



Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"

**LUIZ CARLOS DOS SANTOS**

**RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO**

**MÉDICO**

**Assis/SP**

**2014**

**LUIZ CARLOS DOS SANTOS**

**RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO  
MÉDICO**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal de  
Ensino Superior de Assis, como requisito do  
Curso de Graduação.**

**Orientadora: Ms. Fernando Antônio Soares de Sá Junior**

**Área de Concentração: Processo civil**

**Assis/SP**

**2014**

## FICHA CATALOGRÁFICA

DOS SANTOS, Luiz Carlos

Responsabilidade Civil no Erro Médico/Luiz Carlos dos Santos.

Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2014.

44p.,

Orientadora: Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1. Bem Estar 2. Compromisso

CDD: 340

Biblioteca da FEMA.

**RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO  
MÉDICO**

**LUIZ CARLOS DOS SANTOS**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal de  
Ensino Superior de Assis, como requisito do  
Curso de Graduação analisado pela seguinte  
comissão examinadora:**

**Orientadora:** Ms. Fernando Antônio Soares de Sá Junior

**Analisador (a):** \_\_\_\_\_

**Assis/SP**

**2014**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por estar aqui, por ter me livrado de tantas pedras no caminho e me permitir chegar a esse momento, a minha Maria de Lourdes Almeida dos Santos em especial que sempre dedicou a vida em cuidar dos filhos com tanto sacrifício, minha mãe Querida, a minha irmã Angelina que muito colaborou para concluir esse trabalho, meus filhos que são minha razão de viver e fonte de energia pra seguir em frente, Carolina Reco dos Santos, Arthur Mantovani dos Santos e Lucas Gonçalves Garrido dos Santos.

Ao meu professor orientador, Fernando de Sá, por todo apoio, paciência e por suas palavras de incentivo. Faltam-me termos para descrever a sua importância para a conclusão desta monografia.

À minha família e meus amigos, pelo apoio constante.

**Dedico todo meu esforço e todas as glórias que  
puder conseguir a Sodomira (TUTA) Rodrigues  
dos Santos (in Memoriam/2014, minha segunda  
mãe nessa Terra).**

## **RESUMO**

Este trabalho tem por escopo trazer à baila a responsabilidade dos profissionais responsáveis pela vida através dos olhos do direito o que poderá ser um erro admissível e até que ponto, pois não se pode admitir que se brincasse ou descuidasse da vida humana ou com a liberdade de uma vida saudável retirada pelas mãos de um profissional que falhou ou foi desleixado na execução das medidas de segurança que de certo modo são regras que geram leis, e a quebra das mesmas geram a RESPONSABILIDADE CIVIL.

**Palavra-chave:** 1. Bem Estar 2. Compromisso

## **ABSTRACT**

This work has the purpose to bring the ball the responsibility of the professionals responsible for life through the eyes of the law which may be a permissible error and the extent to which it can not admit you play or neglect of human life or the freedom of healthy retired life at the hands of a professional who failed or was sloppy in the execution of security measures which somehow generate rules are rules and laws, and breaks these rules generate LIABILITY.

**Keyword:** 1. Welfare 2. Compromisso



## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	11
2. HISTÓRIA DO ERRO MÉDICO.....	12
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO .....	15
3.1 Novo Código Civil .....	20
4. ERRO MÉDICO .....	22
4.1. Do dano .....	24
4.2 Da culpa.....	26
4.3 Do Ônus da Prova .....	28
4.4 O Hospital e o médico.....	29
5. NEXO DE CAUSALIDADE.....	30
6. ATIVIDADE MÉDICA .....	31
7. SEGURO MÉDICO .....	35
8. RELAÇÃO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	37
9. JURISPRUDÊNCIA .....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

## 1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil médica possui atualmente uma grande importância no Direito civil, tendo em vista o aumento no número das demandas contra médicos e as diversas polêmicas que surgem nos casos concretos.

O dano causado pela atividade desenvolvida pelo médico configura, como qualquer outro, responsabilidade civil decorrente de ato ilícito ou da prestação do serviço.

Desse modo, sua regulamentação deve ser buscada nas disposições constantes do código Civil Brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor.

O presente verso sobre delineamento de norma que, em nosso ordenamento jurídico, discipline a questão do aspecto da responsabilidade civil no erro médico.

Quando se caracteriza o erro médico? Quais os limites de sua obrigação de indenizar? A responsabilidade do médico é subjetiva? Trata-se de obrigação de meio e/ou de resultado? Aplica-se o Código do Consumidor na relação médico paciente?

A responsabilidade civil do médico é uma questão que em suscitado muitos questionamentos e controvérsias, tomando um corpo maior em sua discussão a atual, uma vez que houve maior conscientização dos cidadãos para reivindicação de seus direitos, razão pela qual se tem procurado o Poder Judiciário em busca de justiça, seja esta alcançada forma patrimonial (indenização financeira) ou (condenação penal).

O objetivo desse trabalho é demonstrar o caráter subjetivo da responsabilidade civil do profissional no erro médico, e os demais aspectos que contornam essa responsabilização.

Esse estudo englobará a legislação pertinente, obras de doutrina, artigos e estudos publicados, notícias e jurisprudência.

## 2. HISTÓRIA DO ERRO MÉDICO

A legislação sobre o erro médico e sua cominação pode ser encontrada nos primórdios da medicina através de escritos históricos, conforme abaixo se verifica:

### **Código de Hamurabi (2400 AC):**

*“O médico que mata alguém livre no tratamento ou que cega um cidadão livre terá suas mãos cortadas; se morre o escravo paga seu preço, se ficar cego, a metade do corpo”.*

### **Lei de Talião (Corão):**

*“Olho por olho, dente por dente”.*

**-Medicina arcaica (Mesopotâmia):** Os honorários médicos eram regidos por lei como também as penalidades, caso de morte de paciente nobre, o médico também perderia a vida.

### **-Medicina Grega (Juramento de Hipócrates):**

*“Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar danos ou mal a alguém”.*

O médico das campanhas militares gregas pagava com a vida o insucesso no tratamento de um general, ou na cura de um auxiliar favorito.

**-Medicina árabe (Mulçumanos):** quando um médico fracassava ou caía em desgraça, a penalidade prevista era a prisão açoite ou morte.

A existência de sanções inscritas nos livros sagrados ou nas constituições primitivas denota a atenção dispensada ao erro médico desde os primórdios da medicina. (REV. BIOÉTICA, 1994 p.139-46)

Desde os primórdios da civilização foram criados códigos que puniam especialmente o dano, a lesão e o homicídio culposos, e, considerando-se a extrema relevância da atividade médica, estabeleceu-se toda uma legislação específica para o comportamento profissional do médico.

Há aproximadamente três milênios, o *Código de Hamurabi* já punia severamente o médico que errasse no tratamento de seu paciente; no século V, a **“Lei Aquila”** fixou no Direito Romano a generalização da responsabilidade civil do profissional da medicina. Mas foi na França no século XIX que a doutrina da responsabilidade médica se assentou, definitivamente, através do Procurador Geral Dupi, deixando um grande legado ao direito contemporâneo, que firmou a seguinte jurisprudência:

“O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes não o é sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais”. Fica a cargo de um juiz determinar cada caso, sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre os seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.

1- Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção, basta que tenha havido negligência, imperícia grosseira e, portanto inescusáveis.

2- “Aos tribunais correspondentes aplicar a lei com discernimento, com moderação, deixando para ciência toda a latitude de que se necessita, dando, porém a justiça e ao direito comum tudo o que lhe pertence”.

O Acórdão da corte de cassação de Paris estabeleceu definitivamente a responsabilidade contratual dos médicos. “Entre médico e seu cliente se forma um verdadeiro contrato que não comporta, evidentemente, a obrigação de curar o doente, ao menos compreende a de proporcionar-lhe cuidados” (Câmara Civil da Corte de Cassação de Paris, em 20/05/36).

Na realidade, como preleciona PIO AVECONE:

*“A culpa profissional do médico constitui um dos problemas científicos e deontológicos, antes que jurídicos, mais antigos, objeto de debates potencialmente infinitos dados à natureza particular da atividade médica.”*  
(BRASILEIRA, Sociedade de Direito Médico, 2000)

**O código de ética Médica Cubano** preceitua:

Cuidar de não incorrer em erro médico que resulte de equívoco, ainda que não existam má-fé, nem elemento de negligência, despreocupação ou ignorância.

“Devemos evitar a todo custo que o nosso trabalho seja afetado por pressa desnecessária, superficialidade ou rotina”.

Os erros médicos devem ser conhecidos ou analisados em reunião estritamente médica com liberdade e a profundidade necessária que permitam derivar destas experiências e possam prevenir contra sua repetição.

*Médicos, enfermeiros e todo pessoal técnico devem ter coragem necessária para reconhecer seus erros e eliminá-los.* (REV. BIOÉTICA, 1994, p.139-46)

Já o código de Ética Espanhol, por sua vez, coloca em destaque o compromisso do Médico com a Qualidade do ato praticado. Não nega ao profissional o direito da falha ou do erro involuntário, mas exorta-o na busca da perfeição.

Todos os pacientes têm direito a uma atenção médica de qualidade científica e humana. O médico tem responsabilidade de prestá-la, a qualquer que seja a modalidade da sua prática profissional, comprometendo-se a entregar os recursos da ciência médica de maneira adequada ao seu paciente, segundo a arte médica do momento e as possibilidades ao seu alcance.

Desse modo, viu-se que as legislações pertinentes aos aspectos da responsabilidade civil no erro médico transcendem desde os primórdios da civilização humana, o que demonstra extrema

importância para com a evolução do ser humano como um todo, e suas relações jurídicas de convivência social.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade civil exprime a ideia de obrigação de reparar algum prejuízo causado a alguém decorrente da violação de outro dever jurídico.

Dessa forma a responsabilidade civil é tratada sob o prisma de duas teorias bem conhecidas e de grande destaque na ordem jurídica: a teoria da responsabilidade objetiva e a teoria da responsabilidade subjetiva, também muito conhecida por alguns doutrinadores de teoria da culpa. A responsabilidade do médico também advém dos princípios gerais da responsabilidade civil.

Na responsabilidade objetiva configura-se a necessidade da existência de um dano (prejuízo) sem preocupação da existência de culpa na conduta do agente causador dos mesmos; deve existir um nexo causal entre o ato do agente do dano e o prejuízo causado ao lesado.

A responsabilidade subjetiva – teoria da culpa – é aquela em que além do ato lesivo do agente causador da lesão, do dano estar presente no lesado do nexo causal estar estabelecido entre o ato lesivo e o dano ao lesado, tem que se achar presente, nesta relação, a culpa do agente causador do dano, sob qualquer das formas (imperícia, imprudência, negligência, ou mesmo dolo), fica caracterizada a necessidade de responsabilizar civilmente o causador do dano. Deve o agente causador do dano o “lesante” reparar o prejuízo sofrido pelo que foi lesado.

A responsabilidade subjetiva aplica-se, pois no erro médico, sendo expressamente determinada a sua utilização no caso da atuação do médico, profissional liberal que é, no parágrafo 4º, do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor reza que:

*“A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.*  
(SOUZA, 2004)

O conceito de responsabilidade civil médica não foge do gênero da responsabilidade civil. No entendimento de COUTO FILHO e SOUZA (2001):

A responsabilidade civil médica é, pois a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício e sua profissão. De bom alvitre lembrar que ao se falar nessa modalidade de responsabilidade liberal, mas também dos estabelecimentos de saúde em geral. Tanto as pessoas naturais quanto às jurídicas estão sob o manto da legislação civil (...)

Destaca-se ainda, a lição de França, segundo o qual a responsabilidade médica pode ser definida como

*“a obrigação que podem sofrer os médicos em virtude de certas faltas por eles cometidas no exercício de sua profissão, faltas essas que geralmente comportam uma dupla ação: civil e penal”.*  
(Lacassagne *apud* Lumertz, 1997, p. 21)

Por sua vez, os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil médica são, igualmente, os mesmos da responsabilidade civil, a saber: ação ou omissão do médico; culpa do médico; dano experimentado pela vítima nexos de causalidade, porém, com algumas pequenas diferenças e singularidades.

Assim, a responsabilidade civil ocorre a partir da constatação da culpa no agir do médico, podendo estar presente sob forma de dolo, ou culpa no sentido estrito. O dolo se caracteriza por um agir voluntário – consciente. O agente (no caso médico) com a sua conduta quer obter um determinado resultado danoso (específico) ou assume o risco de que ele ocorra. Já a culpa no sentido estrito se caracteriza por um atuar não direcionado para obter um resultado danoso, mas inconsciente (de modo involuntário) o médico (agente) adota conduta profissional viciosa (errônea), causando danos ao paciente.

No erro médico, presentes a imperícia a imprudência ou a negligência estará caracterizado a presença da culpa no sentido estrito, agir do profissional médico.

A imperícia se caracteriza por um agir sem noções técnicas satisfatórias ou com inadequada utilização dos conhecimentos sobre sua área de atuação profissional incompetente inábil para a sua profissão.

É a falta de preparo nos conhecimentos técnicos, falta de habilidade a incapacidade para exercer determinado ofício.

A imprudência por sua vez, apresenta um caráter comissivo como um agir intempestivo precipitando, irrefletido caracterizado por uma atuação sem a cautela a cautela adequada aquele momento da atividade profissional.

Já a negligência tem característica omissiva é uma omissão dos deveres que uma determinada situação profissional exige uma abstenção (por inação, indolência, preguiça mental) da conduta médica indicada para determinada ocasião um não atuar.

O código civil prevê este agir, no caso de dolo (ação ou omissão voluntário), da negligência e da imprudência, como um ato ilícito no termo do direito civil em seu artigo 186, in verbis:

*“Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano moral, comete ato ilícito”.*

Complementando o artigo 186, há a disposição prevista no artigo 187, o Código Civil Brasileiro, in verbis:

*“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.*

Também complementando o artigo 186 e o 187, em seu comendo de responsabilizar por danos ao paciente o médico, há, no artigo 927, do mesmo Código Civil, diz em seu caput:

*“Aquele que, por ato ilícito (arts 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.*



Portanto a conduta negligente e imprudente subsume-se no descrito no artigo 186, nosso código civil gerando a responsabilização do médico na esfera civil pelos danos porventura ocasionados a um paciente com esta conduta profissional culposa. A imperícia, por sua vez tem sua responsabilização civil prevista no artigo 951, do mesmo Código Civil, in verbis:

O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilita-lo para o trabalho.

