



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

Luiz Fernando Dias de Queiroz Assis

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE  
ERRO MÉDICO**

**Assis/SP**

2016



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

Luiz Fernando Dias de Queiroz Assis

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO**

Pesquisa apresentada ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientador: Prof. Gerson José Beneli.

FICHA CATALOGRÁFICA

A848r ASSIS, Luiz Fernando Dias de Queiroz  
A responsabilidade civil decorrente de erro médico / Luiz Fernando Dias de Queiroz Assis.--Assis, 2016.  
44p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Gerson José Beneli

1.Responsabilidade civil 2.Danos 3.Erro médico

CDD

340.72

# **A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO**

Luiz Fernando Dias de Queiroz Assis

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal de  
Ensino Superior de Assis, como requisito  
de Conclusão de Graduação, avaliado pela  
seguinte comissão avaliadora.

Orientador: \_\_\_\_\_  
Profº Gerson José Beneli

Examinador: \_\_\_\_\_  
Profº Gisele Spera Máximo

## **AGRADECIMENTOS:**

*Primeiramente, agradeço a Deus por ter me conduzido até aqui com todo o seu amor e por me dar toda a sabedoria de que necessitei durante todos esses anos.*

*Aos meus pais, que me deram todo o apoio necessário, para que eu pudesse concluir mais uma etapa da minha vida com toda a alegria e satisfação.*

*Ao meu querido orientador Gerson José Beneli, que com todo o seu conhecimento didático e profissional da área pôde auxiliar-me em todas as minhas dúvidas e anseios, com muito carinho e humildade. Obrigado por ter sido muito prestativo comigo quando precisei.*

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo indicar as situações em que se pode enquadrar a responsabilidade civil do médico, por exemplo, nos casos de imperícia do profissional ao fazer um parto-cesariano, uma cirurgia do coração, ou um simples exame de rotina, onde se busca o resultado dessa; 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 autor buscou fontes doutrinárias para explicar e especificar a responsabilidade civil. Por conseguinte, utilizou-se de uma estrutura na qual pôde abordar em quais situações há o erro médico e, quando o médico é responsabilizado por seus atos. O tema da pesquisa está inserido no âmbito de Direito Civil, já que trata de uma relação humana existente entre indivíduos, onde, aquele que causar dano a outrem estará obrigado a indenizar. Assim, discute-se se a responsabilidade do médico é objetiva ou subjetiva. Finalmente, o presente trabalho procura levar o leitor a formar sua própria opinião a respeito da responsabilidade civil do médico e a sua consequente obrigação de reparar, ou não, o dano causado quando o resultado obtido não é o mesmo desejado pelo paciente.

### **PALAVRAS-CHAVE:**

Culpa – Responsabilidade Civil Médica – Dano – Erro – Paciente

## **ABSTRACT**

In this paper the author aims to show situations when it is possible to establish the civil liability of a doctor in cases of malpractice, for example in caesarean sections, heart surgery or simple routine examinations. In these situations often the professional is not responsible owing to the victim's lack of knowledge of their rights and how to proceed. Firstly the author uses doctrine sources to explain and specify what civil responsibility is. He then uses a framework to approach in which situations there is a medical error, and when the doctor is found responsible for his/her error(s). The subject of this research is part of Civil Law, it deals with human relations between individuals where one who harms the other is obliged to compensate. It discusses if the doctors' responsibility is objective or subjective. Finally, this study aims to enable the reader to reach their own opinion on the medical civil responsibility and consequently the obligation to repair (or not) the damage caused when results are not as expected or desired by the patient.

