

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ
ESCOLA POLITÉCNICA DE SAÚDE JOAQUIM VENÂNCIO
LABORATÓRIO DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL EM GERÊNCIA EM SAÚDE

Ramon Costa

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

Rio de Janeiro

2011

Ramon Costa

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio como requisito parcial para aprovação no curso técnico de nível médio em saúde com habilitação em Gerência em Saúde.

Orientador: Jorge Gláucio de Souza Carvalho

Rio de Janeiro

2011

Ramon Costa

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio como requisito parcial para aprovação no curso técnico de nível médio em saúde com habilitação em Gerência em Saúde.

Aprovado em 16/12/2011

BANCA EXAMINADORA

(Jorge Glaucio de S. Carvalho - FIOCRUZ / EPSJV / LABGESTÃO)

(Ms. Adelyne Maria Mendes Pereira - FIOCRUZ / EPSJV / LABGESTÃO)

(Ms. Danielle Ribeiro De Moraes - FIOCRUZ / EPSJV / LABORAT)

AGRADECIMENTOS

De início, agradeço à minha primeira orientadora, que me permitiu enxergar o caminho que eu deveria seguir e possibilitou os esclarecimentos das minhas idéias para a elaboração deste trabalho, além do incentivo recebido por ela para que eu continuasse neste projeto, mesmo com a sua ausência.

Gostaria de agradecer ao meu atual orientador, que, sem ele, eu não teria ninguém para me ajudar neste trabalho e, sem suas orientações e conhecimentos profissionais, não teria chegado até aqui. Além disso, ressalvo o seu acolhimento no momento que eu mais precisei, que foi quando fiquei sem orientador e sem profissionais que me possibilitassem o auxílio necessário para a conclusão deste trabalho. E gostaria de deixar claro também que minha admiração por ele não é apenas profissionalmente, mas é também como ser humano, exemplo de determinação e honestidade.

Agradeço também aos profissionais do meu laboratório e todos os professores que deram aula na minha habilitação, por compartilharem dos seus conhecimentos comigo e me formarem um profissional da saúde.

Obrigado também aos meus verdadeiros amigos, que estiveram junto à mim, direta ou indiretamente, nos bons e nos maus momentos da minha passagem na Politécnica e que, mesmo sem participação direta, colaboraram para mais essa conquista.

Quero agradecer à minha família, por todo o apoio e compreensão, em virtude dos meus isolamentos na busca dessa conquista, e por toda minha criação, que me fez ser o que sou hoje. Minha mãe por ter me ensinado bons modos, meu pai por ser meu exemplo e espelho de suor, honestidade e integridade, e meu irmão por ser uma referência de como um trabalhador deve batalhar por seus sonhos.

E, finalmente, queria agradecer aos componentes da minha banca, independentemente de suas avaliações, por terem aceitado meu convite e prestado parte do seu tempo na leitura e avaliação do meu trabalho.

*“O importante não é justificar o erro, mas impedir que ele se repita.”
(Ernesto "Che" Guevara)*

RESUMO

O presente trabalho indica as situações em que se pode enquadrar a responsabilidade civil do médico, por exemplo, nos casos de imperícia do profissional ao fazer um procedimento cirúrgico, como uma cirurgia cardíaca. Caso em que, muitas vezes, não se responsabiliza o profissional por não conhecer o direito e não ser informado do procedimento a ser seguido. De início, o trabalho busca, através do nosso ordenamento jurídico e de uma abordagem histórica, explicar e especificar a responsabilidade civil. Em seguida, utiliza uma estrutura semelhante para abordar as situações onde há o erro médico e, quando o médico é responsabilizado por seus atos. O tema da pesquisa está inserido no âmbito de Direito Civil, pois se trata de uma relação humana existente entre indivíduos, onde, aquele que causar dano a outrem estará obrigado a indenizar. Assim, discute se a responsabilidade do médico é objetiva ou subjetiva. Por fim, o presente trabalho procura levar ao leitor, da forma mais didática possível, esclarecimentos a respeito da responsabilidade civil do médico e a sua conseqüente obrigação de reparar, ou não, o dano causado quando o resultado obtido não é o mesmo que o desejado pelo paciente.

Palavras-Chave: Responsabilidade. Responsabilidade Civil. Erro Médico.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	9
2.1 HISTÓRICO	9
2.2 CONCEITO	13
2.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	15
3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA	17
3.1 ATO ILÍCITO	17
3.2 CULPABILIDADE	18
3.3 DANO E NEXO CAUSAL	19
3.4 CULPA PRESUMIDA	20
4 RESPONSABILIDADE OBJETIVA	21
5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO	25
5.1 INTRODUÇÃO	25
5.2 HISTÓRICO	25
5.3 TEORIA DA CULPA NO ERRO MÉDICO	27
5.4 NATUREZA CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL NO ERRO MÉDICO ...	31
5.5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO POR FATO DE TERCEIRO..	35
5.6 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO POR FATO DA COISA	36
5.7 ERRO MÉDICO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	37
5.8 LIQUIDAÇÃO DO DANO	38
6 CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como objetivo apresentar uma sistemática da responsabilidade civil, identificada na legislação brasileira, situando-a dentro da área médica. Através da abordagem da responsabilidade civil exprimindo a realidade jurídica nacional, analisando o conceito da Responsabilidade Civil na Medicina, da reflexão da responsabilidade civil do profissional médico e, se possível, da complementação do objetivo geral com a jurisprudência já definida como majoritária.

Tal apresentação é importante, para que as pessoas conheçam mais a lei (podendo assim conhecer seus direitos) e a relação desta com o setor saúde, já que a busca da responsabilidade civil do profissional médico ganhou nova dimensão com a evolução que o código civil brasileiro veio tendo com o passar dos anos. Presumimos, então, que tais alterações impuseram e impõem uma nova atuação do médico, até para resguardo próprio, a fim de evitar um problema jurídico no decorrer de sua carreira.

Externando os conceitos da Responsabilidade Civil na saúde, com o propósito de mostrar o que é certo e o que é errado, o que deve ser feito e o que não deve ser feito (por quem e aonde?), será possível enxergar as discrepâncias ainda existentes na jurisprudência, que será usada neste trabalho como forma de exemplificação de alguns conceitos.

Para que tais caminhos sejam galgados com clareza, será preciso, primeiramente, olhar um pouco mais atrás no tempo para que possamos compreender, de fato, como surgiu a responsabilidade civil propriamente dita. Para isso, será feita uma abordagem partindo de uma visão histórica universal da responsabilidade civil, até a realidade jurídica nacional.

Após tal recapitulação da história, será exposta uma parte mais geral, a qual aborda a responsabilidade civil, definindo certos conceitos que serão ligados exprimindo a realidade jurídica do Brasil.

A seguir, é abordado, estritamente, o tema deste trabalho, que é a responsabilidade civil no erro médico, mostrando aspectos que definem ou não a culpa do profissional de medicina, natureza contratual e extracontratual, a responsabilidade por fato de terceiro ou por fato da coisa, como também a reparação/amenização do dano causado por tal profissional, quando caracterizado o erro médico.

Na conclusão, a partir do que for tratado no desenvolvimento da presente monografia, será realizada uma síntese dos conceitos gerais que foram trabalhados, através dos quais, a responsabilidade civil no erro médico se insere na realidade jurídica nacional.

Neste sentido, será buscado desenvolver uma visão sucinta acerca do tema deste trabalho, a fim de possibilitar a facilidade de compreensão do leitor, sem que se perca a riqueza que a responsabilidade civil no erro médico demanda. Claro que alguns termos jurídicos serão necessários para o entendimento do tema, mas é esperado que o texto não seja prolixo no exercício de explicitação do mesmo.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 HISTÓRICO

O homem sempre teve zelo pelo que lhe pertence e, por aquilo, ou aquele que lhe são queridos. Dessa forma, quando ele percebe que seu patrimônio está ameaçado por outrem, ele tende a reagir, defendendo-o, de forma violenta, ou não, para preservar aquilo que é seu.

Em todos os tempos o dano vem sendo combatido pelo lesado, porém as maneiras de como isso vêm sendo feito se alteram com o decorrer dos séculos e o tipo de pensamento da sociedade. Tal evolução culminou com a responsabilidade civil do agente causador do dano que, devido ao dinamismo da sociedade, está em contínua evolução, buscando um direito mais justo e eficiente.

Nos primórdios, o lesado reagia ao dano movido pelas suas emoções e de maneira imediata e brutal. Em tal época, a culpa sequer era cogitada, bastava o dano.

Contudo, às vezes não era possível ao lesado reagir de imediato, mesmo porque ele nem sempre estava presente no momento da prática do ato danoso. Nesses casos o castigo era posterior. A necessidade de regulamentação desse castigo posterior deu origem à pena do “olho por olho, dente por dente”, prevista na Lei de Talião.

Nela, onde punia-se o agressor da mesma maneira que ele fez com a vítima, como por exemplo, quebrar os braços em razão de algum ato cometido com estes. Dizemos então, que era de costume a lei do mal com o mal. Assim, como já dizia Pereira (1994):

“(…) a perspectiva de uma composição entre a vítima e o ofensor, uma vez que ao membro quebrado se façam o mesmo no causador do dano (*talio sto*) na falta de um acordo (*ni cume o pacit*)”.¹

Podemos então observar na citação acima que, mesmo na aplicação da Lei de Talião, havia a possibilidade de um desfecho amigável entre as partes envolvidas, o que hoje chamamos de “acordo”, onde, o lesado ao invés de exigir um sofrimento igual ao dele ao agressor, optava por receber uma compensação.

Levando isso em consideração, Miguel s.d afirma:

“(…) a responsabilidade penal é anterior à responsabilidade civil, podendo ser afirmado que esta evoluiu a partir daquela, que, no entanto, continua a existir em

¹ PEREIRA, C.M.S. **Responsabilidade Civil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.02.

ramificação distinta do direito. Enquanto a responsabilidade civil integra o direito privado, a responsabilidade penal está inserida no âmbito do direito público”.²

Após esse período, é observado que, além da responsabilidade, todo mundo evolui com o passar do tempo, nas mais diversas áreas e setores. Isso porque, nesse período, surge o período da composição voluntária, que se caracteriza a partir do momento em que o lesado passou a ter capacidade de substituir o dano que lhe foi causado por uma compensação financeira. Isso faz com que o lesado enxergue as vantagens ocorridas através desta mudança de conduta junto ao causador do dano. Em suma, o dinheiro substitui o castigo físico, fazendo com que a culpa ainda não seja cogitada como elemento necessário à indenização.