Dispõe ainda este artigo, também, mais uma vez a previsão de responsabilização nos casos de conduta médica eivada de culpa na forma de imprudência ou negligência. E, dizem os artigos 948, 949, e 950, do nosso Código Civil:

“Art.948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

- I- No pagamento das despesas com tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
- II- Na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida vítima”.

“Art. 949. 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 de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

“Art. 950. Se dá ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescência, incluirá pensão correspondente á importância do trabalho para que se inabilitasse, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

Pode se assim dizer que a relação jurídica médica e paciente se constituem em uma relação contratual (raro às vezes em que é extracontratual, como em determinados casos de emergência médica em que é extracontratual, como em determinados casos de emergência

médica em que o paciente esteja inconsciente ou lhe falte capacidade jurídica). Em sendo um contrato, se aplica o disposto no artigo 389 do Código Civil, que diz:

*“Não cumprida à obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.*

Assim, se o médico não cumprir com a sua obrigação com o paciente, identifica-se a sua conduta com o disposto no referido artigo, com as repercussões legais daí decorrentes.

Sendo a medicina e os seus respectivos profissionais médicos sujeitos o erro, não se pode eximir o direito alheio quando por negligência, imperícia e imprudência, o profissional causar prejuízo a outrem.

O ponto principal do julgamento de toda essa questão de erro médico esta na sua caracterização da modalidade de obrigação do contrato celebrado entre o médico e o seu cliente, a qual será detalhadamente tratada em um capítulo posterior.

Para se atribuir ao médico a responsabilidade civil sobre um ato danoso, é necessário que ele tenha deixado de cumprir com seus deveres (dever de informar, aconselhar, assistir, prudência), de modo que o mesmo os viole-qualquer um que seja, agindo, assim, com culpa (imprudência, negligência e imperícia).

Consoante à culpabilidade medica, os danos a serem reparados por este, podem ser classificados em físico, materiais e morais, de maneira que ao quantificar a lesão sofrida deve-se levar em consideração a extensão dos danos, sua localização a possibilidade de sua remoção (completa ou parcial), o sexo da vítima, idade, profissão, estado civil, a possibilidade de retorno ao convívio social, dado aspecto repugnante do ferimento, etc. Os danos podem ter origem em ato culposo ou doloso do médico, acarretando uma obrigação de compensação.

Assim, a responsabilidade médica está basicamente lastreada no conceito de culpa, em suas diversas modalidades: a culpa por negligência, imperícia, imprudência.

Embora existam dificuldades na prova judicial dessa ocorrência, tal fato não deve interferir na conduta médica, a qual deve estar sempre baseada nos deveres de informação e aconselhamento, dever de assistência e de prudência.

Ocorrendo falha médica, e comprovada à culpa, incide o dever de indenizar, o qual compreendera os danos materiais e morais, em seus diversos graus de intensidade e valoração, conforme critérios que a lei e a jurisprudência vierem a fixar. Normalmente, a indenização pelo dano moral não é comprovada, ficando ao livre arbítrio do juiz que analisará os fatos circunstanciais, bem como o tipo de constrangimento, dor ou vergonha sofrida pelo paciente.

No caráter indenizatório, conforme anteriormente mencionado, a responsabilidade civil, no Brasil, é basicamente definida no seu artigo 186, do Código Civil, é chamada responsabilidade civil subjetiva, ou seja, aquela que depende, para uma configuração, de um elemento subjetivo, que decorrerá do dolo (ação ou omissão voluntária, que dizer, o agente atua ou se omite intencionalmente) ou da culpa (negligência ou imperícia, elementos aos qual a doutrina acrescentou a imperícia, quer dizer, o agente não tem a intenção direta de atuar indevidamente, mas o faz em razão de um descuido – negligência ou imprudência - ou de uma inaptidão ou imperícia).

### 3.1 Novo Código Civil

O novo Código Civil introduziu modificações legislativas no direito positivo que se merecem destaque ao se analisar a influência remetida sobre o erro médico às novas normas materiais referentes à responsabilidade civil.

Em primeiro momento, faz-se necessário a identificação dos artigos que correspondem aos dispositivos que regiam matéria no código civil de 1916 (revogado) eram os artigos 159 e 1545. Conforme anteriormente visto, o primeiro foi substituído pelos artigos 186 e 927 do novo Código civil.

*“Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntario, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (...)*

*Art. 927 – Aquele que por ato ilícito (arts. 185 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repara-lo”.*

Já o artigo 1.545 do CC/1916, por sua vez, nos ensinamentos de KFOURI não possui correspondente no novo diploma material, segundo o qual:

*“o projeto do código exclui previsão do art. 1545 e não a substitui por nenhum outro, aplicável especificamente aos profissionais da área da saúde”*. (NETO, 2003, p.71-72)

Porém, há uma forte corrente doutrinária contrária, que vê no artigo 951 da lei nº 10.406/02 o seu correspondente (com ampliação da responsabilidade aos que exercem as demais profissões), dispondo sobre a fixação da indenização (não mais se refere a uma classe específica, mas todo aquele que, no exercício de atividade profissional, causar dano a outrem):

Art. 951 – O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplicam-se nos casos de indenização devida por aquele que, no exercício de sua atividade profissional, negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe lesão, ou inabilita-lo para o trabalho.

Diante disso, houve uma ampliação da norma contida no código anterior, como bem salientou a doutrina, *inverbis*:

*“No caso do artigo 951, igualmente do novo Código Civil, houve alguma amoliação na responsabilidade indenizatória. Coincide-se com o texto anterior para as hipóteses de morte, agravar o mal do paciente. E, no caso do ferimento, pode-se admitir também a causar lesão à paciente inabilitação para o trabalho e ferimento, trouxe como situação nova o que é mais amplo do que o ferimento. Essa lesão pode ser de qualquer ordem, já que não há restrição no texto mencionado”*.

A alteração mais importante e relevante que pode ser notada diz a respeito à diminuição do prazo prescricional, culminado com a substituição do prazo genérico de 20 (vinte) anos pelo prazo de 10 (dez) anos, quando a lei não fixar outro.

O novo Código Civil determinou, expressamente, seu artigo 206 inciso V, que a pretensão da reparação civil prescreve em três anos, devendo ser este o prazo para propositura da ação de responsabilidade civil médico.

Contudo, existe a hipótese de que a jurisprudência se incline no prazo de 5(cinco) anos para exigir a reparação dos danos derivados de fato do produto ou serviço, previsto no artigo 27, caput, do Código de Defesa do Consumidor, reafirmando que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, inclusive médicos, será apurada mediante a verificação da culpa.

