

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Responsabilidade
Civil e Contratos

THALITA MELO DE FARIAS

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO:
Obrigação contratual e extracontratual da relação
jurídica.

Brasília – DF
2013

Thalita Melo de Farias

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO:
Obrigação contratual e extracontratual da relação
jurídica.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Responsabilidade Civil e Contratos no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Responsabilidade Civil e Contratos do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF
2013

Thalita Melo de Farias

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO:
Obrigação contratual e extracontratual da relação
jurídica.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Responsabilidade Civil e Contratos no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Responsabilidade Civil e Contratos do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____
(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

*À minha avó, Elza Correa Melo (in
memoriam), que foi o começo de tudo.*

Inicialmente agradeço a Deus, por ter iluminado meu caminho e me dado forças suficientes para seguir em frente.

Aos meus pais, PEDRO FIRMINO DE FARIAS e IVETE MARLENE CORREA MELO, por terem me ensinado o significado de respeito e amor.

Aos meus irmãos, ÍTALO e NATÁLIA, pelo apoio e incentivo dado em todos os momentos de minha vida.

Agradeço aos meus avós ANTONIO MELO, SEBASTIÃO DE FARIAS e IRACY FIRMINO e ELZA CORREA que acredito olharem por mim onde estiverem. A meus tios e tias, meus primos e primas.

Por fim, agradeço aos amigos que sabem esperar o amanhecer, e que descobriram que a vida é o maior de todos os espetáculos

“Não basta que o médico faça por sua vez quanto deve fazer, se por outro lado não coincidem ao mesmo objeto, os assistentes e as circunstâncias exteriores restantes.”

Hipócrates

RESUMO

A responsabilidade civil ocorre toda vez que uma pessoa tem a obrigação de ressarcir um dano por ela causado. É o que o Código Civil Brasileiro tratou no art. 186, atribuindo ao agente a Responsabilidade Subjetiva. Referida responsabilidade pode ser averiguada tanto no âmbito cível, quanto na esfera criminal. Para a ocorrência da responsabilidade é necessária a averiguação de seus pressupostos, os quais são: ação ou omissão, dano e nexos causal, sendo que este último, ainda que ocorra, poderá ser proveniente de causas que irão excluir a responsabilidade. Quanto a responsabilidade do médico, proveniente de erro na atividade meio, ela ocorrerá toda vez que se perceber a sua culpa. Os pressupostos para a averiguação da responsabilidade do médico na atividade meio são os mesmos pressupostos da responsabilidade geral (ação ou omissão, dano e nexos causal), bem como possui as mesmas causas que a excluem, posto se tratar de responsabilidade subjetiva. O direito tutelado pode ser perseguido nas esferas cível e na criminal. A obrigação da relação médico-paciente pode ser contratual e extracontratual, sendo esta anômala e aquela detentora de algumas características peculiares, podendo o médico ser responsabilizado por erro ensejado por fato de terceiro e da coisa.

Palavras-Chaves: Responsabilidade civil, Erro médico na atividade meio, Obrigação contratual e extracontratual.

ABSTRACT

Liability occurs every time a person has an obligation to compensate damage caused by it. It's what the Brazilian Civil Code treated in art. 186, giving the agent the Subjective Responsibility. This responsibility can be ascertained both in civil, as in the criminal sphere. For the occurrence of responsibility is needed to investigate their assumptions, which are: action or omission, injury and causation, and the latter, although it occurs, may be derived from causes which will exclude liability. As the doctor's responsibility, from error in the activity through, it will occur every time you realize your guilt. The assumptions for the investigation of physician responsibility in the activity means are the same assumptions of general liability (action or omission, injury and causation), and has the same causes that exclude, since it is subjective responsibility. The protected right can be pursued in the civil and criminal. The obligation of the doctor-patient relationship may be contractual and tort, which is anomalous and that holds some peculiar characteristics, the doctor may be held liable for errors occasioned by the fact that the third and thing.

Key Words: Liability, Medical Malpractice means in the activity, Covenant and tort.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 CONCEITO.....	13
1.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	14
1.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE.....	15
1.3.1 Ação	15
1.3.2 Dano	16
1.3.3 Nexo Causal	16
1.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE	17
2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO	19
2.1 HISTORICO DO ERRO MÉDICO.....	19
2.2 TEORIA DA CULPA NO ERRO MÉDICO	19
2.2.1 Imperícia	20
2.2.2 Imprudência.....	21
2.2.3 Negligência.....	21
2.2.4 Teoria da Culpa	23
2.3 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	25
2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL.....	27
3. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL DA RELAÇÃO JURÍDICA	28
3.1 NATUREZA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	28
3.2 CLASSIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES	29
3.3 NATUREZA EXTRA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	34
3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO POR FATO DE TERCEIRO.....	35
3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO POR FATO DA COISA .	36

CONCLUSÃO.....	39
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	41

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo a conduta do médico era inquestionável, não podendo ele ser responsabilizado pela qualidade do seu serviços e nem ser questionado sobre eles.

O mais significativo documento histórico a abordar a responsabilidade médica surgiu da necessidade de se adotar preceitos que regulassem a reparação ao dano causado pela conduta médica. Sendo este denominado Código de Hammurabi (1686-1750 a.C.).

Apesar de apresentar traços de barbaridade quando em seu art. 218 adotava a pena do Talião (quem um olho furou, que lhe seja furado um olho), foi nesse momento que houve a individualização da culpa dentro da conduta médica.

Atualmente vêm crescendo as demandas jurídicas de pacientes contra seus médicos. A legislação empregada tem sido a mesma utilizada em casos de responsabilidade civil em geral. A doutrina se notabiliza, por ter um enfoque médico e não jurídico, pois a abordagem do assunto ocorreu num momento inicial, mais por autores médicos do que por juristas. Na jurisprudência, as discrepâncias ainda são significativas, tanto que, sobre casos semelhantes podem-se esperar decisões judiciais diferentes.

Muito se discute acerca do assunto proposto e a celeuma entre os juristas ainda não encontrou sedimentação. Entretanto, dia após dia vêm acontecendo inúmeros erros de profissionais de saúde, especificamente os médicos, quando a exercem na atividade meio. Tema com muitas controvérsias que o presente trabalho pretende demonstrar.

A responsabilidade civil é um árduo e complexo problema jurídico. Nele refletem-se as atividades humanas, individuais e contratuais. No entanto, verificar-se-á a medida necessária para se imputar ao médico o erro em sua atividade meio, quando a estiver exercendo medianamente, tendo como norte o posicionamento de alguns doutrinadores.

O principal fundamento para a escolha do estudo sobre o tema abordado é a dimensão jurídica que o ato médico vem alcançando nos últimos anos, haja vista o judiciário estar abarrotado de processos que implicam na responsabilização dos profissionais da medicina em relação a erros supostamente cometidos por eles.

Para a demonstração do erro médico na atividade do meio e suas consequências jurídico-processuais, pretende-se notabilizar o estudo sobre a responsabilidade civil em geral, efetuando as devidas adequações à responsabilidade civil aplicável especificamente aos médicos, tratando da natureza jurídica da obrigação envolvida da relação médico-paciente.

Devido às peculiaridades da atividade do médico, pretende-se abordar suas ligações com terceiros e coisas, nos aspectos de responsabilidade civil, face ao ordenamento jurídico, a fim de demonstrar até que ponto poderá ser atribuída ao profissional da medicina a culpa sobre determinado dano, se este poderá ser imputado a outrem, ou se ambos concorrerão para a composição do prejuízo ocorrido.

Por fim, o objetivo não é encontrar uma solução para os problemas vivenciados pelos profissionais de saúde em relação a ações movidas por erro médico, mas demonstrar o entendimento do que é viável juridicamente. Vale lembrar que quando os profissionais de medicina, encontram-se em situações muito delicadas, como processo de averiguação da condutas médicas e de procedimentos realizados, a orientação jurídica pode evitar transtornos e danos à imagem profissional.