A partir da alteração na estrutura estatal, mais precisamente com o surgimento de uma autoridade soberana, ocorre a proibição à vítima de fazer justiça com as próprias mãos. Com isso o Estado substitui o lesado na tarefa de dosar a pena ao agente causador do ato danoso e, então, a composição deixa de ser voluntária para ser obrigatória. Há a tarifação dos danos, sendo estipulado um determinado preço para cada tipo de lesão.

Com a evolução da sociedade, a idéia de culpa não era mais suficiente para cobrir os danos causados, devido a sua subjetividade, o risco passou a ser causa de indenização, independentemente da culpa.

Já em Roma, o sistema de responsabilidade é extraído da interpretação da "*Lex Aquilia de Damno*" o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente da relação obrigacional pré-existente.

Isso significa dizer que começa a ser desenhado um esboço de diferenciação entre pena e reparação, através de delitos públicos e privados. Enquanto nestes a autoridade intervinha apenas para fixar a composição, naqueles, por serem as ofensas consideradas mais graves e perturbadoras da ordem, o réu deveria recolher a pena a favor dos cofres públicos. Ainda aqui a reparação era objetiva, isto é, independente da análise da culpa. É através desse esboço que se verifica o aparecimento da responsabilidade contratual.

Miguel s.d, ainda ressalta que:

“a importância da Lei das XII Tábuas para os romanos, principalmente devido ao fato de ter ela representado a passagem da norma consuetudinária para a lei escrita. Sua vigência durante cerca de novecentos anos em Roma já é capaz, por si só, de demonstrar a relevância que teve sobre os habitantes do local. As penas impostas por ela iam desde a multa até o exílio, da prisão até a morte, sendo certo que muitas delas tinham por base a sanção da retaliação (pena de Talião)”.³

² MIGUEL, F.A. **RESPONSABILIDADE CIVIL: Evolução e Apanhado Histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto.** S.d, p.02.

Um princípio geral da reparação de dano, sendo, na época, as primeiras idéias a cerca da noção de culpa, surge com a Lei Aquília. Tal princípio faz com que a responsabilidade ganhe formas subjetivas, com a necessidade de investigação da culpa do agente causador do dano para a caracterização do dever de ressarcir, levando a um distanciamento da responsabilidade objetiva.

Na França da Idade Média, o pensamento dos romanos foi sendo aperfeiçoado. Evoluiu-se da enumeração dos casos de composição obrigatória para um princípio mais amplo, apontando, pouco a pouco, para a consagração do princípio aquiliano, segundo o qual a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. Após a Revolução Francesa (1789), já na Idade Contemporânea, surge o Código de Napoleão, com a previsão da responsabilidade contratual, bem como é feita a distinção entre a responsabilidade penal e a civil.

O direito francês influenciou vários povos e, por consequência, a legislação de vários países, inclusive a do Brasil. Foi assim que no Código Civil de 1916, dispõe no artigo 159:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.⁴

Vale ressaltar que, nesse período, já era indiferente a conduta ser, dolosa, imprudente, negligente ou imperita, sendo qualquer espécie de culpa suficiente para caracterizar a responsabilidade civil, independente da gravidade do dano.

A exigência da culpa, nos mesmos moldes já apresentados, continua sendo a regra também no atual Código Civil, em vigor desde 11 de janeiro de 2003, por força do artigo 2.044, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. É o que se verifica da conjugação dos artigos 927 caput e 186 do referido diploma legal.

Enquanto o artigo 927 estipula que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, o dispositivo trazido pelo artigo 186 deixa claro que a culpa normalmente é exigida para a configuração da responsabilidade civil. Vale a pena explicitar o conteúdo normativo de tal artigo:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.⁵

³ MIGUEL, F.A. **RESPONSABILIDADE CIVIL: Evolução e Apanhado Histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto.** S.d, p.03.

⁴ Código Civil Brasileiro de 1916. Artigo 159.

⁵ Código Civil Brasileiro Atual (2003). Artigo 186.

Não menos importante, a inclusão da possibilidade de indenizar por dano moral, já era admitida pela jurisprudência.

Fruto do projeto de lei 734-B/75, o atual Código Civil manteve como regra a responsabilidade civil subjetiva, mas, por outro lado, ampliou o campo dos casos de responsabilidade civil objetiva, notadamente através da teoria do risco. É o que se extrai do parágrafo único do artigo 927:

“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”.⁶

Assim, em nosso direito, a culpa é regra e, por consequência a responsabilidade subjetiva, sendo exceção a responsabilidade objetiva, na qual a culpa sequer é cogitada. Pensando nisso, nada de novo veio no novo Código Civil, porque já era assim anteriormente.

Em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade civil, é estudada em três fases, na visão de Pereira (1994):

“Na primeira observa-se que as Ordenações do Reino tinham presente o direito romano, mandando aplicar como subsidiário do direito pátrio, por força da chamada Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769) (...). A segunda fase inaugura-se com o Código Criminal de 1830, que esboça, no instituto da “satisfação”, a idéia de ressarcimento (...), que encontra em Aguiar Dias (...) ao dizer que as regras ali estabelecidas poderiam oferecer aos tribunais brasileiros, mesmo ainda hoje, “orientação segura para apreciar os casos de responsabilidade civil”. A terceira fase inicia-se com Teixeira de Freitas (...). Opunha-se ele a que a responsabilidade civil estivesse geminada à criminal”.⁷

Com o que foi apresentado até este momento, nota-se que há uma tendência de retorno ao abandono da verificação da culpa para a atribuição da responsabilidade civil. Com isso, a responsabilidade que tinha evoluído do objetivismo para o subjetivismo aquiliano, passa a voltar para o primeiro. Porém, com a falta de necessidade da culpa, já que não se fala da pena sobre a pessoa propriamente dita, mas sim sobre os bens da mesma.

Miguel s.d, complementa dizendo:

“Modernamente vivemos em uma época na qual dá-se inegável importância aos valores sociais. Evidencia-se a injustiça imposta pelo sistema econômico, que culmina por extremar pessoas em distantes classes sociais. Ora, o direito deve sempre servir à justiça; esta é sua finalidade precípua. Assim, atua ele, também, como instrumento para diminuir referidas diferenças, tornando mais justo o tão injusto mundo, sendo, desta forma, um mecanismo de justiça social”.⁸

⁶ Código Civil Brasileiro Atual (2003). Artigo 927.

⁷ PEREIRA, C.M.S. **Responsabilidade Civil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.06.

Hoje, há ainda o dever de indenizar por atos cometidos por terceiros. A teoria da reparação de danos só foi corretamente entendida quando foi chegada a conclusão de que o fundamento da responsabilidade civil está na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano, fazendo com que o enfoque passe da culpa para a noção de dano. A responsabilidade civil vem com duas funções básicas: restabelecer o direito lesado e; servir como sanção civil ao ator do fato.

Além disso, o direito é uma ciência da área humana, portanto, ela evolui de acordo com o tempo. Logo, o que parece justo hoje, pode não ser amanhã e vice-versa. Todavia, é certo que o objetivo dessas alterações que ocorrem com o tempo é sempre da realização da justiça, a qual, como pode ver, oscila de acordo com a época que se encontra.

2.2 CONCEITO

O conceito de responsabilidade civil vem sendo discutido com mais ênfase atualmente, mas há uma coisa que se pode afirmar com bastante precisão, através do conhecimento de Miranda (1966):

“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”.⁹

Com isso, podemos observar que o fato é que em todas as sociedades, o que é entendido com uma ofensa, não deve ficar sem ressarcimento e, é através disso, que tem-se o conceito de responsabilidade civil, que se apresenta como uma obrigação de reparação à vítima, em função de uma lesão sofrida por ela, causada por um lesionador.

A responsabilidade pode se manifestar tanto no plano jurídico como no plano moral. Quando se trata do plano jurídico, pode ocorrer a responsabilidade na área penal e na área civil, emergindo quando acontecer um prejuízo. A reação a esse prejuízo se dá na área penal ou na área civil, conforme o lesionado seja a sociedade ou um indivíduo. Se for a sociedade, a responsabilidade será penal, se for o indivíduo, será civil.

Na verdade, não há muita diferença entre o ato ilícito penal e o civil, porque os dois importam na infração da lei. Para que observemos melhor tal diferença, Filho (2000) nos diz:

⁸ MIGUEL, F.A. **RESPONSABILIDADE CIVIL: Evolução e Apanhado Histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto.** S.d, p.06.

⁹ MIRANDA, P. **Tratado de Direito Privado.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, Tomo LIII. 1966, p.13.

“O ilícito civil é um *minus* ou *residum* em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves”.¹⁰

Mas nem todos os atos ilícitos, sancionados na lei civil, terão o mesmo amparo na lei penal, quer dizer, o agressor, que responderá civilmente, pode também responder criminalmente. Portanto, uma conduta praticada em desfavor de outrem, responderá o agressor tanto na esfera civil, quanto na penal.

A partir disso, surge a necessidade de se punir o agressor, beneficiando a vítima de alguma forma. É sobre essa reparação que Neto (1998) 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”.¹¹

Dias (1995) também expõe sua opinião quanto a essa necessidade quando diz que:

“o prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social. É, a nosso ver, precisamente nesta preocupação, neste imperativo, que se deve situar o fundamento da responsabilidade civil. Não encontramos razão suficiente para concordar em que à sociedade o ato só atinge no seu aspecto de violação da norma penal, enquanto que a repercussão no patrimônio do indivíduo só a este diz respeito. (...) A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior (pelo menos tanto quanto possível, dada a falibilidade da avaliação); a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado”.¹²

Portanto, havendo um dano, o causador deve ser responsabilizado, para que o lesado seja indenizado, porém a indenização só existirá caso não haja a possibilidade de reparação, ou seja, retornar ao estado em que se encontrava antes do fato danoso. Assim, se, por um lado, a dificuldade de se conceituar a responsabilidade civil se apresenta, por outro lado o entendimento das conseqüências na prática é mais fácil, através das relações sociais. Surge então para a pessoa física e jurídica o dever de reparar os danos que causar a outrem.