### **KEYS-WORDS:**

Guilt – Medical civil responsibility – Damage – Fault - Patient

## **LISTA DE TABELAS**

TABELA 1: EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	16
TABELA 2: TIPOS DE LIQUIDAÇÃO.....	28



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>12</b>
2.1 Conceito.....	12
2.2 Evolução Histórica.....	13
2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	13
2.3.1 Ação ou omissão.....	14
2.3.2 Culpa ou dolo do agente.....	14
2.3.3 Nexo de causalidade.....	15
2.4 Excludentes da Responsabilidade Civil.....	15
<b>3. PREVISÃO LEGAL.....</b>	<b>17</b>
3.1 Constituição Federal.....	17
3.1.1 Código Civil.....	18
3.1.2 Código de Processo Civil.....	18
3.1.3 Código Penal.....	18
3.1.4 Código de Processo Penal.....	20
3.2 Leis Esparsas.....	20
3.2.1 Lei de imprensa.....	20
3.2.2 Código do consumidor.....	21
3.2.3 Código de ética médica.....	22
<b>4. DO DANO.....</b>	<b>23</b>
4.1 Causas.....	23
4.1.1 Imprudência.....	23
4.1.2 Negligência.....	24
4.1.3 Imperícia.....	25
4.2 Reparação.....	26
4.3 Liquidação.....	27
<b>5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....</b>	<b>29</b>
5.1 Conceito.....	29
5.2 Natureza Jurídica.....	30
5.2.1 Contratual.....	30
5.2.2 Extracontratual.....	31
5.2.3 De meios.....	32
5.2.4 De resultado.....	33
5.2.5 Subjetiva.....	35
5.2.6 Objetiva.....	35

<b>6. DO DANO COMO CONSEQUÊNCIA DA CULPA MÉDICA.....</b>	<b>37</b>
<b>6.1 Caracterização.....</b>	<b>37</b>
<b>6.2 Distinção entre Erro Médico e Erro Profissional.....</b>	<b>38</b>
<b>6.3 Análise do Erro Médico.....</b>	<b>40</b>
<b>7. METODOLOGIA DA PESQUISA CIENTÍFICA.....</b>	<b>41</b>
<b>8. CONCLUSÃO.....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>45</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O interesse pelo estudo da responsabilidade civil do médico é muito importante, quando se tem conhecimento de que, atualmente, muitos desses profissionais têm agido de forma negligente, imprudente ou ainda, com imperícia.

A figura do médico sempre foi vista como alguém que não podia ser responsabilizado por qualquer de seus atos, uma vez que, sua função era revestida de caráter religioso, dando-se a Deus tudo o que se referia à saúde e à morte. O médico era visto como um amigo e conselheiro da família, daí porque não se duvidar dos seus serviços prestados.

No entanto, o presente trabalho tem o intuito de mostrar o contrário, isto é, apesar do médico ser considerado, algumas vezes, um amigo da família, isto não o isenta da sua obrigação contratual. Assim, caso ocorra algum erro durante uma cirurgia, seja por imperícia, negligência ou imprudência, é dever desse profissional indenizar a vítima ou a sua família, quando ocorre o evento morte ou lesão grave.

Considerando-se uma obrigação de resultado, ocorrendo o erro, o médico está obrigado a indenizar, caso não atinja o resultado almejado pelo paciente. Porém, analisando ter essa profissão uma obrigação de meio, deve-se provar a sua culpa; assim, se a vítima provar que de alguma forma houve negligência, imprudência ou imperícia, o médico estará obrigado a indenizar.

Ocorre que, mesmo existindo legislação prevendo todo esse direito, muitos não o procuram, seja por receio em chegar ao Poder Judiciário ou por falta de acesso à justiça considerando sua situação econômico-financeira, ou também pela demora do julgamento em razão do profissional ser um médico.

Portanto, o presente estudo possui dois objetivos, quais sejam: demonstrar que no âmbito da responsabilidade civil, existem meios legais para se obter a justiça a que se busca, fazendo com que os médicos respondam civilmente por seus erros e que, as vítimas sejam indenizadas com aquilo a fazem *jus*.

Ainda, tem o intuito de incentivar e auxiliar os interessados a postularem, de forma inequívoca, seus direitos perante o Judiciário, exigindo o ressarcimento de danos materiais e morais decorrentes do erro médico, evitando ser enganadas de alguma forma por esses profissionais e fazer com que a dignidade dessa profissão continue existindo para a sociedade com grande mérito.

