necessidade, encontrada no artigo 403 do Código Civil:

Art. 403. CC. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Em uma interpretação literal do dispositivo estabelece uma noção bem singela de que todas as condições presentes, só será considerada causa eficiente para o dano aquela que com ele tiver um liame direto e imediato, assim, por exclusão lógica, todos os danos que se ligarem ao fato do agente de forma indireta e mediata serão excluídos da causalidade. Sob a ótica da segurança jurídica, a teoria da causalidade direta e imediata se destaca, já que busca uma solução objetiva para a tortuosa temática do nexos causal, sem recorrer a conceitos jurídicos indeterminados como “probabilidade” e

“normalidade” (CHAVES, 2015).

Nas palavras de Cristiano Chaves (2015):

A hermenêutica da norma passa a compreender as expressões dano direto e imediato como a relação de necessariedade entre o comportamento do agente e o dano, mesmo que estes efeitos sejam indiretos. Não obstante a ausência de proximidade, sendo o dano o efeito necessário de certa causa haverá a reparação, até mesmo porque não haverá outra causa capaz de explicar este dano.

Ademais, a inflexibilidade da aplicação da teoria podem gerar injustiças em situações que existam danos indiretos que evidentemente resultaram dos atos do agente e é justamente a fim de contrabalancear que surge a subteoria da necessidade, que consiste na submissão do artigo 403 do Código Civil à regra da proporcionalidade (CHAVES, 2015).

4.2. A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO

Certo profissionais, por possuírem peculiaridades na execução de sua profissão, necessitam de, além da diplomação, também de habilitação técnica específica e a inscrição em órgãos especiais, porém a especificidade do profissional não exclui a possibilidade de responsabilização. A responsabilização dos profissionais liberais prestadores de serviço, neste caso inclui-se o médico, e, conforme o artigo 14, § 4º, do Código do Consumidor, a responsabilidade é subjetiva, desta forma, cada caso deve ser analisado dentro em seus detalhes:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos: §4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Cristiano Chaves nos apresenta ainda um questionamento normativo sobre a aplicação do Código do Consumidor à aplicação do código Civil:

Poder-se-ia perguntar: haveria, normativamente falando, vantagem para o paciente em se aplicar o CDC, ao invés do Código Civil, sendo certo que a responsabilidade civil do médico, nos dois casos, é subjetiva, isto é, depende do elemento culpa? A resposta afirmativa se impõe. Podemos, sem pretensão de exaustividade, citar cinco exemplos dessa vantagem para o consumidor paciente: (a) possibilidade de inversão do ônus da prova em seu favor (CDC, art. 6º, VIII); (b) possibilidade de propositura da ação no domicílio do consumidor (CDC, art. 101, I); (c) prazo prescricional mais dilatado (CDC, art. 27: cinco anos, e não três, conforme prevê o Código Civil); (d) deveres

de informação, por parte do médico e instituições de saúde, particularmente severos (CDC, art. 6º, III; art. 8º; art. 9º; (e) invalidade de cláusulas contratuais que excluam ou mesmo atenuem o dever de indenizar, em caso de dano (CDC, art. 51, I)

Claro, a distribuição dinâmica do ônus da prova fora recepcionado pelo Código de Processo Civil de 2015, mas ainda assim há de se falar em vantagens na aplicação do Código do Consumidor.

Da mesma forma carece do preenchimento dos elementos básicos, a conduta médica, o dano e o elo nexos causal.

Inicialmente devemos definir que a natureza da relação de obrigação médica, em regra, é de meio, não de resultado, sendo assim, o profissional médico não tem a obrigação de entregar o resultado final em si, mas sim de realizar todas as diligências necessárias relacionadas à prestação acertada. O objeto do contrato de obrigação de meio se limita ao emprego de todos os meios necessários ou possíveis, não podendo ser responsabilizado por inadimplemento contratual por fracasso de tratamento, clínico ou cirúrgico, ou resultado não esperado. A responsabilidade civil do médico, apesar de contratual, é subjetiva, mediante comprovação da culpa.

4.2.1. A inversão do ônus da prova

No que tange à comprovação da culpa, o Código de Processo Civil de 2015, influenciado pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Justiça Trabalhista, reafirmou no sistema judiciário brasileiro a distribuição dinâmica do ônus da prova.

O ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa posição desfavorável. O comum é que aquele sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse de observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância. Podemos definir então que o ônus é um encargo atribuído a um sujeito para demonstrar as alegações de fato, podendo o encargo ser atribuído pelo: legislador, pelo juiz ou por convenção das partes. O legislador, ao estabelecer a distribuição do ônus da prova levou em consideração três principais fatores: a posição da parte na causa, se for autor ou réu; a natureza dos fatos em que funda sua pretensão, podendo ser constitutiva, extintiva, impeditiva ou modificativa; o interesse em provar o fato (DIDIER, 2016).

A distribuição estática e abstrata desse encargo se encontra no artigo 373 do Código de Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo

de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Podemos afirmar que a inversão do ônus da prova no caso de investigação médica não se trata em si de uma “inversão”.

Sob a ótica do recente Código de Processo Civil, temos a reafirmação da prova como ferramenta ao processo e não às partes, assim o juiz deve observar os encargos incubidos às partes processuais a fim de não se exigir a produção da prova diabólica, a prova impossível de ser produzida.

Em casos onde uma das partes é claramente hipossuficiente em relação aos temas naquele processo discutidos, uma exceção ao ônus *ope legis* torna-se na verdade uma presunção legal relativa, ora, no novo processo civil, a parte que detém o poder de produzir a prova, deve fazê-la em face da hipossuficiência da parte autora quando se fizer necessário.

Antigamente feito com base nas mensagens do Código do Consumidor e da Consolidação das Leis Trabalhistas, através de analogia, hoje resguardado no Código de Processo Civil, com o propósito de não se cometer injustiças.

Cristiano Chaves (2015) sobre a inversão do ônus da prova:

Quer apliquemos o Código Civil, quer apliquemos o CDC, a solução, na matéria, é a mesma. O que pode variar, na sistemática dos referidos diplomas, é a valiosa previsão trazida pelo CDC da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). No processo civil, como medida que busca facilitar a defesa dos direitos do consumidor, poderá haver a inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor, ou quando ele for hipossuficiente. Em se tratando de erro médico – cabe sempre repetir – o mecanismo de inversão do ônus da prova é decisivo, fundamental. Há quase sempre hipossuficiência (técnica) do consumidor frente ao médico ou diante da instituição médica. É difícil ter acesso aos dados que atestam as etapas e

passos dos procedimentos realizados. Não se domina a linguagem utilizada. Não se sabe, sequer, o que o poderia (ou deveria) ter sido feito e não foi. Os médicos, porém, podem realizar essa prova, podem demonstrar – livrando-se da indenização – que o dano ocorreu, não obstante toda a correção e cuidado na intervenção médica realizada. É essa prova que se espera que ele, médico, realize.

O ônus inicial de comprovar o alegado é do requerente, contudo, devemos observar a possibilidade de existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, e, além disso, a incapacidade ou excessiva dificuldade da geração de prova, pois, existentes esses fatores, é possível a inversão do ônus da prova, com base nos artigos 6º, VIII, do CDC e 373, I, II e §1º, para que assim, o ônus probatório seja do requerido.

4.3. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL

A responsabilidade da pessoa jurídica envolvida, neste caso, o hospital, é objeto interessante de discussão, já que o hospital não teria qualquer controle sob os atos do médico, uma vez que são atos privativos do profissional, porém, com a ascensão da Teoria da Responsabilidade Objetiva, tal possibilidade se tornou possível.

A Responsabilidade Objetiva é aquela provinda de resultado danoso de ato ilícito que independe da comprovação de culpa do agente causador. A Responsabilidade Civil Objetiva relacionada ao presente estudo, no nosso Código Civil, é encontrada no artigo 932, inciso III:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Diferentemente da responsabilidade aquiliana, exige para sua configuração além da ação ilícita, do dano e do nexo de causalidade, a perquirição do móvel subjetivo que impulsionou o comportamento do agente (STOLZE, 2015).

Ademais, através da Teoria do Risco, além do artigo 932 do Código Civil, conforme os artigos 186 e 187 do citado código, poderá ser reconhecida a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (STOLZE, 2015).

A grande questão então é então discutir a relação entre médico e hospital. Inicialmente

destacamos que a relação médico-paciente é uma relação de consumo, sendo assim, as regras do Código de Defesa do Consumidor podem ser plenamente aplicadas.

Inicialmente, devemos destacar novamente o artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...]§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Porém notamos também que o artigo 932 do Código Civil nos apresenta que o empregador pode responder em função de atos praticados pelo funcionário, e, da mesma forma coloca o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, em seu *caput*.