Por fim, deve-se lembrar que, no mundo em que vivemos atualmente, o ser humano vive em constante risco, não só pelo fato de viver em uma grande massa da sociedade, mas também pelo consumo e por suas inúmeras ações que, por efeito das atividades capitalistas do mundo moderno, não se cogita a preservação dos direitos inerentes à sua condição física e

¹⁰ FILHO, S.C. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2000, p.25.

¹¹ NETO, J.R. **Responsabilidade Civil do Médico**. 15ª Ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p.11.

¹² DIAS, J.A. **Da Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.07.

mental do próximo. É por causa disso, que a responsabilidade civil se constitui de forma diferente, com novos traços e objetivos.

Por isso que não basta apenas reparar o dano, mas também se deve preveni-lo e, assim, a aplicação da responsabilidade civil, através de sua função “clássica” de punição/reparação, acaba se tornando também um fator de precaução.

2.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Do ato civil ilícito, parte-se para a obrigação do lesionador indenizar a vítima, ao qual é oriundo de um ato violador, de um direito, ou de um bem jurídico protegido por lei.

Na doutrina, é comum distinguir a responsabilidade por violação de obrigação da responsabilidade delitual. A primeira é derivada de negócio jurídico, cujo descumprimento geraria o ato ilícito causador do dano e, a segunda, prescinde a existência de um contrato prévio e, deriva de um ato ilícito absoluto, que acaba por violar as regras de convivência social e causam um dano injusto.

Resumindo, a princípio a responsabilidade civil é dividida, em nossa ordem jurídica, em Contratual e Extracontratual, sendo a grande diferença entre elas, a presença de uma obrigação já existente.

A responsabilidade contratual se apresenta no art. 1.056 do Código Civil:

“Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”.¹³

Já a extracontratual se manifesta no art. 186, também no Código Civil:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.¹⁴

A primeira é precedida única e exclusivamente de um pacto formal, assim como de uma obrigatoriedade, entre lesionado e agressor, sendo o ato ilícito mencionado, vindo da não conclusão do contratual que foi pactuado. Portanto, havendo um contrato que não é cumprido a rigor, fica claro o dever de indenizar a vítima em razão de tal descumprimento, mediante a prova da culpa.

Concordando com isso, Dias (1995) afirma:

¹³ Código Civil Brasileiro Atual (2003). Artigo 1.056.

¹⁴ Código Civil Brasileiro Atual (2003). Artigo 186.

“Particularizemos o estudo da responsabilidade contratual. Ela pressupõe um contrato válido, concluído entre o responsável e a vítima. Decompondo esse conceito, obtemos três elementos: existência do contrato; a sua validade, envolvendo, naturalmente, a questão da responsabilidade no caso de contrato nulo; estipulação do contrato entre o responsável e a vítima”.¹⁵

Através disso, podemos notar que o contrato permite a vítima uma posição mais favorável, bastando só a prova que o pacto realizado não foi cumprido.

Em contrapartida, a responsabilidade extracontratual se apresenta quando não há obrigação preexistente, ou seja, não há contrato.

A responsabilidade aquiliana (ou extracontratual), divide-se em subjetiva e objetiva, discordando da contratual, que independe de culpa, frente ao contrato estabelecido entre os lados, bastando apenas provar a quebra de contrato – é válido lembrar que o nexo causal também existe na responsabilidade contratual, mas estará sempre embutido na própria quebra do contrato – e o dano que causou tal descumprimento. A responsabilidade extracontratual, ao contrário, depende da existência da culpa, do dano, do nexo de causal, conforme será explicado melhor mais a frente.

Para encerrarmos este assunto e passarmos para o próximo capítulo, observemos o que Pereira (1994) nos diz sobre a responsabilidade civil extracontratual:

“Na culpa extracontratual, incumbe ao queixoso demonstrar todos os elementos etiológicos da responsabilidade: o dano, a infração da norma e o nexo de causalidade”.¹⁶

Podemos ver então, que em nenhum momento a existência da culpabilidade é abordada, esta pode estar certa ou não, é isso que vai dividir a responsabilidade extracontratual ou aquiliana em objetiva e subjetiva.

3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

3.1 ATO ILÍCITO

A responsabilidade civil se caracteriza pela verificação de culpa no dever de indenizar. Para que isso seja feito, necessita-se da existência de um ato ilícito, que, portanto, gera um dano. Prux (1998) nos confirma isso, dizendo:

¹⁵ DIAS, J.A. **Da Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.132.

¹⁶ PEREIRA, C.M.S. **Responsabilidade Civil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.247.

“A importância da culpa vem desde tempos remotos, sendo amparada na noção de que ninguém deve ser punido se não demonstrado que quis o dano (caso de dolo) ou que, por sua ação omissiva ou comissiva, deu ensejo a ele”.¹⁷

Para que tal ato ilícito se configure, é preciso uma caracterização de um ato danoso a outrem, seja por ação ou omissão voluntária.

Devemos ressaltar também que o ato ilícito pode ter um duplo sentido, sendo um estrito e outro amplo, como Filho (2005) nos mostra:

“Em sentido estrito, o ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade – ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar.
(...)
Em sentido amplo, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico”.¹⁸

Podemos ver então, que o ato ilícito é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico e, não que apenas ameace infringi-lo. Isso não quer dizer, no entanto, que o ato ilícito dispensa a manifestação de uma vontade, pelo contrário, por se tratar de um comportamento humano, é necessário que ele seja voluntário.

Concluimos então que o ato ilícito é um pressuposto de extrema importância para a responsabilidade civil e, especialmente para a subjetiva, pelo fato de existir a culpabilidade do ato que, adiante, irá determinar se cabe responsabilizar o agente ou não.

3.2 CULPABILIDADE

Ao adicionarmos a culpabilidade ao comportamento, transformamos em um ato ilícito culposo, já que, em essência, a culpa se apresenta como uma violação de um dever de cuidado. Mesmo sendo um conceito único, a conduta culposa pode se dar de diversas maneiras, ressaltando que, as modalidades em que a culpa se apresenta, são apenas maneiras diferentes de violação do dever jurídico de cuidado.

Nesta mesma linha, Monteiro (1986) nos diz:

¹⁷ PRUX, O.I. **Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.180.

¹⁸ FILHO, S.C. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2005, p.32-33.

“A culpa que interessa ao Direito privado há de ser aquela que importa em erro de conduta. O agente deve responder pelo resultado danoso porque foi incapaz de modelar o seu comportamento na dimensão jurídica e social a que estava obrigado como cidadão”.¹⁹

Baseando-nos nisso, podemos ver, portanto, o grau de importância da culpa no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o pilar do ato ilícito e, conseqüentemente, o grande diferencial entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva.

A teoria subjetiva fundamenta a responsabilidade, pois, na culpa que, uma vez comprovada, ou, em outros casos, presumida, dá motivo a uma indenização, encontrando base no art. 186 do Código Civil (já mostrado no capítulo anterior). Por isso que, inicialmente, a responsabilidade civil surgirá da comprovação da culpa, incidindo em todos aqueles estão ligados ao prejuízo que foi causado.

É importante ressaltar também, que a diferença constante na afirmação de que se pode definir a culpa como uma conduta voluntária contrária ao dever de cuidado que produz um evento dano involuntário. Pois a conduta errada é voluntária, mas o dano final é involuntário, desconsiderando assim, qualquer chance de haver confusão entre culpa e dolo, mas, mesmo assim, nos dois casos o dever de indenizar se fará presente.

Além disso, há vários tipos de culpa, podendo ser levíssima, leve ou grave, dependendo da gravidade da ação culposa:

- **culpa *in vigilando***, é quando o agente não fiscaliza uma atividade, própria ou de terceiro, com a cautela necessária;
- **culpa *in omittendo***, se dá na omissão do agente no dever de cumprir sua tarefa;
- **culpa *in custodiando***, é parecida com a culpa *in vigilando*, mas, ocorre quando o agente tem a responsabilidade pela guarda de animal ou coisas e não a cumpri;
- **culpa *in eligendo***, caracteriza-se pela má escolha daquele em quem se confia a prática de um ato ou o pagamento da obrigação.

Sendo assim, a culpa em um dado processo pode ser do lesionador, do lesado, ou de ambas as partes. Se há a uma parcela de culpa de cada lado no respectivo episódio, de acordo com a teoria subjetiva atribuída ao caso, será imposto proporcionalmente o ônus da recomposição, na medida em cada um foi prejudicado. Para isso, a caracterização da culpa deverá ser provada, cabendo a cada um apresentar fatos que comprovem tal alegação.

¹⁹ MONTEIRO, A. L. C. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Anaconda Cultural, 1986, p.35.

3.3 DANO E NEXO CAUSAL

O nexo causal é outro pressuposto a ser englobado pela responsabilidade civil. É, normalmente, uma das primeiras questões a serem analisadas na solução de qualquer ocorrência que aborde a responsabilidade civil. Antes de ser decidido se o lesionador teve culpa ou não, deve-se analisar se ele deu causa ao resultado.

Não basta que o agente tenha executado um ato ilícito, nem que a vítima tenha sofrido um prejuízo, é preciso que tal prejuízo tenha sido causado pelo ato ilícito do agente, que exista uma relação entre causa e efeito entre ambos.

Portanto, para que haja o dever de indenizar, o lesionador, além de ter de provocar tal dano, deverá ser alvo também de uma análise que comprove que tal dano só existe em função do ato culposo. Ou seja, deve haver uma relação de causalidade, demonstrando que o ato cometido causou tal dano à vítima. Essa relação é chamada de nexo causal.