Deste modo, faz-se necessário o conhecimentos dos ordenamentos legais e das formas que as relações se estabelecem para evitar interpretações contraditórias e, por conta disso, perdas, danos e prejuízos.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 CONCEITO

O conceito de Responsabilidade Civil é bastante debatido na atualidade. Mas algo pode ser afirmado com certeza, usando as palavras de Pontes de Miranda (1966, p 16): “Quando fazemos o que não temos o direito de fazer, certo é que cometemos ato lesivo, pois que diminuimos, contra a vontade de alguém, o ativo dos seus direitos, ou lhe elevamos o passivo das obrigações, o que é genericamente o mesmo”. E diz mais: “O que se induz da observação dos fatos é que em todas as sociedades o que se tem por ofensa não deve ficar sem satisfação, sem ressarcimento”.

A responsabilidade jurídica surge quando se tem um prejuízo. É possível ocorrer a responsabilidade tanto no plano material como no plano moral. Juridicamente, pode ocorrer a responsabilidade na área penal e na área civil, conforme o ofendido, titular do direito violado, seja a sociedade ou um indivíduo.

Caso o titular do direito seja a sociedade, a responsabilidade será penal; caso seja um indivíduo, o ofendido, a responsabilidade será civil. Pelo menos esta seria a regra, entretanto, o agente, caso venha a interferir em um direito individual, mas que o estado tenha a obrigação de tutela-lo como bem de última valia, como por exemplo o furto, apesar de agredir bem jurídico individual, a seara que se buscará a punição será a criminal, o que não impede, em alguns casos, a responsabilidade civil, dado que são independentes.

Eis, abordando o tema, a visão de Pontes de Miranda (Op. Cit. 1966, p.33):

Há fatos que são, no direito penal, delitos, sem o serem no direito civil. Exemplo: a tentativa de assassinio, que constitui crime, mas a que falta o elemento dano para compor a figura do delito civil. Em geral, as contravenções de polícia. A lei civil, a que incumbe restaurar, individualmente (segundo o sistema de direito até agora adotado em linhas gerais, que é o individualismo jurídico), as situações jurídicas é, pois, reparar danos, somente se preocupa com os danos que se realizaram, com o que efetivamente sucedeu. Não assim o direito penal, a que interessa o próprio dano possível, pois à sua missão social deve caber a vigilância da ordem social.

Em seu livro Responsabilidade Civil dos Médicos, Jerônimos Romanello Neto (1998, p. 11), diz:

A reparação civil serve, e deve servir para reintegrar o prejudicado na sua situação patrimonial anterior, em razão do prejuízo experimentado. A reparação penal restitui a ordem social ao estado anterior do ilícito praticado. A responsabilidade civil tende à reparação, a responsabilidade penal tende à punição.

O dever jurídico de responsabilidade pode basear-se em contrato, fato ou omissão, advindo, assim, tanto do acordo entre as partes, como da norma jurídica. Pode, pois, a responsabilidade civil, de forma simples, definir-se como a obrigação de reparar o prejuízo causado a alguém. A responsabilidade civil visa à reparação amparada no princípio *naeminem laedere*. É didática a explicação de Maria Helena Diniz (2007, p. 33):

O vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. Tal termo contém, portanto, a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor dos contratos verbais.

Considera-se, portanto, como a obrigação imposta a determinada pessoa de reparar o dano que venha causar a outrem, por um fato próprio, por fato de outras pessoas ou coisas que lhe sejam dependentes.

1.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

A responsabilidade civil é estudada sobre os aspectos subjetivos e objetivos. Na responsabilidade subjetiva, o agente comete ato ilícito de forma involuntária, mediante negligência, imprudência e/ ou imperícia.

Conforme Silvio Venosa (2004, p 63), considera-se negligente a pessoa que sabe o que deve fazer e não o faz (Ex: o médico que deve prescrever um determinado tratamento e não o ministra ou o faz diversamente); imprudente é a pessoa que comete uma atitude demasiadamente diversa da que deveria fazer (Ex.: o médico que deveria conhecer um equipamento de tratamento e não consegue manuseá-lo, em decorrência do avanço tecnológico, por exemplo); e, por fim, a imperícia, que é modalidade de culpa relacionada com o desconhecimento técnico de uma profissão, arte ou ofício, ou seja, o agente comete conduta ilícita em virtude de incapacidade técnica.

Para a ocorrência da responsabilidade subjetiva, mister que se conjugue três pressupostos que serão estudados a seguir.

Malgrado o conhecimento de que o Código Civil adotou a Teoria da Responsabilidade Subjetiva (art. 186, CC), é importante tecer discreta consideração sobre a Teoria Objetiva da Responsabilidade, pois para seus adeptos o causador do dano responde objetivamente quando o prejuízo decorrer de atitude normalmente desenvolvida por ele.

A culpa objetiva (Teoria da Responsabilidade Objetiva) deverá ser provada pela vítima, em virtude da teoria do risco, que é a eventualidade de uma evento vindouro, que se biparte em outras duas teorias, a saber: a perda de uma chance e a coisa fala por si mesma, que serão objetos de breve comentário posterior.

1.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE

Segundo Maria Helena Diniz (op. Cit., 2007, p. 37), são três os pressupostos caracterizadores da responsabilidade: ação, dano e nexa causal.

1.3.1 Ação

Toda ação humana sempre traz consigo a questão da responsabilidade. A ação advém do ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e imputável, do agente ou de terceiro, que corresponde a violação ao direito à vida, ou a integridade física, ou a outros direitos da personalidade, que irá gerar o dever de satisfazer os direitos lesados.

Sílvio Rodrigues (2002, pag. 16) em relação a conduta humana afirma que:

A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste. A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo.

1.3.2 Dano

O dano pode ser moral ou patrimonial causado por uma ação ou omissão. O dano deve ser certo, dirigido a um bem ou interesse jurídico, devendo ser provada a lesão, podendo, ainda, serem cumulativos os dois pedidos de indenização.

A Constituição Federal assegura no caput do artigo 5º e inciso X o direito a reparação do dano, seja ele moral ou material:

Art. 5º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Sílvio de Salvo Venosa (2003, pag. 28) afirma que:

“Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vultu que tomou a responsabilidade civil. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima”.

1.3.3 Nexo Causal

Sílvio de Salvo Venosa (2003, pag. 39) ao definir nexos de causalidade como ensina que:

O conceito de nexos causal, nexos etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano.

É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará onexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar onexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

É o liame entre a conduta omissiva ou comissiva ensejadora de um dano. Em outras palavras é o fato gerador da responsabilidade. Para a caracterização desse vínculo, necessário que o evento danoso não seja proveniente de nenhuma das causas excludentes da responsabilidade, a seguir expostas.

1.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

Existem eventos que causam prejuízos a determinadas pessoas, mas que não são causadas pelos participantes da relação fática.

Ainda nos ensinamentos de Maria Helena Diniz (op.Cit., 2007, p. 110), extraiu-se as causas excludentes da ilicitude que servirão para o desenvolvimento do presente trabalho. As quais são: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente.

O caso fortuito é causa de dano decorrente de causa desconhecida, fato de terceiro alheio à relação agente-vítima, cuja previsibilidade foge à capacidade de percepção do homem, no que tange a possibilidade de evitar as consequências danosas.

A força maior é proveniente de força da natureza que, malgrado ser conhecida a origem do evento danoso, sobreleva sua suposta disposição fática habitual.

A culpa exclusiva da vítima, como o próprio tópico sugere, é a ocorrência do dano que não provém de ato do agente, mas simplesmente da própria vítima. Desse modo médico em nada contribuiu para o evento danoso, ou seja, fato que gerou o dano foi causado pelo próprio paciente, sem interferência do médico.

Sílvio Rodrigues (2002, p. 165) afirma que na culpa exclusiva da vítima “desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima”, na culpa concorrente, “sua responsabilidade se atenua, pois o evento danoso deflui tanto de sua culpa, quanto da culpa da vítima.”