O art. 927 do Novo Código Civil, por sua vez em seu parágrafo único, estabelece que:

*“Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza, em riscos para os direitos de outrem”.*

Não é possível considera-lo como um comando para tornar objetiva a responsabilidade do médico, nos casos de erro médico, haja vista o risco não ser criado pela sua atividade. A atividade médica não é geradora do risco que é exposto ao paciente, mas, isto sim a atuação do médico consiste em empregar os meios possíveis, num determinado local e momento, para corrigir o desvio da sanidade física, ou mental, apresentado pelo paciente.

Não há como transferir a responsabilidade pelo risco ao médico. A jurisprudência deve se direcionar neste sentido, permanecendo, bem definido, o caráter subjetivo da responsabilidade médica na visão jurídica do erro médico.

#### **4. ERRO MÉDICO**

O erro médico é caracterizado pela presença do dano ao paciente, com nexo de causalidade, a presença de procedimento em que tenha agido com imperícia, imprudência e/ou negligência.

Assim, a conduta médica ensejadora de responsabilidade pode consistir numa ação ou omissão culposa.

Muito importante para os estudos da responsabilidade médica é a relação que se estabelece entre o médico e o paciente seja por qualquer finalidade de um atendimento de emergência, o paciente, mas para que o médico seja responsabilizado pelos prejuízos causados em um caso de erro médico tem que ficar provado, como regra geral que o médico é culpado pelo que aconteceu. Se o médico age corretamente no atendimento, o dano causado ao paciente, via de regra, fica debilitado ao infortúnio.

Os fatores concorrentes para o erro médico são aqueles contribuem para a geração do erro, aumentando sua incidência ou agravando sua expressão.

GOMES (1994, p.139-146), aponta os seguintes fatores:

Condições adversas para o exercício da medicina, desde a escassez de recursos materiais, o número excessivo de pacientes ou limitação dos meios de diagnósticos e cura impostos pelos contratos de medicina de grupo ou seguro – saúde;

O atendimento em massa, das massas desassistidas de baixa renda; um padrão massificado de cunho social adverso. A medicina a serviço das campanhas ou esmagadas nos pequenos centros médicos localizados em comunidades muito pobres;

O contato mais frequente com o médico desprovido de recursos adequados na instituição pública; a par da extraordinária dificuldade de acesso ao próprio sistema público ou privado de alto poder resolutivo;

A formação médica deficiente em nível de graduação, que dispensa comentários. A inexistência de educação continuada na pós-graduação;

A capacitação tecnológica em descobrir o erro médico, por exemplo: Tomografia computadorizada, ecografia, etc:

O mercantilismo desvairado e selvagem, por iniciativa isolada do médico em especialidades rendosas ou em conjunto por meio de cooperativas ou empresas médicas comprometidas com o lucro. É lícito ainda cogitar sobre o estímulo quantificai-o existente na prática dos convênios, forma prevalente de remuneração do ato médico.

Essa relação pode ser privada ou pública, quer se origine de um atendimento profissional no consultório ou no hospital, mas, o que diferencia, essencialmente, o médico militante do hospital, daquele que pratica a medicina privada, é, no primeiro caso, a ausência de relações jurídicas particulares entre o médico e o doente.

Há, no entanto, outras formas de atendimento médico, quando o profissional contrata, com intuição providência assistencial, empresa privada ou pública para o atendimento de pacientes; uma instituição médica poderá contratar com um sindicato, com uma associação de um bairro ou com uma empresa.

Em nosso ordenamento jurídico, via de regra, a relação entre médico e o paciente é contratual. Ou seja, em tudo se aplica a ela o que está disposto no **Código de Defesa do Consumidor**, porém com algumas exceções, quais serão estudadas oportunamente.

O erro médico é um inadimplemento, bem caracterizado, de um contrato. É uma conduta bem definida de falha na prestação de serviços, no caso os médicos, emergindo daí a necessidade de ser responsabilizado o profissional, em termos de responsabilidade civil, quando acompanhado de culpa o seu agir.

Para a responsabilização do erro médico, são utilizados todos os meios de prova em direito admitidos, desde prontuários, até fichas clínicas dos pacientes, onde se encontram os seus dados clínicos e detalhes do atendimento. Acentue-se importância da prova pericial, pela complexidade e controvérsias sobre as condutas em um tratamento médico, motivo pelo qual pode esta perícia até, tornar-se indispensável.

#### 4.1. Do dano

No que se trata do dano causado ao paciente o Direito Civil tem orientações bem definidas de responsabilidade civil para o manejo jurídico deste tribunal.

Ressalta-se a necessidade de haver nexos causal, relação de causa e efeito, entre o médico e o paciente. Assim, KFOURI (2003, p. 71-72) doutrina que os danos médicos podem ser físicos (ou corporais) – materiais ou morais.

O dano material, também chamado de dano patrimonial, a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consciente na perda ou deterioração, parcial ou

total, dos bens materiais que pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Abrange o dano emergente (o que lesado efetivamente perdeu) e o lucro cessante (o aumento que seu patrimônio teria, mas deixou de ter, em razão do evento danoso).

Já o dano moral (igualmente denominado de dano psíquico) e a lesão de interesse não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo.

Tal dano, por sua vez subdividiu-se em:

- a) dano moral direto, que é a lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrajudicial contido nos direitos da personalidade ou nos atributos da pessoa:
- b) dano moral indireto, o qual é a lesão a um interesse tendente á satisfação ou gozo de bem jurídico patrimonial, que produz um menoscabo a um bem extrajudicial.

O dano, como prejuízo perda ou altera uma condição anteriormente favorável além de ser considerado como fato constitutivo da responsabilidade civil, tem características fundamental de ser também o elemento determinante do dever de indenizar, como a lesão de qualquer bem jurídico de qualquer natureza causado pela ação médica.

Como se vê, o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica, pois o prejuízo causado um bem jurídico econômico pode resultar perda da ordem moral da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material. Assim, por exemplo, o direito à integridade corporal, que é um direito da personalidade pode sofrer um prejuízo patrimonial será representada pelas despesas (dano emergente) com o tratamento da vítima e pela sua incapacidade de trabalho (lucro cessante), e um prejuízo extrapatrimonial, hipótese em que se terá uma lesão ao interesse á incolumidade física que esse direito pressupõe e que sofreu. Logo, via de regra, o dano moral se entrelaça a um prejuízo material, fruto do mesmo evento lesivo.

Ademais, não se pode olvidar do dano estético, o qual, recaindo sobre a aparência do sujeito, se caracterizada pela lesão à beleza física harmônica das formas externas de alguém, pode ter efeitos morais e patrimoniais, apesar de estar compreendido no dano moral.

O médico é exonerado da responsabilização pelos danos ao paciente, em sede de responsabilidade civil, em casos de força maior ou caso fortuito. Não havendo situação



culposa, já que o dano ao paciente foi decorrente de força maior ou caso fortuito, há exoneração da responsabilidade civil do médico.

A força maior tem por características ser um acontecimento não pertencente a relação médica paciente. Mesmo que identifica e prescindível, a força maior se caracteriza por ser evitável pelo agir do homem. Assim, desejo o ser humano não consegue impedir nem que ocorra, nem as suas consequências.