Stolze (2015) comenta a aplicação da Teoria da Responsabilidade Objetiva e o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Sob a influência dessas ideias, inúmeras leis especiais consagraram a nova teoria, admitindo a responsabilização do agente causador do dano, independentemente da prova de dolo ou culpa: o Decreto n. 2.681, de 1912 (responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais), a legislação de acidente do trabalho (Lei n. 5.316/ 67, o Decreto n. 61.784/67, Lei n. 8.213/91), as Leis n. 6.194/74 e 8.441/ 92 (seguro obrigatório de acidentes de veículos — DPVAT), Lei n. 6.938/ 81 (referente a danos causados no meio ambiente), além do próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que também reconhece a responsabilidade objetiva do fornecedor do produto ou serviço por danos causados ao consumidor. Isso tudo sem esquecermos da responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6.º, da Constituição da República.

Acontece que nem todos os médicos que trabalham em hospitais são empregados, podendo também ser prestadores de serviços, todavia, não podemos ignorar o fenômeno da “pejotização”.

Vale ressaltar que essa prática constitui uma espécie de fraude à relação de emprego, na qual o empregador acaba se aproveitando da necessidade do trabalhador, para embutir-lhe condições extremamente desfavoráveis, e, conforme se verifica através de análise do artigo 9º da CLT: "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

Sendo assim, quando firmado contrato entre pessoas jurídicas com o claro intuito de desvirtuar a relação real, temos a nulidade da prestação de serviço, estabelecendo-se assim uma

relação de emprego, e por consequência o vínculo empregatício. Portanto, se comprovado o vínculo empregatício, à luz do artigo 932 do Código Civil, é possível a responsabilização objetiva do hospital.

Cristiano Chaves (2015) destaca que inevitavelmente, em nossas vidas, em algum momento vamos nos dispor a ser parte de uma relação de consumo correlacionada, afinal, em um hospital a relação consumerista exhibe uma divisão entre os possíveis danos: danos sofridos em decorrência de erro médico, ainda que omissivo e danos sofridos em decorrência da própria estrutura hospitalar. Os regimes de responsabilidade civil, nas duas hipóteses, são diferenciados.

Importante destacar a sutil diferença entre as responsabilizações, afinal, a aplicação do artigo 14 do Código do Consumidor e do artigo 932 do Código Civil de forma solidária ao erro médico se dá através da comprovação da culpa do médico.

Nos ensinamentos de Cristiano Chaves (2015), é dito que os hospitais, nessa linha, só podem ser chamados a responder de modo solidário se havia dever de indenizar por parte do médico:

Quando falamos em culpa configurada abrangemos, também, por certo, a configuração que resulta da inversão do ônus da prova. Diga-se por fim que é irrelevante a natureza jurídica da situação do médico perante o hospital. À luz da teoria da aparência, se o médico atendeu o paciente e causou danos, o hospital responde, não podendo, obviamente, argumentar que o médico não recebia salário, ou não era empregado seu.

Ainda na sutil análise da aplicação da responsabilização faz-se importante destacar o artigo 933 do Código Civil: "As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos".

Podemos notar então que a relação médico-hospital possui grande importância, podendo a responsabilidade que deverá ser aplicada variar conforme os elementos fáticos.

4.4. O ERRO PROFISSIONAL, O ERRO MÉDICO E A CULPA MÉDICA.

Por fim, a fim de dissecar o principal objeto de discussão que orbita o estudo, devemos diferenciar o erro profissional, erro médico e culpa médica.

O Erro Profissional, é aquele resultante da característica inerente a todos os seres humanos: a falibilidade. Nas palavras do professor Rui Stoco (2015), "[...] é, o que resulte da incerteza ou da

imperfeição da arte, e não da negligência ou incapacidade de quem exercita, salvo se tratar de erro grosseiro.”.

A boa doutrina é incisiva em afirmar que o erro profissional não se encaixa naquilo especificado no artigo 951 do Código Civil. O Erro Profissional ocorre quando a conduta é correta, mas a técnica empregada é incorreta, confuso à primeira vista, mas veja, desta forma, o médico que aplica corretamente técnica ruim ou de resultado duvidoso, embora aceita pela comunidade médica, comete Erro Profissional. Não confundir com a *Imperícia*, que no caso em questão, seria a aplicação errônea de uma técnica correta, é a má aplicação de uma técnica boa. O Erro profissional é escusável, contudo, a Imperícia é inescusável, e punível no sentido de reparação.