Desse modo, nos casos em que o paciente não segue o tratamento prescrito pelo médico, o seu agir culposo faz com que o nexo causal desapareça e com isso, a responsabilidade civil do médico seja eliminada. No entanto, há casos em que paciente e

médico concorrem na culpa. Nestes casos, o médico contribui no total de sua responsabilidade. Sílvia Rodrigues (2002, pag. 166) em relação à concorrência de culpa afirma que:

Casos em que existe culpa da vítima, paralelamente à culpa concorrente do agente causador do dano. Nessas hipóteses o evento danoso decorreu tanto do comportamento culposo daquela, quanto do comportamento culposo deste. Por conseguinte, se houver algo a indenizar, a indenização será repartida entre os dois responsáveis, na proporção que for justa.

A culpa concorrente é atribuída a ambos os partícipes da relação agente-vítima. Nessa causa eximente da responsabilidade, na verdade não haverá exclusão total da culpa, o que ocorrerá será uma compensação entre os atos ensejadores de evento danoso dos participantes da relação.

Portanto, podemos chegar a conclusão de que a culpa exclusiva do paciente pela ocorrência da lesão exonera o médico da responsabilização civil pelo dano que deste tenha ocorrido; já a culpa concorrente responsabiliza civilmente o médico no limite de sua culpa.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

2.1 HISTORICO DO ERRO MÉDICO

No que diz respeito a evolução histórica da responsabilidade médica, Delton Croce e Delton Croce Júnior (1997, p. 3-4) discorrem com clareza sobre o tema afirmando que em tempos mais remotos adotava-se a teoria do casuísmo, entregando inclusive ao particular a oportunidade de vingar-se do agente causador do prejuízo independentemente da forma como ele (particular) iria realizar a “cobrança”, haja vista não haver uma legislação que regresse as condutas ilícitas. Entretanto, algumas civilizações editaram normas direcionadas ao direito civil, especificamente em relação as atividades médico-profissional, como o Código de Hamurabi (babilônico), Código de Manu na Índia, dentre outros, mas totalmente eivados de casuísmo. Somente no século XIX, os franceses passaram a regulamentar de modo mais genérico os atos humanos prejudiciais à outrem.

2.2 TEORIA DA CULPA NO ERRO MÉDICO

No dizer do Prof. Genival Velos de França:

Erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe inobservância técnica, capaz de produzir dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência, ou seja, Erro médico é falha do médico no exercício da profissão.

É o mau resultado ou resultado adverso decorrente de 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.

Do ponto de vista jurídico o erro médico é o mau resultado involuntário do trabalho médico, sem a intenção de produzi-lo. Havendo tal intenção qualifica-se como infração prevista no Código Penal Brasileiro no seu Art. 129.

O código Civil Brasileiro, em seu artigo 186, sem individualizar o agente, adotou a teoria subjetiva – teoria da culpa – que depende da presença da culpa no agir desse agente causador do dano, no caso, o médico.

A culpa pode ocorrer de três formas: pela imperícia, imprudência ou negligência.

2.2.1 Imperícia

Decorrente da “falta de observação das normas técnicas”, “por despreparo prático” ou “insuficiência” como aponta o autor Genival Veloso de França.

Ao se formar e estar de posse do diploma emitido pelo Conselho Regional de Medicina, o médico é considerado apto a exercer, de fato e de direito, a parte prática de sua profissão, respondendo a partir desse momento, por todas as condutas da sua atividade profissional.

Podemos afirmar, que a imperícia fica caracterizada pela falta de observação das normas, pela deficiência de conhecimentos técnicos inerentes à profissão e pelo despreparo de uma prática eficientemente comprovada. Um dos exemplos mais banais que venha a caracterizar com exatidão e clareza um gesto que bem poderia simbolizar um imperito, seria o caso, em que um médico obstetra, no decorrer de um procedimento de uma cesárea, esquece um pedaço de gaze dentro do corpo da parturiente.

Quando a imperícia médica é descoberta em tempo poderá ser possível reparar os danos ou parte deles. É neste ponto que entram em cena as cobranças através da justiça civil e penal além do Código de Ética Médica.

Nesta esteira, o STJ entende que o erro médico é configurado pela negligência e imperícia do médico, quando existe nexo de causalidade entre a conduta médica e o dano:

11895821 - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ERRO MÉDICO. FALECIMENTO DO PAI DOS AUTORES. NEXO CAUSAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Não há que se falar em afronta ao artigo 535 do CPC, se o tribunal de origem examinou os aspectos delineados na lide e apresentou os fundamentos fáticos e jurídicos nos quais apoiou suas conclusões. 1. A conclusão do tribunal de Justiça Estadual. Negligência e imperícia do médico que atendeu o paciente no hospital-decorreu da análise dos elementos fático-probatórios dos autos. Entender de forma diversa implicaria na necessária incursão na seara fática para reexame de provas, conduta vedada em sede de Recurso Especial, ante o óbice da Súmulas nºs 7/STJ. 2. Na hipótese, modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado para concluir de forma diversa ao quantum indenizatório, necessitaria a incursão no conjunto fático-probatório das provas e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de Recurso Especial (súmula nº 7 do STJ). 3. O reexame do contexto fático-probatório quanto à fixação do valor cabível a título de honorários advocatícios constitui procedimento vedado na estreita via do Recurso Especial, a teor da Súmula nº 7/STJ, salvo hipóteses excepcionais, o que não é o caso dos autos. 4. Agravo

regimental a que se nega provimento. (STJ; AgRg-AREsp 221.746; Proc. 2012/0178501-3; TO; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJE 28/08/2013; Pág. 235).

2.2.2 Imprudência

O segundo caminho é o da imprudência e daí nasce o erro quando o médico por ação ou omissão assume procedimento de risco para o paciente sem respaldo científico ou, sobretudo, sem esclarecimento à parte interessada.

Conceituar imprudência significa dizer que o médico assume riscos para o paciente sem o respaldo científico para seu procedimento, ou ainda, adotam condutas intempestivas, precipitada, insensatas e até irresponsável diante do quadro clínico do paciente, não que não domine o assunto como especialista ou não, mas, seu excesso de confiança, acaba conduzindo-o de forma abusiva, impulsiva cometendo ao final, aquilo a que chamamos de imprudência.

Miguel Kfoury Neto, assim se expressa: “...na imprudência há culpa comissiva”. É o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, principiando ele mesmo a operação; é o que fornece prescrição por telefone; é o que faz uso de técnicas cirúrgicas ainda em caráter experimental, todas essas situações de procedimentos, às vezes, recheadas de boa vontade, poderão ocasionar aquilo que representa a imprudência.

2.2.3 Negligência

O terceiro caminho é o da NEGLIGÊNCIA, a forma mais frequente de erro médico no serviço público, quando o profissional negligencia os cuidados por falta de uma relação médico-paciente-família estrita, trata com descaso ou pouco interesse os deveres e compromissos éticos com o paciente e até com a instituição. O erro médico pode também se realizar por vias esconso quando decorre do resultado adverso da ação médica, do conjunto de ações coletivas de planejamento para prevenção ou combate às doenças.

Esta é, possivelmente, a forma mais frequente geradora do erro médico e na maior parte das vezes, quase sempre se desenvolve em hospitais, clínicas, casas de saúde e outros, pertencentes a órgãos públicos ou conveniados, onde o “paciente/doente” é apenas alguém que foi matriculado na instituição e não “o paciente do médico” daí para que surja

a negligencia, basta que o médico negligencie os cuidados por falta, justamente, de uma relação médico-paciente-família mais estreita.

Esta postura é reforçada no artigo 35 da CF 88, que veda ao médico “deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, colocando em risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria”. Este artigo é importante porque caracteriza claramente como omissão de socorro o fato do plantonista, mesmo estando em greve, ausentar-se de setores de urgência e emergência, se isso puser em risco a vida de pacientes.