Já o caso fortuito, e inerente ao agir humano, na relação médica – paciente.

Não é previsível; é inesperado algo que o médico não imaginaria que ia acontecer logo não pode ser evitado. Assim, independe a sua ocorrência tanto dos profissionais de saúde como do paciente. Ou seja, ocorre independentemente da vontade do médico ou do paciente.

Também a culpa exclusiva do paciente por um dano que tiver sofrido, exonera o médico da responsabilização civil pelo prejuízo que deste tenha advindo.

## 4.2 Da culpa

Para VARELA (Coimbra, 1991, p. 559):

A culpa exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente: o lesante, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo. É um juízo que se assenta no nexó existente entre o facto e a vontade do autor e pode revestir duas formas distintas o dolo (a que autores e as leis dão algumas vezes o nome de má fé) e a negligência ou mera culpa (culpa em sentido estrito).

Já no conceito de jurista JOSÉ FRANCISCO LOPES DE MIRANDA LEÃO, a atividade médica ela é dividida em três momentos distintos: o diagnóstico, a escolha terapêutica e a prescrição. Para uma boa compreensão da incidência de conduta culposa examina-se a questão sob ângulo de cada um desses momentos.

No diagnóstico, o médico deve ter o cuidado de anotar cada um dos sintomas verificados para não ser acusado de negligência. Não deve deixar de requisitar exames suplementares, para não agir com imprudência.

Deve se manter atualizado com as pesquisas públicas na área de especialidade, assim como não deve, sem absoluta segurança arriscar diagnóstico fora de sua área de especialização, para não correr o risco de imperícia.

Nenhum médico está livre de cometer um erro de diagnóstico: para não ser responsabilizado deverá estar apto a demonstrar que diagnosticou de acordo com os sintomas objetivo e efetivamente, verificados e sem omitir exames tidos por essenciais, e que atuou dentro da especialidade.

Na escolha terapêutica, e preciso lembrar que a ciência médica não é estática, e cabe ao profissional buscar sempre a atualização relativamente às técnicas terapêuticas. O médico deve ser apto às novidades e que não desconhecia quando não aplicadas devido ter plena segurança que as técnicas anteriores ou ainda não confiáveis às novas.

Com a prescrição, por sua vez, deve ser entendida não apenas a indicação medicamental, como também a determinação da necessidade de internação. Qualquer seja a decisão tomada pelo médico deve ser fundamentada de modo a que sempre possa demonstrar ter atuado com a atenção e cuidado e consideração pelo bem maior envolvido, que é o bem estar e a perspectiva de cura do paciente.

No entanto a doutrina e a jurisprudência tem entendido que 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 mostra inadequada e nas agressões aos direitos dos consumidores que são perpetradas através de condutas e práticas de mercado, ela se revela além de inadequada, quase impertinente.

A fórmula para resolver a questão, está na realização de um exame prévio com objetivo de apurar se a obrigação que o profissional assumiu ao contratar é de meio ou de resultado.

Em sendo de meio, a responsabilidade devera fazer-se respeitando os critérios estabelecidos pela teoria subjetiva, ou seja, com a demonstração antecipada da culpa do profissional.

Em sendo de resultado a inversão do ônus da prova deverá ser obrigatória, devendo o profissional liberal, responder com presunção de culpa, fórmula cujos efeitos práticos são idênticos à responsabilidade objetiva que é aplicada pelo CDC aos demais fornecedores.

### 4.3 Do Ônus da Prova

No direito processual brasileiro, o ônus da prova incumbe a quem alega, vale dizer, entretanto, que a prova caberia sempre ao paciente ou vítima. No entanto, é notório que o médico possui melhores condições de fornecer as provas necessárias à instrução processual, uma vez que detém o conhecimento técnico e possui fácil acesso ao prontuário e exames do paciente. O permitirá ao julgador admitir como verdadeiros os fatos narrados pelo mesmo.

Por motivos já expostos em algumas circunstâncias especiais, como prevê o Código do Consumidor, conforme seguir demonstrado, pode o juiz inverter o ônus da prova, transferindo ao médico a incumbência de provar que agiu sem culpa. Neste caso, caberá ao paciente somente o encargo de provar que agiu sem culpa. Neste caso, caberá ao paciente somente o encargo de provar que determinado serviço não foi prestado de forma como deveria ter sido.

É exatamente como ensina o renomado jurista KFOURI NETO ao afirmar que o

*“O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e métodos da profissão”.*  
(NETO, 1996, p. 65)

Assim é que ao proceder à cirurgia visando extirpar um câncer, não pode ao médico ser imputada à responsabilidade pela continuidade da doença, se fez uso de técnicas modernas e aprovadas, dos medicamentos indicados pela literatura médica não tendo sido negligente, imprudente ou imperito.

Por essa razão que, em sede processual, via de regra, é do Autor da ação o ônus probatório do nexo de causalidade entre os atos do profissional e o resultado desagradável, a fim de que reste demonstrado o denominado “erro médico”.

Na mesma linha de raciocínio do jurista conclui que

*“Não há culpa presumido do médico, por estarmos diante de um contrato. Ao autor incumbe a prova de que o médico agiu com culpa”*. (Neto, 2003, p. 71-72)

## 4.4 O Hospital e o médico

### 4.4.1 Limites de Responsabilidade

Em nosso Código Civil há uma relação um tanto quanto próxima entre a responsabilidade do médico e a responsabilidade do hospital.

Portanto que se procure estabelecer um quadro claro de divisão de responsabilidades entre um e outro, afim de que sistemática para a estrutura normativa vigente.

No que se refere à atividade médica, a responsabilidade pessoal dos profissionais nunca é objetivo. Isso ocorre porque no Código de Direito do Consumidor no seu artigo 17 determinadas que a responsabilidade dos profissionais liberais somente se dá mediante a verificação de Culpa. Portanto a culpa do médico sendo ela inexistente se exclui o dever de indenizar.

Já a culpa dos Hospitais é objetiva, com relação a todos os serviços que ele presta ao paciente. Por esse motivo aplica-se ao CDC que atribui aos fornecedores responsabilidade objetiva apenas com serviços defeituosos que são aqueles que não se dá ao consumidor a segurança que ele espera.

Como o hospital responde apenas pelo risco de prestado um serviço defeituoso a sua responsabilidade é afastada quando resta comprovado que o dano aconteceu por culpa exclusiva do paciente ou de terceiros.

A definição dos limites de responsabilização do hospital depende do esclarecimento de sua relação com o paciente.

Dentro do sistema do Código Civil, é de se ver, em princípio, a responsabilização do hospital sempre que se tratar de culpa do médico diretor, do médico chefe de equipe e do médico empregado, por força da presunção de culpa do patrão tornada clara pela súmula 341 do supremo tribunal federal. Verdade é que se discute da necessidade de culpa por parte do

empregado, havendo quem advogue a concepção de que o ato culposo do empregado é igualmente presumido, gerando verdadeira responsabilidade objetiva para o patrão.

Ainda que se filie a esta corrente, torna-se indispensável que o médico esteja agindo em ato profissional e que o dano se dê no hospital, conforme tem exigido a construção pretoriana atinente tema da responsabilidade do patrão.