Os conhecimentos de Filho (2005) nos ajudam a complementar esse tópico mostrando que:

“é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado deste ato, sem o quê a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente, que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do direito, possa ser considerado causa daquele”.²⁰

3.4 CULPA PRESUMIDA

Em muitas ocasiões, os tribunais têm examinado a prova da culpa com tolerância, extraindo-a, em diversas vezes, das circunstâncias em que se dá a ocorrência. Por isso, em muitas das vezes, a prova da culpa é devastadora, tornando-se um obstáculo insuperável para o lesado.

A culpa presumida foi um dos diversos estágios da transição da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Em decorrência da dificuldade que se tem em provar a culpa em certas situações, a culpa presumida foi a estratégia seguida para favorecer a posição do lesado. Enquanto no sistema da culpa provada cabe ao lesado provar a culpa do agente, no sistema da culpa presumida cabe ao agente provar que não agiu de forma culposa.

²⁰ FILHO, S.C. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2000, p.49.

Deste modo, Filho (2005) no acompanha dizendo:

“Sem se abandonar, portanto, a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito prático próximo ao da teoria objetiva. O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado; mas, por se tratar de presunção relativa – *juris tantum* –, pode elidir essa presunção provando que não teve culpa”.²¹

E, a fim de esclarecer as últimas dúvidas e finalizar este tópico e, conseqüentemente, esse capítulo, Lima (1998) complementa:

“As presunções de culpa consagradas na lei, invertendo o ônus da prova, vieram melhorar a situação da vítima, criando-se a seu favor uma posição privilegiada. tratando-se, contudo, de presunção *juris tantum*, não nos afastamos do conceito de culpa da teoria clássica, mas apenas derogamos um princípio dominante em matéria de prova. Tais presunções são, em geral, criadas nos casos de responsabilidades complexas, isso é, das que decorrem de fatos de outrem, ou fato das coisas inanimadas. Fixadas por lei as presunções *juris tantum*, o fato lesivo é considerado, em si mesmo, um fato culposo e como tal determinará a responsabilidade do autor, se este não provar a ausência de causa estranha causadora do dano, como força maior, o caso fortuito, a culpa da própria vítima ou o fato de terceiro”.²²

4 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A presença do dano, sem indagar a existência da culpa, como acontece na responsabilidade subjetiva, é a principal característica da responsabilidade civil objetiva. Portanto, não é necessária a existência da culpa para estabelecer o nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo causado pelo mesmo. O agente responsável por tal ato será considerado elemento gerador de um dever de indenizar o dano que, porventura, causar à vítima. A partir disso, só é necessário um nexo causal entre o ato lesivo e o dano causado à vítima.

Em essência, essa teoria está vinculada à idéia do risco, que diz que quem provoca uma lesão ao valor alheio é responsável pela compensação da vítima, sendo esta, independente de comprovação de culpa na conduta do lesionador. Porém, vale ressaltar, que a responsabilidade objetiva não se desfaz da presença dos demais fatores da responsabilidade

²¹ FILHO, S.C. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2005, p.64.

²² LIMA, A. **Culpa e Risco**. 2ª Ed. revista e atualizada pelo professor Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998, p.72.

civil. Para isso, deve haver nexa causal adequado entre o ato que causou tal prejuízo e a lesão. Daí essa teoria ser conhecida como responsabilidade sem culpa.

Será oportuno, então, mencionar o que dizem Couto Filho e Souza (1999):

“Importantíssimo que se tenha em mente, portanto, que a responsabilidade objetiva coexiste com a subjetiva, e que, não obstante a responsabilidade com culpa subsistir como regra geral, a responsabilidade objetiva vem crescendo no seio da sociedade moderna, em vários países do mundo, sendo que no ordenamento pátrio, encontra-se prevista em várias legislações especiais”.²³

Para entendermos melhor a teoria da responsabilidade civil objetiva, é de total importância falar também da teoria do risco, que foi fundamentada no final do século XIX, quando o desenvolvimento do setor industrial aumentava o problema da reparação dos acidentes de trabalho.

Se risco representa perigo, vale dizer que aquele que exerce um ato perigoso deve assumir os riscos e concertar o prejuízo que ele causou. Baseado nisso, Filho (2000) define:

“A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano”.²⁴

Assim, com a criação da responsabilidade objetiva, com foco em tal teoria, o sistema foi se transformando e, ao mesmo tempo, fazendo com que surgissem várias outras espécies da mesma:

- A **Teoria do Risco-proveito** se dá quando se visa o lucro. O responsável tira proveito da atividade danosa, se baseando na idéia do ganho;
- A **Teoria do Risco Profissional** se caracteriza quando, o empregador é totalmente responsável, tendo o dever de indenizar o lesado, quando a lesão ocorre em razão da atividade profissional de seu empregado.
- A **Teoria do Risco Excepcional** acontece quando há um dano causado por um risco extraordinário, totalmente alheio à atividade exercida pelo lesado.

²³ COUTO FILHO, A. F; SOUZA, A.P. **A Improcedência no Suposto Erro Médico**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p.16.

²⁴ FILHO, S.C. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2000, p.143.

- A **Teoria do Risco Criado** se dá a partir da execução de uma determinada atividade funcional que exponha a integridade de outrem, responsabilizando-se assim, por todos os danos ocasionados por tal serviço.
- A **Teoria do Risco Integral** é aplicada em caso do direito público, porque se responsabiliza o causador do dano, independente da culpa, bastando somente apresentar o dano.

A partir da responsabilidade civil objetiva e das teorias de risco citadas, surge também a idéia de garantia que, segundo ela, a responsabilidade da pessoa que comete o dano está diretamente vinculada à obrigação de indenizar a vítima sob dois pontos: ou porque cometeu uma falta, ou porque tira proveito do ato praticado. Pereira (2001) se refere à teoria da garantia da seguinte forma:

“(…) a *teoria da garantia* pretende que o fundamento da responsabilidade sem culpa reside em que, todos os casos em que o legislador ou a jurisprudência condene o ato do dano a repará-lo, com abstração da culpabilidade, o dano sofrido constitui um atentado aos direitos da vítima, protegidos por si mesmos, como é o direito de propriedade, o direito ao nome, os direitos à “propriedade intelectual”, e bem assim outros direitos objetivamente assegurados, independente da culpa”.²⁵

O termo “indenização” refere-se à compensação à alguém com o objetivo de anular ou diminuir um dano, geralmente, de natureza moral ou material, causado através da violação de um direito absoluto. Sobre isso, Fachinni Neto (2003) diz:

“O fato é que a teoria da responsabilidade civil comporta tanto a culpa como o risco. Um como o outro devem ser encarados não propriamente como fundamentos da responsabilidade civil, mas sim como meros processos técnicos de que se pode lançar mão para assegurar às vítimas o direito à reparação dos danos injustamente sofridos. Onde a teoria subjetiva não puder explicar e basear o direito a indenização, deve-se socorrer da teoria objetiva. Isto porque, numa sociedade realmente justa, todo dano deve ser reparado”.²⁶

Mas nem sempre é possível reparar o dano causado. Em várias situações, o agente não tem condições de arcar com os prejuízos, ou porque não possui subsídios, ou porque é incapaz de tal feito. Sendo assim, faz-se necessário o ressarcimento do lesado através de um terceiro responsável que, de alguma forma, está vinculado ao agente causador do dano. Assim, esse terceiro elemento passar a fazer parte da coletividade, pois, na evolução do mundo contemporâneo, não é mais aceitável que o lesado fique sem reparação.

Gomes (2000) nos confirma esse fato dizendo que:

²⁵ PEREIRA, C.M.S. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.283.

²⁶ FACHINNI NETO, E. **Da Responsabilidade Civil no Novo Código**, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003, p. 160-161.

“à medida que o nível de vida se eleva, mas cada um compreende ter a certeza de ser indenizado (a fatalidade não é mais aceita), o que se reflete, e muitas vezes, na transferência da indenização para a coletividade. A grave tendência da responsabilidade civil, crescente no correr dos anos, é a busca de qualquer forma de uma indenização para as vítimas, com limitações. Dentre estas, cite-se a falta de condutor, que tem por efeito reduzir a indenização ou excluí-la. Predomina um “slogan”: para todo prejuízo, reparação”.²⁷

E Vieira (2004) complementa:

“A responsabilidade objetiva sustenta, em si, a noção de seguridade geral, pelo controle do fato tido como causa do dano, para que todos possam suportar os prejuízos que venham a recair sobre qualquer um de nós, a título de riscos da vida em uma sociedade desenvolvida, massificada e com crescente aumento dos acidentes de trabalho, de trânsito e de transporte de consumo, das atividades estatais, ambientais, minerais, entre outras”.²⁸

Podemos observar então, que a responsabilidade civil vem se modificando e se moldando às inúmeras transformações do mundo contemporâneo. Nesse sentido, embora a Legislação não consiga alcançar todos os fatos decorrentes da responsabilidade civil, a jurisprudência tem compensado isso com o compromisso de resolver ou, tentar, pelo menos, as diversas situações que surgem no mundo atual.

A partir daí, concluímos que a responsabilidade civil subjetiva veio se aprimorando em ritmo lento, gerando uma mudança gradativa até chegar a um sistema misto, no qual é possível que a teoria subjetiva e objetiva coexistam, aplicando assim, em casos concretos, a forma mais correta, ou melhor, mais adequada, que possibilite a vontade de justiça e de proteção da vítima.

²⁷ GOMES, L.R.F. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.142.

²⁸ VIEIRA, P.R.S. **A Responsabilidade Civil Objetiva do Direito de Danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.88.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

5.1 INTRODUÇÃO

Após o estudo dos capítulos anteriores, podemos ter uma noção geral a respeito do que se trata a responsabilidade civil e, também, suas peculiaridades e diferentes formas de aplicação. A partir disso, iremos direcionar tais formas de aplicação da responsabilidade civil na abordagem do erro médico, com o objetivo de expor, da forma mais simples e didática possível.

Para que isso seja feito, será feita uma sistemática acerca do tema, partindo de um breve histórico do erro médico e, depois, exposição geral de como se caracteriza, em essência, dentro das normas jurídicas, o erro médico que, conseqüentemente, fará com que surja o dever de indenizar o paciente lesado.