Mais abrangentes ainda são os artigos que caracterizam como erro culposo a negligencia pela qual o médico deixa “de comparecer a plantão em horário preestabelecido..., salvo por motivo de força maior” (art 37) ou deixa “ de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente” (art. 57).

Outras negligencias reprovadas pelo código são:

Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal (art 59); “deixar de fornecer a outro médico informações sobre o quadro clínico de paciente, desde que autorizado por este ou seu responsável legal (art.83) e deixar de informar ao substituído no final do turno de trabalho (art 84).

Ao lado das situações de negligencia caracterizadas por omissão, o código prevê situações de negligência caracterizadas como abandono do paciente.

O artigo 37, por exempli, proíbe o médico de abandonar o plantão, “salvo por motivo de força maior”, enquanto o artigo 36 proíbe-o de “afastar de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave”.

A negligencia médica caracteriza-se, principalmente, pela inação, indolência, inercia e passividade. É um ato totalmente omissivo e logo, fica claro que o médico negligente é aquele que deixa de dar o devido encaminhamento a pacientes que necessitam de urgente intervenção conscientemente qualificada, Revela-se, também, a negligencia, na omissão de uma conduta mais especifica que o médico precisaria adotar e não adotou.

Vale a pena ressaltar, que a negligencia hospitalar bem poderá ficar comprovada sem necessariamente que o médico, também tenha agido com negligencia e desse modo,

para que não seja imputada ao profissional médico uma conduta negligente, é preciso que ele tome algumas medidas que estejam a seu alcance e que se suponha ser de seu natural conhecimento, e se assim acontecer, estará garantido o provável sucesso do tratamento ou mesmo da intervenção cirúrgica, se for o caso.

Frequentemente se associam IMPRUDENCIA com NEGLIGENCIA – induzir uma anestesia sem ter à mão uma cânula para intubação traqueal e oxigênio.

Essas três modalidades, e caso ao menos uma delas esteja presente em um ato médico que cause dano a um paciente, deve-se configurar a culpa do médico.

2.2.4 Teoria da Culpa

Segundo a teoria extraída dos ensinamentos do doutrinador SERGIO CAVALIERE FILHO (2012, p. 410), sendo o médico um prestador de serviço, nos caso em que assumir as obrigações de resultado, estará subordinado aos princípios e regras do CDC, entre os quais a inversão do ônus da prova. Logo, pode o juiz inverter o ônus da prova em favor do paciente, tendo em vista toda a complexidade técnica da prova da culpa, com base no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Independente do caso, sendo a culpa pequena ou levíssima, o fato jurídico deve ter relação com a circunstância fática.

É o que se vislumbra da relação médico-paciente que por se tratar de humano tendem a errar. Não se pode atribuir cem por cento do infortúnio ao profissional. O erro é inevitável? Importante que haja a referência do erro proveniente de questões imprevisíveis, ou seja, estando o médico consciente de seus deveres, dentro dos padrões de cautela devida para o momento, não dá que se falar em responsabilização. Porém, pode ocorrer a situação do médico, agindo de forma culposa, culmine com um ato ilícito, lesionando o paciente.

Segundo o Professor Kfoury Neto (2003, p. 99), é mister que nesse agir culposo do médico ocorra o nexo de causalidade, ou seja, deve ser ele o causador do dano ao paciente. Assim, têm-se os três pressuposto da responsabilidade civil, no caso, do médico, o ato lesivo (culposo), o dano e o nexo causal. Esses, quando ocorrem concomitantemente, geram a obrigação de indenizar.

Assim nos ensinamentos do professor já citado (op. Cit, 1998, p.55), a teoria da *res ipsa loquitur*, ou “de que a coisa fala por si mesma” é aplicada em virtude da simples ocorrência de um fato causador de dano, surgindo a presunção de negligência contra o médico. Nesses casos o magistrado chega à indução e acolhe a culpa do profissional,

como uma evidência circunstancial, de que tal fato não teria ocorrido sem a culpa do médico. Isso ocorre, por exemplo, em caso de morte do doente ou amputação de um membro. Há, assim, presunção de culpa contra o médico.

Outro objeto de avaliação da culpa, segundo Arthur Marques da Silva (1991, p. 130) é a teoria da “perda de uma chance”. Admite-se, nessa teoria, que a culpa do médico tenha comprometido as probabilidades de vida do paciente ou a sua integridade física. O juiz não precisa necessariamente estar convencido de que a lesão ao paciente foi causada por culpa do médico, pois, segundo essa teoria, é necessário apenas a dúvida de que isso aconteceu por culpa do médico. Há, assim, outra forma de presunção de culpa contra o médico. Os tribunais aceitam o nexo causal existente entre dano e culpa, pois ela se forma no fato de não ter dado o médico todas as oportunidades ao paciente. O doente não teve todas as chances a que tinha direito de se convalescer.

A utilização da teoria da culpa nem sempre é possível para a verificação da responsabilidade civil do médico em sua ação como profissional liberal, conforme nos explana Oscar Ivan Prux (1998, p. 45):

A teoria da culpa não é adequada para ser aplicada em todos os casos de responsabilidade civil de ordem pessoal dos profissionais liberais. Nas obrigações “de resultado”, ela se revela inadequada e, nas agressões aos direitos dos consumidores que são perpetradas através de condutas e práticas de mercado (na oferta, na propaganda enganosa, na cobrança de dívidas, no uso de práticas e cláusulas abusivas, etc.) ela se revela além de inadequada, quase impertinente. Exemplo: por dispositivo expresso do Código de Defesa do Consumidor (art. 38), havendo publicidade/propaganda que seja enganosa, quem tem de provar a veracidade da mesma é o fornecedor, logo a teoria subjetiva fundada na demonstração antecipada da culpa por parte de quem acusa, revela-se, nesse caso, ser totalmente inadequada até impertinente.

O atual Código Civil Brasileiro mantém a teoria da culpa (art. 186), aplicável de igual modo na culpa médica. Os arts. 927 a 943, trazem regras sobre a obrigação de indenizar e os arts. 944 a 954, versam sobre a indenização nos casos de responsabilidade civil.

O paciente deve fazer prova da culpa do profissional da medicina, para que veja satisfeita a reparação do dano, devendo haver lesão a um bem jurídico do paciente,

decorrente do erro médico. Deve haver um liame entre o agir do médico e a lesão do paciente. Para ocorrer a indenização o dano deve ser direto e efetivo. Mister uma conduta que culmine com um resultado lesivo. Não havendo o dano, não haverá delito, exceto em caso de ilícito de mera conduta. O dano deve ser incisivo a um bem jurídico tutelado pelo estado.

Conforme vaticinado por Maria Helena Diniz (op. Cit. 2007, p. 59), o ressarcimento poderá ser patrimonial e/ou moral. O dano ocorre materialmente como moralmente. Como exemplo de dano moral temos a dor e o sofrimento íntimos. Quando o dano ocorrer, tanto a parte quanto o juiz verificará qual a relevância econômica do mesmo no caso concreto.

O dano será determinado pelo Juízo, conforme art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Conforme o renomado professor Silvio Venosa (op. Cit. 2004, p.40), o dano moral puro gera obrigação de reparar à luz do art. 186, do C.C., que já faz distinção entre direitos patrimoniais e não patrimoniais, posto que trata do dano ainda que exclusivamente moral.

2.3 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Extraindo a lição do professor Pablo Stolze (2006, p. 110), afastam a responsabilidade o caso fortuito e a força maior, a interferência de terceiros, agindo com dolo ou culpa e não estando subordinados ao médico e a conduta com culpa do paciente, alterando assim, essas situações citadas, a relação de causalidade. Se houver culpa específica do paciente a relação de responsabilidade, envolvendo o médico, simplesmente não ocorre.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina assim vem entendendo:

64567115 – RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. ESMAGAMENTO DA MÃO E PUNHO EM ENGENHO DE CANA-DE-AÇÚCAR. AMPUTAÇÃO NECESSÁRIA.