Nesses casos o hospital só mantém sua responsabilidade objetiva no que toca a serviços que ele presta diretamente, mas não pelo serviço médico propriamente dito.

Contudo, agindo com culpa em situações onde se demonstre a omissão ou displicência do médico e do hospital responderão estes solidariamente como também todos os encarregados do hospital.

## **5. NEXO DE CAUSALIDADE**

Na teoria da responsabilidade civil não basta à injuridicidade da conduta e a existência do dano material ou dano moral. É indispensável que se demonstre o nexo causalidade entre o fato reputado ilícito e o dano ou prejuízo imposto ao paciente

Das lições de OLIVEIRA DE SÁ (1992): A

A existência de nexo causal entre o traumatismo e o dano pressuposto obvia do ressarcimento do prejuízo e, portanto da sua valoração médico legal. A incerteza reside na verificação, ou não das condições de imputabilidade do dano existente a um determinado evento traumático.

O nexo de causalidade se dá entre o prejuízo e a ação de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Não haverá esse nexo se o evento se der por exclusiva culpa da vítima, caso que se exclui qualquer responsabilidade do causador do dano.

Com efeito, a obrigação de indenizar depende de que se estabeleça uma relação de causalidade da ação e o dano causado, não basta que o agente cometa um erro de conduta, e

que o queixoso aponte um prejuízo. É indispensável ter havido o dano porque o agente procedeu contra o direito.

Para existir a obrigação de indenizar, faz-se necessário que o prejuízo suportado pela vítima advinha da ação ou omissão do ofensor, vale dizer que exista entre ambos (ação ou omissão e dano) uma perfeita relação de causa e efeito. Não havendo tal relação, inexistente a obrigação de indenizar.

O vínculo entre o prejuízo e ação designa-se nexa causal, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo de ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexa representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e ação que produziu, de modo que essa é tida como sua causa.

Contudo, conforme os ensinamentos de MARIA HELENA DINIZ (2007, p. 76):

*“Não será preciso que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido”.*

Logo, esse não poderá ser a causa imediata, mas se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

A obrigação de indenizar, a rigor não ultrapassa os limites traçados pela conexão causal, mas o ressarcimento do dano não requer que o ato do responsável por uma causa, sempre que dessa provier o dano, estabelece sua relação com as demais.

## **6. ATIVIDADE MÉDICA**

### **6.1 Obrigações de Meio e Resultado**

A responsabilidade civil do médico é um instituto jurídico cuja existência está vinculada ao princípio basilar do direito, que obriga qualquer profissional a responder por prejuízo causado a outrem, cometido no exercício de uma profissão, consequentes a negligência, imperícia, imprudência. E dentro do conteúdo das obrigações contratuais positivas, onde se exige do devedor um comportamento ativo de dar ou fazer alguma coisa, são conhecidas duas modalidades de obrigações: a de meio a de resultado.

Na primeira existe um compromisso de utilização de todos os recursos disponíveis para se obter o melhor resultado, sem, contudo ver-se obrigado a alcançar esse êxito, tão justo e tão legítimo. Busca-se, é claro um resultado, mas em não se cumprindo – e inexistindo a culpa do devedor-não há o que cobrar.

Na obrigação de resultado, a prestação de serviço tem um fim definido: se não houver resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume o ônus por não satisfazer a obrigação que prometeu.

O renomado jurista *YUSSEF SAID CAHALI (2000)*, diferencia a obrigação de resultado da seguinte maneira:

Obrigação de meios é aquela na qual o que se exige do devedor pura e simplesmente é o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Dessa forma, a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência normal dessa profissão para melhor resultado, mesmo que não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usa de todos os meios possíveis para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcança-la. Obrigação de resultado é aquela em que o devedor obriga-se a chegar a determinado fim, sem o qual não terá cumprido os seus deveres caso em que estará obrigado a responder pelas consequências.

MARIA HELENA DINIZ (2004, p. 191), por sua vez, preceitua:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um

resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo (...). Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do dever em tornar certas precauções, sem se cogitar do resultado final (...). Isto é assim porque nessa relação obrigacional o devedor apenas está obrigado a fazer o que estiver a seu alcance para conseguir a meta pretendida pelo credor, logo libertado está da obrigação se agiu com prudência, diligência e escrúpulo, independentemente da consecução efetiva do resultado. A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplente da relação obrigacional quando o devedor cumprir objeto final (...). Nessas obrigações há uma relação contratual mandato de locação de serviços ou de obras.

Na obrigação de meios, aquele é contratado se obrigou a utilizar procedimentos adequados para cumprir com a sua tarefa. A conduta do profissional, sob o ponto de vista técnica, o atuar propriamente dito é inserido na relação jurídica adimplindo a obrigação, aquele que se liga, aquele que se obrigou profissionalmente no caso o médico, se atuou da maneira adequada. Tendo agido com diligência, e prudência e habilidade. O médico cumpriu com sua obrigação. Não há o dever específico de curar, mas de se desempenhar a contento, em conformidade com as regras da profissão, sem vícios de conduta. Empregando todos os seus esforços para alcançar a cura do paciente, estará o profissional executado aquilo pelo qual se obrigou, ou seja, cumprindo sua obrigação contratual.

A cirurgia estética é uma exceção do princípio de responsabilidade subjetiva dos médicos no que se refere à cirurgia plástica (estética de embelezamento), exatamente porque, nesse caso, a busca é determinada e o específico fim. Perde esse tipo de cirurgia o caráter de meio, passando o contrato entre médico e paciente a constituir-se eminentemente em típico contrato de resultado.

Ora, se um senhor tem o rosto marcado pelos longos anos de vida e resolve submeter-se a cirurgia plástica rejuvenescedor, não terá satisfeita sua pretensão se restar com fisionomia inalterada ou, pior, deformada. Da mesma forma uma grande diferença de tamanho entre o direito e o esquerdo, ou mesmo se lhe vier a trazer profundo consternamento à ocorrência posterior de cicatrizes descomunais que lhe retirem qualquer beleza. Em tais casos é inevitável o entendimento de que deve o cirurgião plástico responder pelos danos.



Mencione-se que a par da obrigação de meios existe a obrigação de resultado, nesta o compromisso, por contrato que é, consiste em efetuar um determinado.

Nessa obrigação, dentro da relação jurídica, se encontra a necessidade de obter um dado resultado, sendo esse devido pelo obrigado, no caso o médico.

O médico só adimplirá a obrigação contratual se alcançar aquele específico resultado contratado. Aplica-se em termos de contrato de prestação de serviço médico a obrigação de resultado - atingir com o tratamento médico um fim determinado – nos casos, em nossos Tribunais, em que se analisados erros médicos na área da cirurgia plástica estética. A jurisprudência pátria é dominante majoritária – neste sentido, apesar de existirem vozes discordantes.