## 2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 Conceito

Enormes são as dificuldades encontradas para a expressão “responsabilidade civil”, portanto, faz-se necessário consultar algumas doutrinas bem conceituadas para que se consiga extrair alguns conceitos sobre esse termo.

Há bastante divergência entre os posicionamentos doutrinários quando o assunto é definir a responsabilidade civil. Alguns autores baseiam-se na culpa, Savatier (*apud* Diniz, 2014, p. 50) “considera como a obrigação de alguém reparar o dano causado por outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam”.

Seguindo o mesmo raciocínio Diniz (2014, p. 50) que relata:

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

Já Josserand (*apud* Diniz, 2014, p. 50) vê sob um aspecto mais abrangente:

[...] não vislumbrando nela uma mera questão de culpabilidade, mas sim de repartição de prejuízos causados, equilíbrio de direitos e interesses, de sorte que a responsabilidade, na concepção moderna, comporta dois polos: o objetivo, onde reina o risco criado, e o subjetivo, onde triunfa a culpa.

Pirson e Villé (*apud* Diniz, 2014, p. 49-50) conceituam a responsabilidade civil como “a obrigação imposta pelas normas às pessoas no sentido de responder pelas consequências prejudiciais de suas ações” princípio informador de toda teoria da responsabilidade é aquele que impõe ‘a quem causa o dano o dever de reparar”.

Na visão de Sourdat (*apud* Diniz, 2014, p. 50) “[...] o dever de reparar o dano decorrente de fato de que se é o autor direto ou indireto”. E por fim, para Rui Stoco (1995, p. 45):

[...] resultado a ação pelo qual o homem expressa seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo em indagar da responsabilidade daí decorrente. O que interessa, quando se fala da responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente.

Conforme o exposto ressalta-se, que há previsto a disposição legal descrita no art. 927 Código Civil, sob o título “Da Responsabilidade Civil”, determinando que: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”. E também, em seu parágrafo único, vislumbra-se que a responsabilidade ocorrerá mesmo nos casos onde independem da culpa e, que sejam especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem.

## 2.2 Evolução Histórica

A responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto a sua história, aos seus fundamentos, a sua extensão ou área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e a sua profundidade ou densidade (exatidão de reparação). (DINIZ, 2014, p.27)

A primeira etapa da evolução histórica da responsabilidade civil humana se deu pela vingança coletiva, sendo uma reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes; evoluindo, posteriormente, para uma reação individual, sendo uma responsabilidade objetiva, na qual não depende da culpa, apresentando apenas uma reação do lesado contra causa aparente do dano, gerando uma vingança privada em que a justiça era feita pelas mãos de quem tinha o seu direito lesado sob o amparo da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”. (DINIZ, 2014, p.27)

Nesta etapa da evolução histórica, o poder público poderia intervir apenas para coibir abusos, declarando como e quando a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou. Tal critério se encontrava na Lei das XII Tábuas, mais precisamente na tabua VII, lei 11<sup>a</sup>: “si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto” (se alguém fere a outrem, que sofra pena de talião, salvo se existiu acordo). (DINIZ, 2014, p.28)

Posteriormente, houve o período da composição, onde seria mais adequado entrar em contato com o autor da ofensa, para que o mesmo pudesse reparar o dano causado através de pagamento em certa quantia em dinheiro, ficando a critério da autoridade pública, se o delito fosse público, e do lesado, se caso tratasse de delito privado do que impor a retaliação, pois esta não reparava o dano sofrido, e sim ocasionava duplo dano, sendo eles o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido. O Estado por fim, passou a intervir nas divergências privadas, fixando o valor dos prejuízos e obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. (DINIZ, p.28, 2014)

## 2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Caracterizar os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil é considerado uma tarefa difícil, devido à imprecisão doutrinária a respeito. No entanto, mais aconselhável é ponderar como pressupostos da responsabilidade civil aqueles situados no art. 186 do Código Civil (Lei 10.406/02), que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (DINIZ, 2014, p.52).