Superveniente infecção, culminando com nova ablação na altura do antebraço. Demanda ajuizada contra o nosocômio e o médico. Sentença de improcedência diante da ausência de culpa do facultativo e da **inexistência de nexo causal entre a amputação do antebraço e a conduta dos prepostos do hospital. Segunda cirurgia motivada por infecção bacteriana adquirida na moenda.** Agravo retido.

Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do hospital. Causa de pedir lastreada no comportamento culposos dos seus prepostos. Responsabilidade solidária pelos atos dos empregados. Exegese dos arts. 932, inc. III, e 933, ambos do CC. Prestação de serviços. Responsabilidade objetiva. Incidência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Prejudicial refutada. Recurso desprovido. Apelação cível. Irresignação ofertada pela parte autora. (1) erro médico. Conduta do profissional individual. Responsabilidade subjetiva. Inteligência do art. 14, §4º, do CDC. Causa de pedir calcada na ausência de anamnese e desídia às reclamações de dores do paciente após a primeira amputação. Aventado erro de diagnóstico. Insubsistência. Elementos existentes nos autos que demonstram que o médico réu tomou as providências necessárias ao quadro clínico que acometia o paciente, ministrando-lhe, inclusive, antibióticos. Ausência de extermínio da bactéria que gerou a infecção e segunda oblação que não enseja o reconhecimento de erro de diagnóstico. Tese rechaçada. Alegado abandono do tratamento pós-operatório. Ausência de provas. Ônus que competia à parte autora, a teor do que dispõe o art. 333, inc. I, do CPC. Circunstância que, ademais, não pode ser imputada como fato gerador dos danos morais e estéticos, calcados em circunstâncias diversas e ocorridas em momento anterior. Manutenção da sentença vergastada que se impõe. (2) conduta do enfermeiro do hospital acionado. Prova encartada aos autos que demonstra que a ação de apertar o curativo não influenciou no resultado danoso. Inexistência de nexos de causalidade. Ausência de ato ilícito do enfermeiro e/ou erro na prestação de serviços pelo nosocômio. Recurso conhecido e, nesta parte, desprovido. (TJSC; AC 2011.072660-3; Criciúma; Quarta Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber; Julg. 25/07/2013; DJSC 14/08/2013; Pág. 155)

Aplica-se às causas excludentes do erro médico, as aplicáveis à responsabilidade civil em geral, cujo tópico está sendo abordado no presente momento em virtude da correção existente com a atividade desenvolvida pelo profissional da medicina, cujo aprofundamento não será necessário para se evitar a repetição do que fora estudado no tópico referente à questão excludente da responsabilidade;

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

Conforme Silvio Rodrigues (2004, p.06), há independência entre as responsabilidades civil e penal. Mas a culpa estando juridicamente determinada, advindo daí uma condenação em termos penais, há efeitos na área cível, tanto em uma ação por erro médico, como em qualquer outra causa de responsabilização civil por dano a outrem. Semelhante é a natureza jurídica da repercussão penal na área cível, quer se trate de erro médico ou ação de responsabilidade civil em geral.

O art. 935 do Código Civil assim dispõe sobre essa repercussão: “A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”. No caso de uma decisão penal condenatória, transitada em julgado, esta será utilizada na área cível como um título executivo, ou seja, há dispensa da instauração de processo de conhecimento para decidir sobre a matéria, já que o mesmo se fez na área penal. Tem o paciente, com a sentença condenatória na área criminal, em suas mãos, um título executivo judicial (art. 475-N do Código de Processo Civil, em seu inciso I). Cabe o pedido de cumprimento de sentença para ser ressarcido dos danos quem sofreu com o erro médico.

Ocorrendo o caso de sentença penal seja absolutória (segundo o art. 386, I e VI do CPP) por insuficiência de provas, é cabível a ação cível por parte do paciente. Por meio de um processo cognitivo, o paciente poderá demonstrar na seara cível a validade do seu pedido de ressarcimento por danos ocasionados por erro médico. Cabe ao paciente fazer prova da existência do fato, que lhe resultou dano, e a culpa do médico no procedimento cível.

Ocorrendo sentença absolutória por restar provada a inexistência do fato deduzido pelo paciente, torna-se juridicamente impossível a demanda cível. A *res iudicata*, no caso, impõe barreira à pretensão, em relação à responsabilidade civil, conforme a segunda parte do art. 935 do Código Civil. Caso ocorra absolvição, por falta de prova de que tenha ocorrido o fato, fica viável o procedimento na instância cível. Nesta seara caberá a demanda por ressarcimento, por parte do paciente. Entretanto, é do autor o ônus da prova.

Caso o fato lesivo não constitua crime pode ter sua indenização reivindicada na área cível.

3. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL DA RELAÇÃO JURÍDICA

3.1 NATUREZA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

No que tange a natureza contratual da relação médico-paciente, diz Fabrício Zamprogna Matielo (1998, p. 42) em sua obra Responsabilidade Civil do Médico:

Durante longo período houve intensa discussão em torno da natureza jurídica da relação médico/paciente. Isso ocorreu porque o legislador inseriu o erro médico entre os atos que ensejariam indenização tendo em vista a sua ilicitude, e não como derivação da simples inobservância ou descumprimento de obrigação previamente assumida.

Diante de tantas discussões acerca da natureza médico-paciente ser ou não contratual, o Mestre Rene Savatier (1951, p. 375-376), em tradução do autor, reconhece ser contratual a responsabilidade estabelecida entre as partes. Senão vejamos:

Entre o médico e o paciente estabelece-se um contrato. Do conteúdo desse contrato, depende a responsabilidade contratual. Após muito tempo decidindo o contrário, a Corte de cassação reconheceu esse princípio. E os tribunais e cortes de apelação são também unânimes em confirmá-lo.

Como também afirma Miguel Kfoury Neto (op. Cit., 1988, p. 58): “Apesar de o Código Civil Brasileiro colocar a responsabilidade médica entre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar-se a responsabilidade médica como *ex contractu*”.

Segundo Pontes de Miranda (op. Cit., 1996, p.439), a responsabilidade dos médicos é contratual.

Depreende-se, portanto, que a relação jurídica estabelecida entre médico e paciente é de cunho contratual. Entretanto, não há entre os doutrinadores consenso quanto ao tipo de contrato que se estabelece entre médico e paciente, já que as mais destacadas

tendências indicam ser similar esse contrato a um mandato, contrato de empreitada, de locação de serviços, contrato inominado ou um contrato multiforme.

Existem algumas características que compreendem o corpo do contrato, a saber: ser *intuitu personae*, bilateral, oneroso ou gratuito, comutativo, aleatório e de caráter civil. Evidencia-se como um contrato principal, tendo na sua constituição contrato acessórios.

Quanto à forma do contrato, vejamos os dizeres de Fabricio Zamprogna Matielo (op. Cit., 1998, p. 46):

Essa espécie de contratação não encontra espaço particular na legislação nacional ou como previsão consagrada pela autonomia, sendo, então, figura atípica, inominada, mas nem por isso com menor tutela jurídica. Para vigorar não necessita de forma especial, nem de definição exata quanto ao objeto em suas minúcias, tampouco preço e condições de pagamento. A forma, como visto, é absolutamente livre, sendo suficiente que se prove a existência do liame das partes entre si, o que gerará os direitos e as obrigações pertinentes. Por objeto do contrato não se deve entender uma cirurgia, ou a ministração deste ou daquele medicamento, mas a atividade médica globalmente considerada, isto é, a aplicação zelosa de todos os meios que se fizerem necessários e estiverem razoavelmente disponíveis.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

As obrigações classificam-se em duas categorias: obrigação de meios e obrigação de resultado.

Na obrigação de meio, o contrato (no caso, o médico) fica sujeito a utilizar os meios apropriados para alcançar um objetivo, cumprindo com a obrigação àquele que a ela se obrigou, na relação profissional que se processou, comportou-se de maneira adequada, compatível com o que foi contratado.