Em seguida, vamos analisar as características comerciais na relação médico-paciente, através da exposição dos aspectos contratuais e extracontratuais que irão existir nesta relação.

Como se trata de responsabilidade civil, mesmo que no erro médico, não podemos deixar de abordar também as especificidades que decorrem da interação trabalho do médico com terceiros e coisas, frente ao nosso ordenamento jurídico.

Concluindo o capítulo, será exposto um estudo sobre como se dá a liquidação dos danos causados pela ação lesiva do profissional médico.

5.2 HISTÓRICO

Não é de hoje que surgiu todo um ordenamento em relação à conduta do profissional médico. Desde os povos da antiguidade já havia legislações que regravam tais maneiras de condução da atividade desse profissional.

Quando falamos da responsabilidade civil do médico, logo nos vem à cabeça o Código de Hamurabi (1686 – 1750 a.C.), elaborado pelo rei da Babilônia (em cujo artigo 218 está a lei de Talião que vimos anteriormente), onde buscamos os primórdios da responsabilidade do médico de uma forma mais normativa, estabelecendo pena para a conduta inadequada diante do paciente, como por exemplo, a amputação das mãos se o cirurgião não obtivesse sucesso em dado procedimento.

Da mesma maneira, punições severas estavam previstas para os cirurgiões no Código de Ur-Nammu (2111 – 2084 a.C.) na Suméria, assim como no Código de Manu (por volta de 1000 a.C.), na Índia.

No Egito, ao mesmo tempo em que vislumbravam de uma posição privilegiada perante a sociedade, os médicos possuíam um livro de regras estabelecidas para suas atividades. Se os mesmos não o observassem, eram mortos.

Na Grécia antiga, através do sagrado juramento de Hipócrates, já colocava em destaque na vida social a responsabilidade do médico, sendo atualizado em 1948 na Declaração de Genebra.

Contudo, passaram-se muitos anos até que o Direito conseguisse uma regulação mais palpável para a conduta médica, tornando-a mais efetiva. Isso porque, em primeiro lugar, até a implantação do estado Constitucional, a defesa de direitos se dava pela força do poder dominante e, em segundo lugar, a prova do delito passou a fazer parte da defesa do direito com validade efetiva somente no mundo moderno.

Vale lembrar que, ao mesmo tempo, era escassa a quantidade de profissionais da área, por isso eram vistos como semideuses capazes de assegurar a vida e, na maioria dos casos, tinha uma relação de familiaridade com os paciente, pois o médico era da família inteira, cuidando do pai, do filho e do neto.

Por causa de tal admiração e proximidade do ambiente familiar, poucos eram capazes de contestar seus procedimentos. Em decorrência disso, o erro ou a morte eram raramente de responsabilidade do médico. A culpa sempre recaía ou sobre a incapacidade do meio hospitalar, ou pela falta de medicamentos adequados.

Confirmando o que foi dito, Vieira (1999) diz:

“Durante muitos séculos, a medicina esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos designos de Deus a saúde e a morte. Neste contexto, não se responsabilizava o médico que apenas participava de um ritual, talvez inútil, mas dependentemente da vontade Divina. O médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência, médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O ato do médico se resumia na relação entre uma confiança e uma consciência”.²⁹

Os anos se passaram e as coisas mudaram. A vida na transição do século XX para o XXI, fez com que houvesse uma mudança na maneira de se pensar na relação médico-paciente. As expectativas dos pacientes se modificaram/ampliaram em decorrência do surgimento das redes de seguridade social, planos de saúde, convênios e, junto a isso, surgiu também novas maneiras do paciente cobrar da conduta do médico.

As normas éticas garantidas pelos Conselhos não eram mais o limite da responsabilidade do médico. A lei aumentou o impacto do dever do médico, determinando que o mesmo se colocasse com mais frequência a frente de processos de acusações de erros médicos.

Não foram os conceitos jurídicos que mudaram, e sim a legislação e o acesso à justiça que evoluíram. Assim, a busca da responsabilidade civil do médico ganhou nova dimensão.

5.3 TEORIA DA CULPA NO ERRO MÉDICO

Antes de começarmos a exposição da teoria da culpa no erro médico, deve-se ressaltar que a responsabilidade no erro médico segue, basicamente, a mesma linha geral da responsabilidade civil genérica, portanto, é dever de quem, em sã consciência e capacidade,

²⁹ VIEIRA, L.C. **Responsabilidade Civil Médica**. Publicada no Juris Síntese nº 19: Set-Out de 1999.

praticar uma ação, de maneira livre e intencional ou com simples culpa, reparar obrigatoriamente os danos provenientes do seu ato.

Podemos observar isso no art. 14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de profissionais liberais, como o médico, por exemplo:

“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.”³⁰

Porém, quando abordamos a responsabilidade civil no erro médico, é indispensável a presença de uma prova inequívoca de houve a culpa no procedimento do profissional. É tarefa do lesado (no caso, o paciente) provar que o médico procedeu de forma culposa.

Em acordo com isso, Gomes e França (1999) dizem que:

“Erro Médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.³¹

A fim de facilitar a compreensão do caso de ação culposa do médico, vamos analisar tal questão através de três momentos básicos: o diagnóstico, a escolha terapêutica e a prescrição.

No diagnóstico, o profissional médico deve anotar cada um dos sintomas verificados no paciente, assim como a assepsia de seus instrumentos deve estar em total acordo, para que não seja acusado depois de negligência. Levando em consideração que a certeza do diagnóstico depende de uma série de exames suplementares, a requisição dos mesmos não pode ser esquecida, pois o profissional pode ser dado como imprudente. E, esse mesmo profissional, deve manter-se por dentro das novidades e notícias da sua área de especialidade, para não ser visto como imperito.

No momento da escolha terapêutica, há relação com a certeza e veracidade do diagnóstico. Mas devemos lembrar que a medicina é muito dinâmica, e é tarefa do médico estar sempre buscando se atualizar com as técnicas terapêuticas mais atuais e seguras.

³⁰ Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990.

³¹ GOMES, J.C.M; FRANÇA, G.V. **Erro Médico – Um Enfoque Sobre Sua Origem e Suas Consequências**. Minas Gerais: Unimontes, 1999, p.25.

Quanto à prescrição, qualquer decisão do médico deve ser fundamentada de modo que sempre demonstre ter atuado com atenção, cuidado e consideração pela questão principal do seu trabalho, que é o bem-estar e a perspectiva de cura do seu paciente.

Podemos ver então que a imperícia, a imprudência e a negligência, podem estar presentes no ato médico que promova um prejuízo a algum paciente, caracterizando a presença da culpa. Entretanto, tal culpa deve ser provada pelo paciente, a carga da prova é do lesado.

Seguindo esse raciocínio Fradera (1992) comenta:

“A consideração da natureza da responsabilidade médica como contratual não tem como efeito tornar presumível a culpa. É ao paciente, ou, se for o caso, os seus familiares a que incumbe demonstrar a inexecução da obrigação, por parte do profissional. Provada a culpa do profissional com relação aos cuidados dispensados ao doente, será aquele constrangido à reparação do dano causado”.³²

Para melhor entendimento do que foi dito até o momento, segue em acórdão, do qual a ementa está abaixo transcrita, a evidência da necessidade de demonstração da culpa na conduta do médico em caso de erro do profissional:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO ESTÉTICO. ERRO MÉDICO NÃO-CONFIGURADO. O tratamento ministrado a paciente sendo o adequado à moléstia apresentada, submetido com as cautelas recomendadas e não havendo prova de ter o profissional da medicina se equivocado, por imprudência, negligência ou imperícia, ao ministrá-lo, não há como pretender a obrigação de indenizar, porque não configurado comportamento culposos que implique responsabilidade civil. Recurso improvido”.³³

Foram mencionadas as palavras imprudência, negligência e imperícia anteriormente, mas não foi feita uma explicação direta de cada uma delas. A negligência (do latim, *neglegentia*), se caracteriza pela omissão, pela abstenção do comportamento pedido para dada situação, é um não agir. A imprudência (do latim, *imprudencia*), se caracteriza pela comissão, é agir sem a cautela necessária, é um agir precipitado. E a imperícia (*imperitus*, no latim), se caracteriza na ação sem os conhecimentos técnicos necessários, ou a má aplicação dos mesmos, é um agir incompetente.

Tais características podem estar presentes na ação culposa do médico, mas além delas, é necessário haver também um nexos causal. Logo, tal característica deve ser causadora do dano ao paciente. Agora podemos observar os pressupostos da responsabilidade civil, na

³² FRADERA, V.M.J. **A Responsabilidade Civil dos Médicos**. AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1992, v.55, p.123.

³³ TJRS – Processo nº 598014397 – 6ª Câmara Cível – Rel. João Pedro Freire – 07/04/99.

especificidade do profissional médico. Quando há o ato lesivo, o dano e nexos causal, o médico adquire a obrigação de indenizar o lesado, mas na falta de algum desses três elementos, não há razão para a reparação. O seguinte acórdão ilustra, em sua ementa, um caso da falta de nexos causal:

“APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A AÇÃO DO MÉDICO E O RESULTADO. Ausente o nexos causal entre a ação e o resultado, resta afastada a responsabilidade civil do médico. Apelo desprovido”.³⁴

Há ainda uma teoria aplicada em casos de prejuízo, por acontecimentos que, normalmente, não causariam dano, a menos que o agente tenha agido com culpa, é a teoria da Res Ipsa Loquitor, ou In Re Ipsa, teoria de que a coisa fala por si mesma. Nesses casos, diante do destaque do erro médico, já há a admissão da culpa do médico, como uma prova circunstancial, pois tal dano não teria ocorrido sem a culpa do médico, por exemplo, em casos de morte ou amputação de algum membro do paciente.