Segue entendimento jurisprudencial acerca do tema:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO –

CIRURGIA PLÁSTICA DE NATUREZA ESTÉTICA –

OBRIGAÇÃO MÉDICA DE RESULTADO-A cirurgia plástica de natureza meramente estética objetiva embelezamento. Em tal hipótese o contrato médico – paciente é de resultado, não de meios. A prestação do serviço médico há que corresponder ao resultado buscado pelo paciente e assumido pelo profissional. Presunção só afastada fizer ele prova inequívoca tenha agido observando estritamente os parâmetros científicos exigidos, decorrente, o dano, de caso fortuito ou força maior, ou outra causa exonerativa o tenha causado, mesmo desvinculado possa ser própria cirurgia ou posterior tratamento. Forma de indenização correta. Dano moral. Sua correta mensuração. (TJRS – AC 595068842 – 6ª C Civil – Rel. Des. Osvaldo Stefanello – J. 10.10.95)

Pelo que se entende do ato médico, na sua complexidade e no seu aspecto conjuntural, a responsabilidade civil do profissional só pode comportar uma obrigação de meios ou de diligências, onde o próprio empenho do médico é o objeto do contrato, sem compromisso de resultado. Isso obviamente, não desobriga o médico de empenhar-se da melhor maneira e usar de todos os recursos necessários e disponíveis em favor do seu paciente.

Não se pode falar em culpa se ficar provado que apesar de todo empenho profissional, não se alcançou o resultado desejado, ou que a evolução da doença escapou ao conhecimento ao controle do médico, mesmo tendo agido dentro dos padrões técnico – científicos da profissão.

Hoje, mesmo em especialidades antes consideradas como de obrigação de resultado, como na cirurgia puramente estética, se olha com reserva o conceito radical de êxito absoluto, pois o mais correto é sempre guiar-se pelas circunstâncias de cada caso. Do contrário, é se contrapor à própria natureza e lógica dos fatos.

Assim, admite-se como regra geral que a obrigação do médico é de meios mesmo porque o objeto do seu contrato é a própria assistência ao paciente; ocasião em que se compromete a empregar todos os recursos sós seu alcance, em, no entanto poder garantir sempre um sucesso.

Observa-se, atualmente, que o consagrado conceito subjetivo da culpa, no campo da responsabilidade civil, parece estar cedendo terreno ao conceito de risco, no qual o autor responde somente pelo dano causado, isentando-se apenas nos casos de força maior, culpa da vítima, atos de terceiros, ou a inexistência de nexo causal.

Daí se conclui que toda vez que se ficar comprovado o nexos causa e efeito na aplicação da teoria do risco promoveria a reparação do dano, beneficiando direta ou indiretamente todos envolvidos.

Por mais que essa atividade médica seja uma obrigação de meios e não de resultados, conforme já visto, nem sempre são empregados os meios possíveis e adequados para que se possam ser atingidos os melhores resultados. É quando o médico age com imprudência, negligência ou imperícia que surge o erro médico.

Sendo obrigação de meio, o profissional deve ser empenhar-se de todas as maneiras, segundo seus conhecimentos técnicos ao seu alcance para atingir um resultado, sem, no entanto, ficar vinculado à sua obtenção.

## **7. SEGURO MÉDICO**

O seguro nada mais é que transferência da responsabilidade civil, de uma pessoa física ou jurídica, para uma instituição, a qual dispõe de maiores recursos econômicos para prestar o pronto atendimento das indenizações pleiteadas. Desta forma, o seguro passa ao público a ideia de segurança. Lembra-se que este tipo de seguro é denominado seguro má práxis. Assim, melhor se faz em adotar os órgãos de defesa do consumidor, conforme a seguir serão demonstradas, para mostrar as condições do médico no mercado de trabalho, suas dificuldades e as situações em que são expostos os médicos.

O estudioso ROMANELLO NETO (1998, p. 178 e 179) entende ser

Necessária à criação de um seguro para os médicos e hospitais que venha, efetivamente, cobrir os danos e prejuízos causados a pacientes por meio de erros decorrentes de tratamento, intervenções cirúrgicas, diagnósticos, aparelhos médicos, etc. É a forma mais prática de poder o médico prosseguir o seu trabalho com maior tranquilidade; e poder o paciente, em caso de sofrer danos ou prejuízo, ser real efetivamente ressarcido. Entretanto, ressaltamos que a lei para esse tipo de seguro deverá conter disposições mais específicas e mais rígidas do que as destinadas aos seguros existentes atualmente em nosso país, pois, do contrário poderiam as companhias seguradoras eximir-se de sua obrigação de pagar o sinistro ou questioná-las.

Tais seguros excluem os danos estéticos, atos e intervenções proibidos por lei, favorecimento ou conveniência com terceiro reclamante quebra de sigilo profissional, tratamento radiológicos e similares (salvo convenção em contrato), difamação ou calúnia e uso de técnicas experimentais com medicamentos ainda são aprovados pelos órgãos competentes. Contudo oferecem também cláusulas abusivas como iremos ver adiante.

Há uma grande controvérsia na doutrina em relação ao contrato médico em especial ao seguro médico, pois parte da classe considera o prévio reconhecimento da incapacidade e/ ou incompetência do profissional, enquanto outros membros da categoria consideram tão somente um meio de prevenção, considerando, portanto a necessidade de fazer o seguro de responsabilidade civil por dano à terceiro, para que não venham a sofrer um aniquilamento no

seu patrimônio quando eventualmente ocorrer dano a um paciente, garantindo assim o exercício de sua atividade, bem como a indenização ao lesado.

É a melhor forma encontrada para que médicos e pacientes sintam-se mais seguros quanto a riscos de cirurgia, bem como a garantir de que o equilíbrio social será restabelecido quando ocorrer o erro médico.

Porém, vale ressaltar que em alguns contratos médicos tem-se a previsão cláusulas abusivas, através da qual o doente se compromete a não mover qualquer ação contra o profissional, tendo como base algum erro cometido durante determinado tratamento ou cirurgia. Em uma primeira análise, essa cláusula seria nula, uma vez que o corpo humano é indisponível juridicamente, e, portanto, não são validos os contratos que tenham o ser humano homem como objeto.

## **8. RELAÇÃO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

O código de defesa do consumidor começou vigorar em 1991, estabelecendo normas de proteção e defesa do consumidor. Norma está de ordem pública e interesse social.

Esse diploma legal espousa a responsabilidade objetiva, parecendo ter chegado para solucionar a deficiência da lei existente.

Contudo o Código de Defesa do consumidor em seu artigo 14 caput, lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, determina a reparação dos danos causados por qualquer tipo de serviço, e, em tudo se aplica ao serviço médico que for prestado, in verbis:

Os fornecedores de serviços responderam independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

No parágrafo 4 deste artigo, abriu a possibilidade de responsabilização dos profissionais liberais com base no direito do consumidor, muito embora tenha, para tanto, condicionado a responsabilidade à verificação de culpa, conforme abaixo se verifica

*“A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.*

Ou seja, para que o médico tem com seu paciente um contrato de meio, ou seja, de que utilizará de todos os métodos e procedimentos possíveis e seguros para que seja alcançado um determinado resultado, que não é garantido, ante a natureza inexata ciência médica.

Além disso, conforme anteriormente verificado, por disposição do Código do Consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova, transferindo ao médico a incumbência de provar que agiu sem culpa. Neste caso caberá ao médico a incumbência de provar que agiu sem culpa. Neste caso caberá ao paciente somente o encargo de provar que determinado serviço não prestado de forma como deveria ter sido.