Obviamente, não podemos traçar uma linha fixa que regulamente o limite da responsabilidade, porém, Stoco (2015) estabelece uma pequena regra: “não se considera erro profissional o que resulta da imprecisão, incerteza ou imperfeição da arte, sendo objeto de controvérsias ou dúvidas”, assim, transforma-se em exceção o erro escusável.

O Erro médico é a forma de resposta do médico que comete ato danoso, seja intencional, doloso, seja culposo, *stricto sensu*, praticado no exercício de sua função. Na situação em análise, que é o parto, os danos são potencializados devido a delicadeza da situação, assim, uma violação moral, impõe a uma ofensa grave à dignidade da pessoa humana, em outro exemplo: uma lesão corporal grave, por aceleração de parto, conforme artigo 129, IV, do Código Penal.

Observa-se que à primeira vista pode haver uma confusão se a questão da violência obstétrica se encaixa no erro profissional ou no erro médico, porém, num juízo mais crítico, percebemos que o cerce do referido problema social - a episiotomia, não se encontra na técnica em si, mas sim na sua demasiada aplicação, o que deveria ser exceção, se torna uma regra nos ambientes hospitalares brasileiros, posto isso, é imperícia médica, gerando assim, culpa médica.

Já em relação ao “ponto do marido”, não existe nenhuma controvérsia médica que torne a conduta escusável, pois trata-se de mera credence, baseada em pilares de areia que sustentam uma cultura machista, é conduta dolosa que gera dano sem nenhum resultado médico plausível.

Desta forma, não restam dúvidas que tais atos geram, para aqueles agentes que cometem tal conduta, a obrigação de indenizar, nos moldes do artigo 927, §1º do Código Civil.

CONCLUSÃO

Percebe-se que a realidade brasileira do parto é deveras confusa, as informações não são divulgadas, os processos institucionais não fornecem clareza à paciente. As violações à dignidade da mulher são diárias, e os números alarmantes.

A falta de pesquisas na área e a pouca divulgação refletem a nossa cultura patriarcal, de certa forma é discrepante a pouca atenção direcionada ao momento mais importante do ser humano, que é o seu nascimento.

Além disso, notamos que a comunidade médica nacional encontra-se em conflito, ironicamente, aqueles que possuem a imagem social de salvadores, em sua maioria, são também aqueles que metamorfoseiam o parto em uma indústria, e podemos observar isso na industrialização da cesárea, e, na falta de poder de escolha da gestante.

No fim, salas de parto se transformam em linha de produção, onde o objetivo é fazer a gestante entrar em trabalho de parto mais rápido e fazê-lo em menos tempo, tudo em prol de ganhos financeiros e economia de materiais.

Políticas públicas, a sua maneira, ainda tentam assegurar direitos humanos básicos à parturiente, como por exemplo, a lei 11.108 de 2005, apelidada de “lei do acompanhante de parto”, mas de nada adianta, pois ainda assim, hospitais e médicos continuam violando estas garantias.

A falta de divulgação midiática dessas violações conseqüentemente levam ao desconhecimento, e assim, junto a falta de responsabilização dos verdadeiros culpados, apresentam um cenário sedimentado, infelizmente, negativo à mudanças.

A responsabilidade subjetiva aplicada aos agressores é encontrada de forma clara nos diplomas legais nacionais, porém a confusão entre erro profissional, erro médico e culpa médica ainda apresenta empecilhos à aplicação eficiente da norma.

Em modo geral, felizmente, no caso em questão, infelizmente, o jurista não deve intervir em áreas que não possui perícia, desta forma, enquanto houver conflitos de entendimentos dentro da própria comunidade médica, haverá a citada dificuldade. Entretanto, notamos movimentos dissidentes atuais dentro da suso comunidade que apresentam resistência a uma cultura retrograda, representando um vanguardista movimento social, o que resta é o direito estar preparado para tal movimento.

Em outro ponto de vista, enquanto a responsabilidade subjetiva encontra algumas dificuldades, a responsabilidade objetiva do hospital encontra-se muito bem sedimentada nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Assim, claro, não é prudente se afirmar que não há amparo legal, mas não também não podemos sustentar a total eficiência do sistema jurídico brasileiro.

Conclui-se que a fundamentação legal existe, e, existe também ofendidos, resta apenas que o Estado e a Justiça se mobilizem para assegurar às mulheres grávidas, o mínimo de dignidade em um dos momentos mais importantes de sua vida, que é o parto.

Ressalta-se novamente que o presente estudo não possui como objetivo determinar que a mulher deve ou não ter o parto natural, mas sim assegurar que todos os direitos humanos sejam garantidos às mulheres na hora do parto, independente da sua escolha.