O seguinte acórdão é um exemplo para exemplificar essa teoria:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE MÉDICA. OFTALMOLOGISTA. CIRURGIA ELETIVA DE CORREÇÃO DE MIOPIA. SUBSEQÜENTE PERDA DA VISÃO. APLICAÇÃO DA DOCTRINA DA CULPA IN RE IPSA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Merece ser acolhida pretensão de indenização (por gastos médicos e de terapia psicológica) e de reparação (por dano moral) de quem submetendo-se a cirurgia de eleição, para correção de deficiência em um dos olhos, vem a obter, como resultado, a perda de visão. Ainda que se não flagre aí uma obrigação de resultado, inegavelmente dessa se aproxima a denominada cirurgia funcional, merecendo ser responsabilizado o médico que, por razões insuficientemente comprovadas, não só não logra êxito - que não lhe era exigido - mas termina por deixar o paciente em situação extremamente pior do que se encontrava anteriormente, pois sem visão justamente no olho operado. Merece prestígio, em casos que tais, a doutrina da culpa in re ipsa, na medida em que o sistema de responsabilidade civil do médico é o da responsabilidade subjetiva (art. 1545 do Código Civil)”.³⁵

Outra teoria que tem como objeto a avaliação da culpa é a da Perda de uma Chance, onde admite-se que a culpa do médico tenha prejudicado as chances do paciente sobreviver. Nela há também a presunção da culpa, pois o juiz não precisa se convencer de que a lesão foi causada pelo profissional, é preciso apenas a dúvida de que isso ocorreu para a culpa ser do médico. Através da ementa de acórdão a seguir, podemos ver a referida teoria na prática:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ATENDIMENTO DE URGÊNCIA. NEGLIGÊNCIA DO PREPOSTO DA

³⁴ TJRS – Processo nº 598548873 – 6ª Câmara Cível – Rel. João Pedro Freire – 25/08/99.

³⁵ TJRS – Processo nº 598068245 – 6ª Câmara Cível – Rel. Antônio Jandyr Dall’Agnol Júnior – 11/11/98.

DEMANDADA AO PRESCREVER À PACIENTE A PERMANÊNCIA EM DOMICÍLIO PARA REPOUSO. DIAGNÓSTICO DE ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL ISQUÊMICO TRANSITÓRIO. CASO QUE DEMANDAVA IMEDIATA REMOÇÃO PARA HOSPITAL. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO. Pedido de indenização por danos morais decorrentes de negligência no atendimento médico de urgência à parte autora, diagnosticada com quadro de AVC Isquêmico Transitório, sem que fosse removida para um hospital para observação e realização de exames. Prescrição médica de repouso em domicílio que se mostrou totalmente inadequada para o caso, evidenciando a negligência do atendimento. Ocorrência de sequelas. Apelo da ré desprovido. Apelo da autora parcialmente provido. Unânime”.³⁶

Para satisfação do dano, tem que ser feita a prova da culpa do profissional, na responsabilidade civil do médico, porém há a necessidade de lesão causada pelo médico. Portanto, faz-se necessária a existência de uma relação de causa e efeito entre a ação do médico e o dano apurado.

Vimos o que inclui a responsabilidade, mas há as excludentes também. O que exclui a responsabilidade do profissional médico o caso acidental e a força maior, a interferência de terceiros, agindo com dolo ou culpa, que não estão sob comando do médico e a conduta culposa do próprio paciente. Se for caracterizada culpa exclusivamente do paciente, a responsabilidade do profissional desaparece.

Para finalizar, vale ressaltar que há também os casos de culpa concorrente, ou seja, quando médico e paciente respondem por uma parcela da culpa, não havendo exclusão da responsabilidade. Logo, a responsabilidade será bipartida entre o profissional e o paciente. Isso se dá, por exemplo, em casos de as orientações médicas não serem seguidas corretamente, ou quando o paciente omite informações importantes do seu quadro do médico.

5.4 NATUREZA CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL NO ERRO MÉDICO

Como já vimos, a responsabilidade civil incidirá na atuação do médico, em função dos seus atos, na relação que se estabelece com o paciente. Assim, quando o profissional é procurado por um cliente, gera-se entre os dois um vínculo contratual que, na maioria das vezes, é implícito. Daí surge a responsabilidade civil do médico.

A favor disso, Savatier (1951) diz:

“Entre o médico e o paciente estabelece-se um contrato. Do conteúdo desse contrato, depende a responsabilidade de um frente ao outro; se apresenta, portanto como uma responsabilidade contratual. Após muito tempo decidindo o contrário, a Corte de

³⁶ TJRS – Processo nº 70042147207 – 9ª Câmara Cível – Rel. Iris Helena Medeiros Nogueira – 30/05/11.

cassação reconheceu esse princípio. E os tribunais e cortes de apelação são também unânimes em confirmá-lo”.³⁷

Importante ressaltar também, que não há um conceito específico para o erro médico, porque deve haver uma avaliação das particularidades da ação do médico em cada caso. Por isso, devemos admitir, pelo menos para fim expositivo, que a responsabilidade médica não se resume a um sistema unitário.

A responsabilidade pode ser contratual, ou seja, quando ela se origina a partir de um contrato estabelecido entre o paciente e o médico e, em grande maioria, esse contrato se dá de forma implícita e abrange as relações restritas ao âmbito da medicina privada, isto é, ao profissional que é escolhido pelo paciente.

Matielo (1998) contribui para a explicação da responsabilidade médica contratual no mostrando que:

“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”.³⁸

A responsabilidade civil do médico será extracontratual quando, não havendo contrato, as circunstâncias do momento colocam médico e paciente em contato, incumbindo ao médico o dever de prestar serviço à pessoa que está precisando de tal atendimento. Também será de natureza extracontratual a relação a qual o médico servidor público está submetido, pois atende em instituição com a obrigação de receber pessoas seguradas dos institutos de saúde pública, assim como o médico contratado por uma empresa para prestar serviços a seus empregados.

Complementando, Couto Filho e Souza (1999) dizem:

“Não se pode olvidar, todavia, que existe a possibilidade de haver responsabilidade médica sem origem no contrato, vale dizer, sem vínculo preexistente, escrito ou verbal. É o caso, por exemplo, do médico que socorre alguém que esteja inconsciente na rua, ou mesmo em outro lugar. Evidentemente que este paciente não teve qualquer ato volitivo no sentido de ser atendido e tratado por este ou aquele médico e, por via de consequência, não há de se falar, in casu, em contrato. Não

³⁷ SAVATIER, R. **Traité de La Responsabilité Civile en Droit Français**. 2ª Ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. Tomo I, p.375-376.

³⁸ MATIELO, F.Z. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1998, p.46.

obstante esta possibilidade, a natureza jurídica da relação médico/paciente, via de regra, é contratual”.³⁹

A grande diferença entre a responsabilidade do médico contratual e a extracontratual está na carga da prova que é atribuída às partes. Na responsabilidade contratual, ao autor da ação, prejudicado pelo descumprimento do contrato, basta provar a existência do mesmo. A existência de tal inadimplência e do dano, com o nexo causal, obriga o acusado a provar que o dano ocorreu devido a uma causa estranha a ele, pois, ainda que seja uma responsabilidade contratual, ao tratar de um profissional liberal, haverá a necessidade de se comprovar a culpa.

Já na responsabilidade extracontratual, o lesado deve provar também a presença de imprudência, negligência ou imperícia na ação do médico (culpa). Se o lesado não se desincumbir desse ônus, o acusado se isenta de responder pela indenização.

Na prática, essas duas naturezas só terão significado quando for feita outra distinção, que se faz entre a obrigação de meio e a obrigação de resultado, pois a obrigação do médico não é só, necessariamente, curar o doente, mas também utilizar todo zelo e conhecimentos necessários para a resolução de cada caso.

A obrigação é de meios quando o médico assume o dever de prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidas pela situação, de acordo com sua especialidade, com os recursos de que dispõe e com os conhecimentos acumulados em dada área, sem se preocupar em chegar a um resultado específico. Ou seja, o médico deve empregar os meios conhecidos, necessários e disponíveis para o tratamento do paciente, sem ter como garantir o perfeito e matemático resultado de tal trabalho, logo deve se esforçar ao máximo para alcançar a cura de seu paciente, mesmo que não a consiga.

Sendo assim, Santos (1999) confirma o que foi mostrado a cima dizendo:

“A não-obtenção do diagnóstico correto apenas demonstra que o resultado esperado não foi alcançado. Mas 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”.⁴⁰

Nesse mesmo sentido se manifesta a jurisprudência, como no acórdão cuja ementa vem citada a seguir:

³⁹ COUTO FILHO, A. F; SOUZA, A.P. **A Imprudência no Suposto Erro Médico**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p.28.

⁴⁰ SANTOS, M.F.S. **A AIDS Sob a Perspectiva da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.83.

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. MORTE POR ANEMIA APLÁSTICA SEVERA POR USO DE ANTIBIÓTICO. NEXO CAUSAL. INOCORRÊNCIA. Não restando provada a relação de causa-efeito entre o uso do antibiótico quemeticina e o surgimento de anemia aplástica, causa do óbito da paciente, não há como reconhecer a culpa do médico no evento. A obrigação do médico é de meios e não de resultado e, no caso, a doença fatal poderia ter sido ocasionada por diversas outras causas, não havendo relação direta com o uso de medicamento, altamente utilizado no combate à infecção apresentada pela paciente e de baixo custo se comparado a outras drogas da mesma espécie. Prova pericial e testemunhal a corroborar as alegações do requerido. Apelo provido parcialmente para julgar improcedente a ação indenizatória no tocante ao reconhecimento do erro médico”.⁴¹

Quando a obrigação é de resultado, o acusado se compromete a realizar um objetivo certo, um fim específico, ou seja, o agente é diretamente vinculado ao resultado final da obrigação. O médico assume tal responsabilidade quando se compromete a efetuar uma transfusão de sangue, por exemplo.

Nesse sentido, há uma série de especialidades cujo objetivo é alcançar a cura direta do problema em questão. Por exemplo, o bioquímico, o profissional das análises clínicas e o radiologista, comprometem-se a obrigação de resultado, mesmo que os exames deles não leve diretamente à cura.