Na obrigação de resultado, a obrigação é de realizar um ato médico específico para obtenção de um resultado. Nessa relação, dentro da relação jurídica, se encontra o resultado, sendo este devido pelo contratado ao que o contratou, podendo esse resultado ser uma coisa ou não. Referida classificação permite determinar quem tem ônus da prova. Se for obrigação de meios, o ônus pertence ao paciente. Caso seja obrigação de resultado, vai ocorrer a inversão do ônus da prova, cabendo o mesmo ao médico.

O ilustre doutrinador Washington de Barros Monteiro (2006), distingue com clareza: “nos contratos de meio, o devedor obriga-se a empregar diligencia, a conduzir

com prudência para atingir a meta colimada pelo ato; na obrigação de resultado, obriga-se o devedor a realizar um fato determinado, adstringe-se a alcançar certo objetivo”.

O médico no referido contrato, assume uma obrigação de meio e não obrigação de resultado, ou seja, o médico não se obriga ao resultado (curar), mas a atuar em conformidade com as regras e os métodos da profissão. Deve, por conseguinte, envidar todos os esforços para alcançar a cura, mesmo que não a consiga. Uma prova de erro diagnóstico não pressupõe culpa no agir do médico ao atender o paciente. Cumpre exemplificar o não reconhecimento da culpa médica, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando pretendia-se apontar um erro de diagnóstico:

ERRO MÉDICO. APONTADO ERRO DE DIAGNÓSTICO. Uso de soro glicosado e insulina em paciente idosa e acometida de *diabetis melittus*. Óbito. Improcedência. Apelo do autor (herdeiro). Cerceamento de defesa. Indeferimento de prova pericial por equipe de médicos com especialização multidisciplinar. Inércia seguida da aquiescência expressa com a realização da perícia por um clínico geral. Validade. Nulidade afastada. O cerceamento de defesa deve ser compreendido como a negativa, à parte, de possibilidade de comprovação da sua alegação. Trata-se de um obstáculo que impede a parte de se defender da forma permitida na Lei. Se a prova requerida foi produzida, mas o seu resultado foi desfavorável, não há se falar em nulidade, mas, sim, em mera insatisfação. Não configura cerceamento de defesa, capaz de acarretar a nulidade da sentença, matéria técnica desfavorável e não impugnada no momento oportuno. Responsabilidade civil do médico. Aos atos dos médicos aplica-se a teoria clássica que instituiu no ordenamento jurídico a responsabilidade civil subjetiva, o que torna imprescindível para haver condenação a averiguação da seguinte trilogia: (1º) a ação ou omissão dolosa ou culposa; (2º) o prejuízo; e, (3º) o liame de causalidade entre o dano e a conduta ilícita. Diagnóstico. Obrigação de meios. O erro de diagnóstico constitui obrigação de meios e, em princípio, não gera responsabilidade civil, visto que o profissional, para estabelecer qual a terapia adequada, deve perscrutar a natureza da enfermidade e sua gravidade e, inclusive, para a obtenção de certeza diagnóstica, depende da coleta de dados do paciente, como, por exemplo, a averiguação de sintomas através dos quais se manifeste a doença. Responsabilidade civil do hospital: Por ato do médico subjetiva - Obrigação de meio - E, por infecção hospitalar, objetiva - Obrigação de resultado. A responsabilidade do hospital é subjetiva, assim como a do médico; entretanto, se o dano não for resultante de conduta médica, como infecção hospitalar, responderá ele objetivamente, nos moldes do que prescreve o *caput* do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Atendimento médico em razão de suposto mal estar. Paciente acometida de diabetis melittus. **Óbito em razão do suposto uso indevido de soro glicosado e insulina. Procedimento escorrito. Quadro de saúde agravado em razão de outros males. Causa da morte diversa (insuficiência respiratória aguda, septicemia e infecção urinária). Ausência de culpa mantida.**

A diabetes mellitus pode ser tratada com soro glicosado e insulina e não há falar que tal terapia, culposamente, levou a óbito a paciente se a causa da morte se originou de outros males concomitantemente existentes. Apelo a que se nega provimento. (TJSC; AC 2009.036626-6; Brusque; Segunda Câmara de Direito Civil; Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira; Julg. 18/07/2013; DJSC 12/08/2013; Pág. 116)

Assim sendo, se o profissional, na busca do diagnóstico utilizou-se corretamente de todos os meios que o estado da técnica e as condições de trabalho lhe proporcionam, não há que se falar em culpa profissional.

O objeto da obrigação, que é a prestação de serviços médicos, não se confunde com a sua finalidade. O fim é a obtenção de um resultado correto. A não-obtenção do resultado esperado não se confunde com a violação da obrigação.

Em geral, nas especialidades que tenham por finalidade a cura direta do paciente, como, além de outras, em Medicina Intensiva, Gastroenterologia, Geriatria, Cirurgia Geral, Cardiologia, o especialista compromete-se com uma obrigação de meios. Por conseguinte, sua responsabilidade restringe-se à execução do ato médico, respeitado a *Lex Artis*, obrando diligentemente, sempre dentro do estado atual de desenvolvimento da Ciência Médica.

Por outro lado, existem diversas atividades específicas que se obrigam, de per si, à resolução de uma anomalia galgando um resultado preciso. No momento, há juristas com argumentos para se considerar que os médicos especializados nestas áreas, como, exemplificando, Bioquímica, Análise Clínica e Radiologia, se comprometem com uma obrigação de resultado. Por si próprio o exame por eles realizado não leva à cura.

Já, no que se refere à atividade do médico cirurgião plástico, é predominante, na doutrina e jurisprudência, o entendimento de que esse ao executar cirurgias plásticas estéticas-embelezadoras, está assumindo uma obrigação de resultado.

Em caso de obrigação de meios o paciente necessita e deve fazer a prova de que o médico não agiu com a devida diligência. Na hipótese de haver uma obrigação de resultado há presunção de culpa do profissional, cumprindo ao médico fazer essa prova, podendo ser elidida a culpa com a comprovação de uma causa diversa para o resultado, que não o seu ato médico.

Isso fica patente à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A relação contratual, na relação de consumo do serviço médico fornecido pelo profissional liberal, se estabelece por obrigação de meio ou de resultado. Trata-se de responsabilidade

subjetiva a que vem expressa no art. 14, §4º da Lei nº 8.078/90. Tal responsabilidade é observada quando se tratar de uma obrigação de meio, em face de uma avaliação de erro médico, ou seja, cabe ao paciente a comprovação da culpa do profissional médico.

No caso de se tratar de uma obrigação de resultado, o que pode ocorrer, ainda se trata de responsabilidade subjetiva mas, a responsabilidade do profissional médico acontece pela presunção de culpa, com a inversão do ônus da prova, como explicitado no art. 6º, inciso VIII da lei acima referida, já que, com exceção da peculiaridade imposta pelo § 4º, do art. 14 da Lei 8.078/90 (que mantém o sistema tradicional de apuração da responsabilidade baseado na culpa para o médico), no restante, em tudo se aplica ao médico, em seu exercício profissional, o dispositivo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Nesse sentido, afirma Fabrício Zamprogna Matielo (op.Cit., 1998, p. 77):

A prática da Medicina é incluída, modernamente, no rol daquelas que se prestam à incidência da Lei nº 8078/90, porque os profissionais liberais em geral são realmente prestadores de serviços, independentemente da área de atuação escolhida. Já no art. 2º da mencionada Lei tem-se a seguinte definição: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O art. 3º, § 2º, afirma: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração (...)”. Ora, despidendo arvorar-se em maiores elucubrações para concluir pelo enquadramento da atividade objeto do contrato médico como prestação de serviços sujeita, no que autorizado, aos ditames contidos no estatuto protetivo. De outra parte, igualmente inequívoca a condição de consumidor assumida pelo paciente a partir do advento da normatização ora em estudo.