REFERÊNCIAS

ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar; DINIZ, Simone Grilo; DE CARVALHO, SALGADO, Heloisa de Oliveira; Paula Galdino Cardin; CARVALHO, Priscila Cavalcanti Albuquerque; AGUIAR, Cláudia de Azevedo; NIY, Denise Yoshie. **Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção.** Disponível em: pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0104-12822015000300019&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em Outubro 2017.

BOHREN MA, Hofmeyr G, Sakala C, Fukuzawa RK, Cuthbert A. **Continuous support for women during childbirth.** 15 July 2013.
http://www.cochrane.org/CD003766/PREG_continuous-support-for-women-during-childbirth. Acesso em Setembro 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 12ª Edição Revista e Atualizada. 2015. Editora Atlas.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil 3. Responsabilidade Civil.** 2ª Edição. 2015. Atlas. São Paulo.

Defensoria Pública. São Paulo. 2012. **“A violência obstétrica existe?”.** Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/41/violencia%20obstetrica.pdf>. Acesso em Julho 2017.

DIAS, Tatiana. **Porque as doulas se tornaram pivô entre brigas com entidades médicas?.** Nexo Jornal. 7 de Março de 2016. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/03/26/Por-que-doulas-se-tornaram-piv%C3%B4s-em-brigas-com-entidades-m%C3%A9dicas>. Acesso em Agosto 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 17ª Edição .2015. JusPoidvm. Salvador.

DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento.** Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300019. Acesso em Novembro 2017.

FAÚNDES, Aníbal; CECATTI, José Guilherme. **A operação Cesárea no Brasil. Incidência, tendências, causas, conseqüências e propostas de ação.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1991000200003. Acesso em Agosto 2017.

GOER, Henci. **Cruelty in Maternity Wards: Fifty Years Later.** Disponível em: www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2920649/. Acesso em Novembro 2017.

HOTIMSKY, Sonia Nussenweig. **A Formação em Obstetrícia: competência e cuidado na atenção ao parto. 2007.** Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-14112007-082030/publico/sonianhotimsky.pdf>. Acesso em Novembro de 2017.

LÔBO, Sara Fleury. **O uso da episiotomia e sua associação com as alterações maternas e neonatais. Tese de Mestrado.** Goiânia, 2010. Programa de Pós-Graduação em Enfermagem da Universidade Federal de Goiás. Disponível em: https://ppgenf.fen.ufg.br/up/127/o/Sara_Fleury_L%C3%B4bo.pdf?1391017955. Acesso em Agosto 2017.

MENDES, Valéria. **Grávidas precisam se informar para evitar episiotomia desnecessária e 'ponto do marido' no parto vaginal.** 2014. Disponível em: <http://www.uai.com.br/app/noticia/saude/2014/08/21/noticias-saude,191785/gravidas-precisam-se-informar-para-evitar-episiotomia-desnecessaria-e.shtml>. Acesso em Novembro de 2017

Organização Mundial de Saúde. **Declaração da OMS sobre Taxas de Cesáreas.** Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/161442/3/WHO_RHR_15.02_por.pdf?ua=1&ua=1. Acesso Outubro em 2017.

Rede Parto do Princípio. **Parirás com dor. 2012.** Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em Agosto 2017.

Resolução 266/2012 do CRM RJ disponível em: <http://old.cremrj.org.br/legislacao/detalhes.php?id=992&item=1>. Acesso em Agosto 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil. 10ª Edição.** 2015. Editora Thomson Reuters. Revista dos Tribunais *apud* Caio Mário. Responsabilidade Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil.** Volume 3. 10ª Edição. 2012. Saraiva. São Paulo.

TOMASSO, Giselle; Althabe, Fernando; Cafferata, María L; Alemán, Alicia; Sosa, Claudio; Belizán, José M. **¿Debemos seguir haciendo la episiotomía en forma rutinaria?.** Centro Latinoamericano de Perinatología y Desarrollo Humano. Montevideo, Uruguay, Organización Panamericana de la Salud. Organización Mundial de la Salud. 2002. Disponível em: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322002000200008. Acesso em Setembro 2017.

UNASUS, Universidade Aberta do SUS. 2015. **Declaração da OMS sobre Taxa de Cesáreas.** Disponível em: <http://unasus.gov.br/noticia/declaracao-da-oms-sobre-taxas-de-cesareas>. Acesso em Setembro 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil, 3. ed.,** São Paulo: Atlas, 2003.