Porém, no que se refere ao trabalho do médico cirurgião plástico, é unânime o entendimento da doutrina de que o mesmo, ao realizar cirurgias plásticas estéticas (embelezadoras, e não reparadoras), está, automaticamente assumindo uma obrigação de resultado. É o que nos indica Gonçalves (1988):

“Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. Da cirurgia mal-sucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. A indenização abrange, geralmente, todas as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético, bem como verba para tratamentos e novas cirurgias”.⁴²

A ementa transcrita abaixo também ilustra o que dito:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. CIRURGIA PLÁSTICA. ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. COBRANÇA DO SALDO DOS HONORÁRIOS. PRESCRIÇÃO. PROCEDÊNCIA, EM PARTE, DA AÇÃO E IMPROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO. A responsabilidade civil do médico, como sabido, é contratual, sendo a obrigação, em princípio de meio e não de resultado. Todavia, em se tratando de cirurgia plástica, a obrigação é de resultado, assumindo o cirurgião a

⁴¹ TJRS – Processo nº 598427292 – 5ª Câmara Cível – Rel. Marco Aurélio dos Santos Caminha – 27/05/99.

⁴² GONÇALVES, C.R. **Responsabilidade Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.124.

obrigação de indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação. Demonstrado o inadimplemento, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao médico a obrigação de demonstrar que não houve culpa ou que ocorreu caso fortuito ou força maior. Indenização pelos danos de ordem material e moral. Procedência, em parte, da ação, por ter sido excluído o pedido de dote. Prescreve em um ano a ação para a cobrança de honorários médicos, contado o prazo a partir da data do último serviço prestado. Tendo isso ocorrido em maio de 1993 e a reconvenção protocolada em outubro de 1994, caracterizada está a prescrição. Sentença mantida. Apelação não provida”.⁴³

Na obrigação de resultado, o lesado deve apenas apresentar, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido pelo profissional, pois isso bastará para que fique caracterizado o descumprimento do contrato. O acusado só ficará isento da responsabilidade se provar que o que houve foi devido a uma força maior ou um caso acidental.

Já na obrigação de meios, o lesado deverá provar a conduta ilícita do médico, ou seja, deve haver provas de que o acusado não agiu com atenção, diligência e cuidados necessários para a resolução ou, no mínimo, para a tentativa de melhorar o quadro do paciente.

Portanto, podemos ver que, tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual resultante de uma obrigação de meios, o lesado deve provar a culpa do médico, ou por ele ter agido com culpa e causou um ato ilícito, ou por ter descumprido suas obrigações contratualmente estabelecidas. O que nos faz enxergar que a relação jurídica entre médico e paciente é de natureza contratual, mesmo existindo situações nas quais vai se dar em um relação extracontratual.

5.5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO POR FATO DE TERCEIRO

Quando ocorre alguma situação de erro médico, podemos considerar que tal erro pode ter sido causado por outrem. Pode haver ocasiões em que é criada uma responsabilidade civil contratual do médico responsável por esse mesmo contrato quando ele, em determinada obrigação, deixa um terceiro elemento responsável pela execução total ou parcial do serviço contratado. Se tal médico encarregado pela atividade causar algum dano ao paciente no exercício da mesma, o responsável será o médico preponente, ou seja, o médico que estabeleceu o contrato com o paciente.

Sobre esse assunto, Dias (1995) expõe o que pensa:

“A responsabilidade por fato de outrem não contradiz esse entendimento, porque é responsabilidade derivada da obrigação do próprio responsável, pela concepção de

⁴³ TJRS – Processo nº 597183383 – 3ª Câmara Cível – Rel. Tael João Selistre – 05/03/98.

que existe, a cargo dele, o dever de suportar, uma vez concretizada a hipótese, sozinho ou em conjunto com o agente as conseqüências desse fato”.⁴⁴

O médico precisa também de auxiliares para a execução de suas atividades. Se no exercício dessas atividades, o médico se utiliza de pessoas que trabalham na própria unidade de saúde onde está executando seus trabalhos e a tarefa dessas pessoas estiver ligada ao que foi acordado em contrato com o paciente, será o médico responsável por esse mesmo contrato que arcará com a responsabilidade civil pela culpa dos seus auxiliares no dado procedimento.

A ementa transcrita a seguir exemplifica o que foi dito a cima:

“Erro Médico – Comprovada a relação de causa e efeito, há responsabilidade de parte do profissional da medicina que deixa de tomar medidas que poderia reverter o quadro evolutivo, com isso evitando a morte do paciente. persiste a responsabilidade do cirurgião, mesmo quando o paciente é levado à Unidade Intensiva, em especial quando os responsáveis pela Unidade seguem orientação do agente do ato cirúrgico. A orientação do procedimento por incidentes pós-operatórios é, em tese, da responsabilidade do médico que encaminhou o paciente à Unidade. Dano Moral existente e quantificado com moderação. Recurso do réu desprovido. Provimento parcial do recurso dos autores”.⁴⁵

Ocorre a exclusão da responsabilidade civil por fato de terceiro em casos em que a ação, seja ela culposa ou dolosa, não parte do médico. Nessas ocasiões, o nexo causal entre a conduta do lesionador e o resultado é quebrado por uma força externa a relação médico paciente, já que a ação não partiu do médico. A responsabilidade civil por fato de terceiro se caracterizará apenas quando a conduta desta pessoa for o fator predominante da lesão causada.

Nesse sentido, Venosa (2003) afirma:

“Temos que entender por terceiro, nessa premissa, alguém mais além da vítima e do causador do dano. Na relação negocial, é mais fácil a conceituação de terceiro, pois se trata de quem não participou do negocio jurídico”.⁴⁶

Podemos concluir então que esse terceiro elemento é aquele não tem ligação com o médico no caso da responsabilidade civil, por isso o médico se isenta da obrigação de reparar tal dano, pois não há nexo causal entre o dano e a ação do médico.

5.6 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO POR FATO DA COISA

⁴⁴ DIAS, J.A. **Da Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v.1, p.96.

⁴⁵ TJRS – Processo nº 597211234 – 6ª Câmara Cível – Rel. Decio Antonio Erpen – 28/10/98.

⁴⁶ VENOSA, S.S. **Direito Civil: Responsabilidade Civil, Vol. 4**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p.48.

Para começarmos, veremos o que Dias (1995) pensa a respeito deste assunto:

“Temos dúvida em aceitar integralmente o ensinamento, considerando 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 conseqüências danosas, se não o faz”.⁴⁷

O que ele quis dizer? Bem, o médico, na prática de suas funções, utiliza uma série de equipamentos e aparelhos. Se, neste exercício, houver um dano ao paciente devido ao uso desses instrumentos, o médico que os usou deverá arcar com a responsabilidade civil.

Mas não podemos confundir o trabalho executado pelo profissional com a utilização das coisas que o mesmo para tal execução. O emprego inadequado de algum aparelho, a escolha errada de algum instrumento, poderá fazer com que o médico seja responsabilizado pelos danos causados ao paciente. Portanto, é obrigação do médico conhecer como cada aparelho deve ser operado para que sua utilização seja eficiente e de alto nível.

Se ocorrer algum incidente em decorrência de instrumento com defeito, com algum tipo de erro de fabricação, a responsabilidade será do fabricante do produto. Logo, se o médico for condenado a arcar com os prejuízos causados ao paciente, caberá a ele abrir uma ação para ser ressarcido pela empresa, por conta das despesas que teve que pagar por ter sido responsabilizado por tais prejuízos.

A respeito das indicações de produtos, o médico deverá exercer essa tarefa de forma adequada, respeitando as características e princípios ativos do medicamento receitado, prescrevendo o número de doses corretas, observando as contra-indicações e a presença de parafeitos e, se preciso, interrompendo a medicação. Desta forma, se houver algum problema que cause algum dano ao paciente, a responsabilidade será do laboratório responsável pela confecção do medicamento e não do médico que o receitou.

A fim de complementar e encerrar este tópico, Sebastião (1998) nos fala:

“a regra é a mesma em relação aos produtos farmacêuticos. Quer se trate de marca-passo, pino de platina, expensor de pele da mama, prótese 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 diligência prévia de ajustamento ou pronta mudança, no caso de resultado inverso e inesperado no paciente”.⁴⁸

⁴⁷ DIAS, J.A. **Da Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.263.

⁴⁸ SEBASTIÃO, J. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética – Legislação Positiva Aplicável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.67-68.

5.7 ERRO MÉDICO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A necessidade de defender o consumidor começou a chamar a atenção da área do Direito a partir do aumento da sociedade de consumo capitalista, que se deu no século XX.

Junto a isso, a preocupação do Estado com o jogo econômico, que ocasionou a queda da política liberal e ascensão da intervenção estatal, foi de muita importância para a busca do resguardo dos direitos dos grandes capitalistas industriais e comerciais do pós-guerra.

Em nosso país, apenas com o texto constitucional de 1988 a proteção foi construída a nível da Constituição Federal, procedendo à criação do Código de Defesa do Consumidor.

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, na Lei 8078 de 11/09/1990, o profissional médico e os estabelecimentos de saúde passaram a ser intitulados como prestadores de serviços, no caso, serviços de saúde. Os médicos estariam divididos em duas categorias: o médico prestador de serviços liberais, que presta serviço diretamente ao paciente, em seu consultório e; o médico prestador de serviços empresariais, ou seja, aquele profissional que atua de maneira empresarial, em clínicas médicas, laboratórios, etc.

A responsabilidade civil do médico liberal está descrita no artigo 14 § 4º:

“O fornecedor de produtos e 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 da culpa”.⁴⁹

Portanto, existe a obrigação de provar que houve culpa do profissional. Porém, admite-se a possibilidade de inversão do ônus da prova em decorrência da hipossuficiência (instituto do Direito Civil, que protege o consumidor nas relações de consumo, onde se constata o predomínio do fornecedor sobre o consumidor) do paciente, graças à visão de tratamento tutelar do contrato.

No entanto, em casos de cirurgias plásticas que, como já vimos, a obrigação é de resultado, a prova da culpa do médico será irrelevante, já que se trata da responsabilidade civil subjetiva, havendo presunção da culpa e inversão do ônus da prova. Assim, a interpretação das cláusulas contratuais deve ser feita sempre em favor do consumidor.