Exemplificando, em cirurgia plástica, considerada pela maioria dos juristas como relação contratual com obrigação de resultado, o paciente não seria incumbido de constituir elementos probatórios indicativos da culpa do médico, mesmo se tratando de um profissional liberal, sendo exigível, pois em tese, a comprovação de culpa. Caberia a ele paciente provar somente a omissão ou ação do médico e o dano. Haveria a presunção de culpa do médico. Sendo a culpa presumida, invertesse o ônus probandi. Mas, isso não impede que sejam invocadas defesas, pelo médico, como as previstas no art. 14, § 3º da Lei 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Sobre a inversão do ônus estipula o Código de Defesa do Consumidor, por seu art. 6º, VIII, a facilitação do consumidor na defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova quando a critério do juiz for verossímil a alegação ou quando for ele, consumidor, hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Assim, fica novamente ao prudente arbítrio do magistrado a definição e o momento da inversão do ônus da prova. Novamente, nada se excepciona no texto legal, sendo sua decisão baseada nas regras ordinárias da experiência, definitiva.

É de bom alvitre acrescentar, na análise do aspecto contratual da relação médico-paciente, o que Genival Veloso de França (1995, p. 56) pensa, em termos de Código de Defesa do Consumidor: “Na linguagem deste Código, o paciente é o consumidor para quem se presta um serviço; o médico, o fornecedor que desenvolve atividade de prestação de serviços; e o ato médico, uma atividade mediante remuneração a pessoas físicas ou jurídicas sem vínculo empregatício”.

Ainda sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil do erro médico, diz Ada Pelegrini (1998, p. 238) não ser aplicável aos médicos, em seu exercício profissional, a responsabilidade objetiva, em atenção ao disposto no art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Mas, é submetida, a atividade do médico, às demais normas do referido Código, na sua relação com o paciente, em termos de responsabilidade civil.

O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, em seu § 4º, exige a verificação da culpa do médico, já que é profissional liberal. Em caso de prejuízo ao paciente em decorrência de sua atividade profissional, tal verificação é assim justificada por Viviane Coelho de Séllos (1994, p. 147):

Importa aclamar que tal excepcionalidade não vem para introduzir em nosso sistema a irresponsabilidade do profissional liberal, nem excluí-lo da vigência de nosso Código. Isso só ocorre em face da natureza intuitu personae dos seus serviços ou da livre escolha do consumidor pelo profissional em que tenha maior ou menor confiança. É o que nos explica a doutrina. A diversidade de tratamento para os profissionais liberais pelo CDC se justifica em razão da natureza intuitu personae dos serviços prestados por profissionais liberais. Significa isto que, contratar ou constituir serviços de profissional liberal, se faz com base na confiabilidade e prestígio dispensados pelo consumidor contratante ao profissional contratado. E pelo fato de ser cliente quem escolhe o profissional liberal de quem irá contratar serviços, só se

responsabilizarão por danos os profissionais liberais a partir da apuração de sua culpa.

O resultado não é uma obra, como é característico do contrato de empreitada. A obra, objeto deste contrato, consiste na “produção ou transformação de uma coisa”, enquanto a “obra” que o médico eventualmente realiza consiste numa alteração produzida no corpo humano. Em alguns casos, porém (colocação de próteses, operações estéticas, análises), a prestação de serviço médico consiste em (ou inclui) resultados que são próximos dos que caracterizam o contrato de empreitada.

Dentro da classe ampla e inespecífica dos contratos de prestação de serviços, o contrato de prestação de serviços médicos caracteriza-se como tipo bem definido que, não sendo um tipo legal (porque não tem regulação legal própria), é um tipo social e nominado, porque como tal referido na prática e pressuposto em algumas disposições legais. Por isso e pela particularidade das questões que envolve, poderá vir a justificar-se a sua tipificação legal.

Relevante para o seu regime jurídico são ainda as seguintes qualificações:

- é um contrato civil (nunca é um ato de comércio);
- é um contrato celebrado intuito personae;
- é um contrato de consumo e portanto merecedor da aplicação das adequadas regras de proteção dos consumidores.

3.3 NATUREZA EXTRA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O ilícito extracontratual é a infração de um dever jurídico proclamado em lei, ao contrário do ilícito contratual que se funda em uma violação de um dever jurídico convencionado pelas partes num negócio jurídico – contrato. Decorre, pois, a responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana da transgressão de norma jurídica, imposta a todos os componentes da sociedade, de não prejudicar alguém.

A responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana é regulada, em nosso ordenamento jurídico, nos artigos 186, 188 e 927 a 943 do Código Civil.

Além disso, pode haver casos de responsabilidade civil no erro médico com origem extracontratual ou aquiliana, como assevera Miguel Kfoury Neto (op. Cit., 1998, p. 58): “É claro que poderá existir responsabilidade médica que não tenha origem no

contrato: o médico que atende alguém desmaiado na rua, v.g.. A obrigação de reparar o dano, entretanto, sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele”.

Para exemplificar, pode-se enquadrar na extracontratualidade, originada de um dever, o seguinte atendimento médico descrito por Pontes de Miranda (op. Cit., 1996, p. 436): “Mas o médico que passa de automóvel, ou a pé, e vê caído na estrada, ou no mato, alguma pessoa – maior, ou menor, homem ou mulher – e verifica que somente com a prática de atos seus, profissionais, o pode salvar, tem o dever de assistência”.

Em sua obra “Erro Médico – Julgo procedente”, a advogada Célia Destri (1999, p. 103-104) transcreve sentença da 13ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, proferida pelo Juiz de Direito Célio Geraldo de Magalhães Ribeiro, em 8 de novembro de 1996, que alarga o entendimento da natureza extracontratual no erro médico, no qual se lê:

Normalmente, o paciente procura um médico, escolhe o profissional de sua confiança, constituindo com ele vínculo contratual. Resta, todavia, uma vasta área para responsabilidade extracontratual, como por exemplo, nos casos de atendimento de emergência, estando o paciente inconsciente, ou quando o médico se recusa a atender, nesse estado emergencial; tratamento desnecessário, cirurgia sabidamente indevida, experiências médicas arriscadas, etc. Há ainda, casos, até, de ilícito penal perpetrado por médicos que realizam aborto fora dos casos permitidos em lei, deligam aparelhos para apressar a morte do paciente, receita tóxicos ou substâncias entorpecentes indevidamente, etc.

Dado o exposto, o que se depreende é que, regra geral, a relação jurídica entre médico e paciente é de natureza contratual, mas existem situações nas quais vão se dar no terreno extracontratual.

3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO POR FATO DE TERCEIRO

No caso de erro médico pode acontecer a responsabilidade civil pelo fato de outrem. Há ocasiões em que se ocasiona uma responsabilidade contratual do médico preponente – responsável contratual – quando esse, face a uma determinada obrigação, subordina terceiro – preposto- para executar total ou parcialmente o ato contratado. Isso ocorre por força de dispositivo geral que regula a responsabilidade civil por fato de terceiro – art. 930 do Código Civil Brasileiro, ou seja, aquele que realiza algo por conta de outra pessoa, gera para essa a responsabilidade civil pelos prejuízos que causar ao

executar tal atividade. No caso de possível danos que venham a ocorrer ao paciente no exercício de uma ato pelo preposto, o responsável será o médico preponente.

Ainda sobre o tema, Sustenta GODOY (2009, p.49) que a ideia de responsabilizar o comitente por ato do preposto se fundamenta no fato este ter se utilizado de ato de outrem em seu próprio proveito, incumbindo-lhe determinada conduta e direcionamento para execução da tarefa. Desse modo, a existência previa de um vínculo empregatício e da relação hierárquica tornam-se irrelevantes.

3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO POR FATO DA COISA

O médico utiliza-se de equipamentos e aparelhos no exercício de sua profissão. Se ocorrer um dano ao paciente, decorrente do uso desses equipamentos, o médico, que livremente optou pelo uso dos mesmos, arcará com a responsabilidade civil. A utilização do objeto – coisa – confunde-se com a tarefa executada pelo médico no seu exercício profissional. A utilização inadequada, pois, de uma aparelhagem, ou até, a escolha errônea de um equipamento, para uso no paciente, fará com que o mesmo seja responsabilizado pelos prejuízos causados a esse. É dever do médico conhecer, adequadamente, como se opera determinado aparelho para usá-lo em um paciente.