O art 6º, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor preceitua:

Art 6º São direitos do Consumidor:

A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

A possibilidade de inversão do ônus da prova facilita a defesa de seus direitos. Caberá então ao profissional médico provar que alegação não é verdadeira.

Esta inversão do ônus probatório, em última análise, acabaria por provocar os mesmos efeitos da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, na apuração da culpa deste profissional, vetada pelo CDC, deixando, assim ao encargo do profissional a inclusão de muitos documentos que serão juntados aos autos, haja vista que ele próprio (no caso de ser aplicar a inversão) terá que comprovar a ausência de negligência, imprudência ou imperícia.

A justiça deve levar em conta o caráter informal em que este tipo de contrato entre médico e o paciente acontece, onde pouca coisa, ao menos até os dias atuais, permanece registrada. Por isso, com o crescente número de ações nesta área, mais uma vez se menciona a importância de o profissional se resguardar documentalmente.

## 9. JURISPRUDÊNCIA

Seguem alguns entendimentos jurisprudenciais acerca do tema exposto que merecem destaque:

### **RESPONSABILIDADE CIVIL – ATENDIMENTO MÉDICO –**

Negligência e imperícia. As pessoas jurídicas respondem pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros (CF, art 37, parágrafo 6º), sendo de natureza objetiva a responsabilidade, somente ilidível por prova exclusiva da parte contrária.

Comete erro profissional, sob a modalidade de negligência e imperícia, o médico que ao atender criança vítima de desastre por queda sobre uma cerca, faz sutura em face sem constatar a presença de estrepe encravada na carne e ainda deixa de administrar vacina antitetânica, causando a morte do infante, (TRT 1ª R – AC 89.01.22648-0-AM – 3ª T. Rel. Juiz Vicente Leal – DJU 29.10.90) (RJ 159/148).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – Erro médico – Complicações resultantes de pós – operatório – sequelas irreparáveis que levaram a autora a ser indenizada pela incapacidade laborativa – Dano moral – Indenização a título de dano moral que se concede a ser apurada em liquidação, consoante postulado em juros e correção monetária a partir do evento lesivo, (STJ – RESP 25.507.0 – MG – 2ª T – REL MIN AMERICO LUZ – DJU 13.02.95).**

**ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE CIVIL –**  
Ressarcimento de prejuízo advindo da aquisição de medicamento

indevidamente receitado. Inadmissibilidade. Conduta culposa do profissional não evidenciado. Remédio ministrado que era adequado e indispensável á patologia do paciente. Hipótese em que o autor, abandonando o tratamento recomendado, deu causa a que se esgotasse o prazo de validade do medicamento. (TJSP – EI 147.056-1 6ª C – Rel. Des. Reis Kuntz – J.11.06.92) (RJTJESP 138/335) RJ 188/100).

**RESPONSABILIDADE CIVIL** – Indenização. Erro médico. Culpa grave. Honorários profissionais. Danos estéticos e moral. Em se tratando de pedido de indenização por cirurgia plástica mal sucedida, provocada à culpa, fica o profissional obrigado a restituir ao paciente os honorários, bem como reparar os danos decorrentes do erro médico.

Se em ação de indenização houve pedido de reparação pecuniária por danos morais e estéticos decorrentes de defeitos da cirurgia e outro para pagamento de despesas com futura cirurgia corretiva, atendido a este inadmissível será o deferimento do primeiro. (TAMG-AC 110.111-3 -4 C Rel. Juiz Mercêdo Moreira) RJTAMG 46/130).

**INDENIZAÇÃO** – Responsabilidade civil. Ato ilícito. Dano estético. Deformidade causada por erro médico em cirurgia plástica. Condenação do réu no custeio de outra cirurgia reparadora.

Escolha do médico a do hospital a critério da autora. Verba a ser fixada na fase de liquidação, que será por artigos. Sentenças confirmadas. (TJSP-AC 163.049-1 6ªC – Rel. Des. Melo Junior – J.19.12.91) (RJTJESP 137/182).

## **10. CONCLUSÃO**

A responsabilidade civil do erro médico, conforme visto, possui uma grande influência em nosso ordenamento jurídico. A tendência nacional é de crescimento do número de processos decorrentes de supostos erros médicos. Já há certa mobilização da classe médica no sentido de estabelecer fórmulas de prevenção a tais processos, ou quando inevitável, a hipotéticas condenações.

Mais do que nunca, é exigível dos profissionais da medicina que procurem sempre com máxima atenção, certificando-se de que possam sempre demonstrar cuidado constante com seus pacientes, em todas as fases do relacionamento, de modo a afastar qualquer resquício de negligência, imperícia ou imprudência; além disso, cabe lhes preocupar-se em se manterem atualizados com os avanços científicos.

Em sua atividade, os médicos lidam com o sofrimento humano, e têm a missão básica de mitigá-lo. Devem poder sempre demonstrar que o fazem com dedicação, zelo e buscando competência, evitando que se lhes possa atribuir condutas menos cuidadosas que possam ser atribuídas à negligência, imprudência ou imperícia, sob pena de ficarem vulneráveis a responsabilidades pesadas, do ponto de vista profissional e patrimonial.

Não se deve esquecer que

*“a responsabilidade do médico para com a coletividade sempre existiu pelo papel transcendente e grave, e a medicina não pode ser comparada a nenhuma outra profissão, pois ninguém tem as mãos, ao mesmo tempo, a vida e a honra das pessoas”.* (FRANÇA, 2007, p. 99).



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, R. Rosado de. *Responsabilidade Civil do médico* in Revista dos tribunais 718/33-40

ANDRADE, Alves. *Dano moral à pessoa e sua valoração*. São Paulo: Juarez, 2000.

AVELAR, Juarez Moraes. *Cirurgia plástica – Obrigação de meio e não de obrigação de fim ou resultado*, São Paulo: Hipócrates, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. São Paulo: Forense, 1999.

BOUZAO, Emanuel, *O código de Hamurabi*. 5º Ed. Rio Janeiro: Vozes, 1992.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1984-1985.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 2º volume: teoria geral das obrigações. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil* 16. Ed. São Paulo Saraiva, 2007.

FORESTER, Nestor. *Erro médico*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.

FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 9ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 6ª ed., São Paulo: Fundação BYK, 1994.

GOMES, Júlio Cesar. *Erro médico*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1994.

KFOURI NETO, Miguel, *Responsabilidade civil do médico* 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KFOURI NETO, Miguel, *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES HL. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

NETO, Miguel kfour. *Responsabilidade Civil do Médico*, 4ª Ed. p. 65 Ed. RT.

NETO, Jerônimo Romanello. *Responsabilidade Civil dos Médicos: doutrina, legislação Brasileira e estrangeira, jurisprudência, procedimentos práticos*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

SÁ, de Oliveira. *Clínica médico-legal da reparação do dano corporal em Direito Civil. Associação Brasileira da reparação do dano corporal em Direito Civil*, 1992.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil do médico e sua interpretação jurisprudencial*. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar, repertório jurisprudencial por especialidade médica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.