⁴⁹ Código de Defesa do Consumidor. Lei 8078 de 11/09/1990, artigo 14 § 4º.

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor veio tratar como consumidor aquela pessoa que utiliza serviços, abrangendo assim, a atuação do profissional da medicina dentro das suas normas, permitindo novos horizontes na busca da responsabilidade civil do médico.

5.8 LIQUIDAÇÃO DO DANO

Quando confirmamos que a ocorrência de um dano se deu por erro, negligência, imprudência ou imperícia, evidenciamos a responsabilidade civil, logo surge o dever de indenizar. Nas ocasiões em que fica claro o nexo causal entre o dano e o prejuízo do paciente, este tem o direito de ser ressarcido por causa desse prejuízo, seja material ou moral.

Dessa forma, Kfoury Neto (1998) define:

“Liquidar o dano consiste em determinar o quantum, em pecúnia, que incumbirá ao causador despendido em prol do lesado. Se não houver adimplemento espontâneo da obrigação assim tornada certa, recorrer-se-á à execução”.⁵⁰

Através da liquidação será traduzido em valores pecuniários o dano causado pelo médico. Por isso, o valor da reparação nunca deve ser excessivo, já que o objetivo da reparação não é deixar o lesado enriquecido, nem o lesionador diminuir significativamente seu patrimônio.

A indenização objetiva repõe o patrimônio da vítima, como se nada tivesse ocorrido. Com esse tipo de reparação, é esperado que o agente fique consciente de que seu comportamento foi inadequado e não deve se repetir, e que o lesado tenha consciência de que o Estado se importa com ele e que irá sempre buscar resolver as situações da forma mais justa possível.

Caso o dano sofrido seja de âmbito moral, a reparação se torna um pouco mais complexa, pois é difícil elencar valores à moral de um indivíduo, devendo então a indenização buscar um equilíbrio financeiro para as duas partes. Porém, se o caso for de agressão, com ofensa à saúde do paciente, a reparação deverá ser necessária para o pagamento das despesas médicas e dos lucros provenientes.

Em casos de óbito por erro médico, o artigo 948 do Código Civil será aplicado com suas determinações:

“No caso homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

⁵⁰ KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 1998, p.103.

- I – no pagamento de despesas em tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
- II – na prestação de alimentos as pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.⁵¹

As despesas com o tratamento que serão ressarcidas fazem referência ao tratamento médico e despesas hospitalares. Podemos encontrar isso descrito no artigo 949 do Código Civil:

“No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove ter sofrido”.⁵²

A liquidação do dano moral, como já dizemos, é uma questão mais difícil que o dano material, pois envolve muitos elementos pessoais, sendo apenas de caráter compensatório, já que não tem a missão de extinguir o sofrimento por inteiro, pois não se pode retornar, por meio da liquidação, ao estado anterior ao prejuízo.

Quando houver dano de ordem estética, haverá uma destruição da integridade física, sem dúvidas, acompanhada da modificação para pior da aparência física que o paciente possuía antes. O sofrimento com esse tipo de dano é duplo, por isso, cabe uma reparação dupla: no âmbito estético e no âmbito moral. Desta forma, a liquidação do caso de erro médico, o dano moral e o dano estético poderão ter reparação autônoma, com a condição de que a situação em pauta o comporte.

Eis o que diz Marmitt (1999) sobre o dano estético:

“O dano estético não se subsume no dano patrimonial, nem no dano moral puro, pois é a espécie de dano moral, sendo avaliável autonomamente. Nada impede que os danos material e moral coexistam com o dano estético”.⁵³

Podemos dizer então que a perda do dano moral é irreparável. Em situações em que houver o óbito do paciente em decorrência do erro médico, cabe o pedido de liquidação por danos morais e materiais.

Em relação à liquidação do dano moral, Lopez (1999) diz:

“Na verdade, portanto, não há equivalente da dor em dinheiro. Não há o que se chama de pecúnia doloris ou pretium doloris, e, sim, a compensação ou benefício de

⁵¹ Código Civil Brasileiro Atual (2003). Artigo 948.

⁵² Código Civil Brasileiro Atual (2003). Artigo 949.

⁵³ MARMITT, A. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999, p.126.

ordem material, que permita ao lesado obter prazeres e distrações que, de algum modo, atenuem sua dor”.⁵⁴

Kfoury Neto (1998) acrescenta:

“Grassa funda controvérsia sobre a liquidação do dano moral. Juristas de tendência dogmática posicionam-se contrariamente à fixação do valor desse dano pelo juiz com esteio, tão-só, em seu prudente arbítrio, na equidade, no senso comum, pugnando pela adoção de balizas legais, que vedem a submissão da matéria apenas à moderação do julgador”.⁵⁵

E Lopez (1999) finaliza:

“Para completar o estudo do montante do dano estético temos que mostrar que, neste caso, não é a equivalência que se procura e, sim, uma reparação satisfatória do dano”.⁵⁶

6 CONCLUSÃO

Após a exposição do estudo que o presente trabalho abordou, podemos tirar algumas conclusões e, é esperado, que a demonstração dos efeitos legais da responsabilidade civil do profissional médico tenha se dado com sucesso.

A responsabilidade civil tem os conceitos de responsabilidade objetiva e subjetiva como indispensáveis na sua abordagem jurídica, portanto, a presença, ou não, de culpa na conduta do lesionador. Assim como não prescinde da apresentação do ato lesivo, do dano e do nexos causal.

Por isso, podemos afirmar que o tratamento dado ao erro médico mais se identifica, na abordagem da responsabilidade civil, com as regras encontradas no ordenamento pátrio que rege a conduta jurídica nos casos de responsabilidade civil em geral.

O médico deve, em sua rotina, trabalhar com total prudência, perícia e diligência. Se, por acaso, haja a falta de algum desses três fatores haverá a responsabilidade civil do médico. A partir disso, algumas medidas de prevenção podem ser tomadas pelo profissional em suas tarefas.

Primeiramente, deve-se ser feita a correção na preparação do prontuário médico do paciente, pois este instrumento pode, um dia, significar uma importante defesa para o próprio

⁵⁴ LOPEZ, T.A. **O Dano Estético – Responsabilidade Civil**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1999, p.106.

⁵⁵ KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 1998, p.108.

⁵⁶ LOPEZ, T.A. **O Dano Estético – Responsabilidade Civil**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1999, p.105.

médico, mostrando o tratamento indicado por ele, as técnicas e meios usados, a medicação prescrita, etc. Por isso, o prontuário é uma peça imprescindível no labor diário do médico.

Em seguida, o profissional deve ter atenção na confecção do contrato do seu paciente. Pois, elaborando com a particularidade de cada caso, tal contrato indicaria as condições do paciente, por resposta do próprio paciente, fornecendo as informações sobre a técnica que o profissional empregará para a resolução de tal enfermidade e os cuidados que o paciente deverá tomar antes e depois do seu tratamento.

E, por fim, a terceira precaução seria a realização de um seguro médico, a fim de cobrir qualquer evento danoso, amparando assim, o médico em gastos financeiros, além de assegurar um reforço para sua defesa de direito, caso venha a ter uma demanda judicial.

O Direito não busca atrapalhar a ação dos profissionais da medicina, pelo contrário, procura o respeito àquele que trabalha com o bem de maior valor para o ser humano: a vida. O que o Direito tenta assegurar é que essa relação entre médico e paciente seja dada pelo respeito mútuo entre as partes, na diligência que o médico deve usar, independentemente do quanto receberá por tal serviço.

Portanto, é lúcido concluir este trabalho afirmando que a responsabilidade civil é uma responsabilidade do cidadão, onde as regras e condutas sociais e comunitárias podem ser respeitadas. Por isso que os profissionais médicos devem se preocupar com a ótica que a responsabilidade civil lhes impõe, pois o caminho de busca da responsabilidade civil do médico é, também, exaltar uma ciência totalmente importante para a vida social: a Medicina.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, J. **Origem do Direito dos Povos**. 5ª Ed. São Paulo: Ícone, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 / organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

COUTO FILHO, A. F.; SOUZA, A.P. **A Improcedência no Suposto Erro Médico**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

DIAS, J.A. **Da Responsabilidade Civil, Vol. 1**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, S.d.

_____. **Da Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FACHINNI NETO, E. **Da Responsabilidade Civil no Novo Código**, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003.

FILHO, S.C. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2000.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRADERA, V.M.J. **A Responsabilidade Civil dos Médicos**. AJURIS: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1992.

GOMES, L.R.F. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____, J.C.M; FRANÇA, G.V. **Erro Médico – Um Enfoque Sobre Sua Origem e Suas Consequências**. Minas Gerais: Unimontes, 1999.

GONÇALVES, C.R. **Responsabilidade Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUNIOR, R.R.A. **Responsabilidade Civil do Médico. In: Direito e medicina: Aspectos Jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LIMA, A. **Culpa e Risco**. 2ª Ed. revista e atualizada pelo professor Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998.

LOPEZ, T.A. **O Dano Estético – Responsabilidade Civil**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1999.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 1998.

MARMITT, A. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

MATIELO, F.Z. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1998.

MELO, N.D. **Da Culpa e do Risco como Fundamentos da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MIGUEL, F.A. **RESPONSABILIDADE CIVIL: Evolução e Apanhado Histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto**. S.d.

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

MONTEIRO, A. L. C. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Anaconda Cultural, 1986.

NETO, J.R. **Responsabilidade Civil do Médico**. 15ª Ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

PEREIRA, C.M.S. **Responsabilidade Civil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

SANTOS, M.F.S. **A AIDS Sob a Perspectiva da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAVATIER, R. **Traité de La Responsabilité Civile en Droit Français**. 2ª Ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. Tomo I.

SEBASTIÃO, J. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética – Legislação Positiva Aplicável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VENOSA, S.S. **Direito Civil: Responsabilidade Civil, Vol. 4**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

VIEIRA, L.C. **Responsabilidade Civil Médica**. Publicada no Juris Síntese nº 19: Set-Out de 1999.

_____, P.R.S. **A Responsabilidade Civil Objetiva do Direito de Danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.