Sobre isso transcreve-se o que pensa José de Aguiar Dias (1979, p. 263):

Temos dúvidas em aceitar integralmente o ensinamento, considerado que o cliente, de ordinário, ignora os riscos de instrumentos médicos. Como presumir que aceite estes riscos? O caso, para nós, incide no âmbito da regra fundamental concernente ao exercício da profissão. Se a aplicação do instrumento oferece riscos, é dever do médico advertir deles o cliente, respondendo pelas consequências danosas, se não o faz.

Caso um incidente ocorra, tendo sido provocado por instrumento defeituoso ou com vício de fabricação, a responsabilidade última será do fabricante ou do importador do aparelho. Sendo o médico condenado a indenizar prejuízo ao doente, decorrente desse tipo de defeito ou vício, caberá a ele impetrar uma ação de regresso contra o importador do equipamento ou seu fabricante, para ser ressarcido das despesas que teve por ser responsabilizado, em juízo, pelos danos causados ao paciente.

O médico tem por obrigação ser diligente e prudente em sua atividade, dispendo corretamente dos aparelhos com que lida em suas tarefas junto ao paciente. É, também, responsável por tomar todas as precauções ao optar por um instrumento, bem como conservar em perfeito estado de funcionamento a aparelhagem da qual se utiliza. Além disso, que se o instrumento tiver defeito que o médico desconhece, ou deficiência que esse não podia prever, foge-se do campo da responsabilidade do médico e adentra-se no âmbito da responsabilidade do fabricante.

Nesse sentido, a responsabilidade do fabricante passa a ser objetiva, nos termos do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor; não deixando o comerciante de ser também responsabilizado, pela venda sem identificação do fabricante ou pela conservar inadequada do produto, nos termos do art. 13 do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre produtos utilizados pelo médico, afirma Jurandir Sebastião que o mesmo deverá utilizar adequadamente um medicamento, respeitando as características de seu princípio ativo, ou seja, observando as doses preconizadas cientificamente, precavendo-se de que não tenha contra-indicações, vigiando o aparecimento de para-efeitos, corrigindo dosagens ou, se necessário, interrompendo a medicação. Assim agindo, se eventual prejuízo surgir ao paciente, será do laboratório a responsabilidade única pelo dano ocorrido.

A respeito do tema, é elucidativa a lição de João Monteiro de Castro (2005, p.172):

Quem quer se enquadre como fornecedor do produto, deve disponibilizar para o profissional todas as informações hábeis a permitir-lhe fazer prescrições, auferindo toda a possibilidade curativa, sem causar risco exagerado para a saúde do consumidor. Se o médico prescreve o produto para o paciente, deve fazê-lo com recomendações minuciosas, de forma a estreitar qualquer possibilidade de uso inadequado, sempre potencialmente perigoso. Ademais, o produto deve conter todas as instruções e advertências dirigidas ao consumidor, pois ele será o usuário final, logo, pessoa mais interessada em que o tratamento realmente funcione.

Quer se trate de marca-passo, pino de platina, expansor de pele da mama, próteses dentária, etc, tanto o médico como o dentista, devem observar a recomendação do fabricante e ajustá-la ao paciente (precaução de alergia, rejeição, etc). Percorrido esse caminho satisfatoriamente, eventual resultado danoso ao paciente deverá ser debitado

apenas ao fabricante. Caso contrário a responsabilidade será de ambos ou tão só do médico, se este se descurou da diligencia previa de ajustamento ou pronta mudança, no caso de resultado inverso e inesperado no paciente.

Muitas vezes, a atividade do profissional conjuga-se com a de fornecedor de produtos. Uma visão boa das implicações que isso traz para ele, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil, instituto constante no Direito de vários sistemas jurídicos continua tendo como imperativo o debate jurídico sobre a conceituação de responsabilidade subjetiva, ou seja, a presença ou não do elemento culpa na conduta do agente causador do resultado danoso.

Diante disso, a doutrina e a jurisprudência adequou a responsabilidade civil como uma relação contratual, malgrado sua atipicidade como contrato, ficando, assim, em princípio, a ausência de restituição pecuniária de qualquer espécie, também regulamentado pelas disposições do Código Civil pátrio sobre isso, em relação a negócios jurídicos.

O médico, de regra, não tem a obrigação de restituir ao paciente o status quo ante, mas deve envidar todos os esforços necessários para que tal fim almejado pelo paciente se concretize. Caso o profissional se utilize das técnicas necessárias para alcançar o resultado “cura”, e não a consiga, não há que se falar em responsabilidade do médico, haja vista sua atividade ser meio para se alcançar o fim.

Porém, existem casos em que o médico assume a obrigação de alcançar um resultado. Exemplo disso é o cirurgião plástico que tem a obrigatoriedade de realizar sua atividade visando o resultado embelezador do paciente.

Pode ocorrer a possibilidade de médico passar para terceiro a responsabilidade da concretização de um determinado evento. Caso em que será deste terceiro a responsabilidade do dano; ou até mesmo utilizar de forma errônea ou inadequada aparelhos utilizados no tratamento do paciente. O médico tem a obrigação de conhecer os aparelhos que usa no seu labor. Caso ocorra algum evento danoso em relação ao paciente será do profissional a responsabilidade.

Observa-se ainda, que as regras gerais da responsabilidade, tanto de direito material, como processual, aplicam-se regularmente aos casos de responsabilização civil por erro médico na atividade meio. Quanto a este ponto (erro médico na atividade meio), urge mencionar que só será imputado ao médico o erro se restar comprovada a sua culpa, devendo estar presentes todos os pressupostos da responsabilidade objetiva.

Acentuando-se, portanto, que o código de defesa do consumidor, exige o elemento subjetivo da culpa na conduta do médico, já que a legislação especial se aplica na avaliação do erro médico. Destaca bem o CDC a inversão do ônus da prova, à mera escolha do magistrado, desde que caracterizada a verossimilhança do fato imputado ao médico ou a fragilidade financeira do consumidor do serviço médico. Entretanto, quando

se tratar de erro médico proveniente de ato que se espere um resultado, o paciente continuará com o ônus de provar a culpa do profissional.

As dificuldades de prova judicial não devem interferir na conduta médica, a qual devem estar sempre baseadas nos deveres de informação e aconselhamento, dever de assistência e dever de prudência. Cabe, portanto, aos médicos, se precaverem da melhor forma possível, tomando todas as cautelas que julgarem necessárias, inclusive no que diz respeito ao próprio aprendizado e atualização.

Sendo a saúde objeto de interesse de toda a sociedade, é preciso que a sociedade se organize para exigir mais e melhores condições de atenção, cobrando os benefícios que a ciência médica colocou à disposição de todas as pessoas, para que não só apenas uma parcela da população tem condições de usufruir tais benefícios.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro Médico e o Direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade Civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

DESTRI, Célia. **Erro Médico – Julgo procedente**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. **O Código Do Consumidor e o Exercício da Medicina**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: jan/mar, 1995.

GAGLIANO, Pablo Stoze. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 4. Ed. rev. atual. e reform., São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Terceirização nos serviços prestados na área da saúde**. Responsabilidade Civil: responsabilidade civil na área da saúde/coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. 2 ed. São Paulo, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil**, v.4 – 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LIII, 2. Ed. Rio Janeiro: Borsoi, 1966.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Volume IV, Editora Saraiva, 19ª Edição, São Paulo, 2002.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile em droit français**. 2. Ed. Paris, 1951.

SÉLLOS, Viviane Coêlho de. **Responsabilidade do Profissional Liberal Pelo Fato do serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: abr/jun, 1994.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 2. Ed. Freitas Bastos, 1962.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. Ed. São Paulo: Atlas 2004.