Esse ato ilícito situado no art. 186 do Código Civil vem tipificado adiante no *caput* do

art. 927 e parágrafo único, determinando o dever de indenizar àquele que o pratica causando dano a outrem.

### **2.3.1 Ação ou omissão**

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o de fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (DINIZ, 2014, p.56)

A ação poderá ser lícita ou ilícita. A ilícita tem como base a ideia de culpa, sendo aquela que, emana direta ou indiretamente da vontade e ocasiona efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento jurídico; e a lícita funda-se no risco, estando de acordo com a lei, com as normas jurídicas.

O agente poderá ter dois tipos de comportamento, sendo eles: comissivo e omissivo. O comportamento comissivo é aquele que vem a ser a prática de um ato que não se deveria concretizar ou nem ser praticado, sendo completamente divergente do comportamento omissivo, pois o mesmo é a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se, ou seja, é aquele ato praticado através de uma omissão, sendo uma atitude negativa (deixar de fazer) do agente que, do mesmo modo prejudica outrem, tendo o dever de reparar o dano caso seja também provada à culpa.

Um exemplo clássico e rotineiro de uma atitude omissiva é nos casos de acidente de trânsito onde ocorre um atropelamento no qual o agente que atropelou a vítima não socorre o mesmo, dando fuga do local do acidente.

A indenização decorre de uma ação ou omissão do lesante, que agindo de forma comissiva ou omissiva, viola dever legal, contratual ou social, através da imprudência, negligência ou imperícia.

Exemplo de omissão é trazido por Gonçalves (2013, p. 59):

[...]O motorista que atropela alguém pode ser responsabilizado por omissão de socorro, se esta é a causa da morte, ainda que a culpa pelo evento caiba exclusivamente à vítima, porque tem o dever legal de socorrê-la. A responsabilidade civil por omissão, entretanto, ocorre com maior frequência no campo contratual.

Para que se configure a responsabilidade por omissão, é necessário que haja um dever jurídico de praticar determinada conduta no caso, de se omitir.

### **2.3.2 Culpa ou dolo do agente**

O segundo pressuposto da responsabilidade civil esta diretamente ligada à culpa ou dolo do agente para que seja concretizada a reparação dos danos causados, isto é, deve haver um nexo de causalidade, uma concordância entre a culpa ou dolo que causou o prejuízo para que a

vítima seja indenizada.

Para que haja a caracterização do dolo, o infrator deve ter o conhecimento da ilicitude de seu ato e se intencionalmente procurar lesar a outrem. Diferente na culpa, onde não existe a forma intencional, o anseio, a ambição em causar o prejuízo, mas sim, em razão da imprudência, negligência ou imperícia.

Para Maria Helena Diniz (2014, p. 58):

O dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela.

Em nosso Código Civil (Lei 10.406/02), a regra primordial da responsabilidade civil, acarreta na aparição do elemento *culpa*, entretanto, há hipóteses em que, o legislador recebe a responsabilidade sem culpa, isto é, a responsabilidade objetiva, formada pela ideia de risco, ou de culpa presumida; assim, independentemente de haver a culpa do agente em determinado ato, como exemplo, estacionar seu veículo automotor em local inapropriado, há a responsabilidade objetiva de pagar a multa.

### **2.3.3 Nexo de causalidade**

Para que ocorra a obrigação de indenizar, deve ser provado o nexos de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a ação ou omissão do agente, devendo haver uma correlação entre ambos, caso contrário, se não for comprovado que o dano causado na vítima foi em razão da conduta do agente, este não poderá ser penalizado. Insta salientar também que, para concretizar a penalização e conseqüentemente a indenização da vítima, o agente não pode estar amparado por uma das excludentes, sendo elas culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior e cláusula de não indenizar.

Um exemplo dado por Gonçalves (2013, p.54) é

[...] o motorista estar dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sobre as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele “causado” o acidente, pois na verdade, foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento.

### **2.4 Excludentes da Responsabilidade Civil**

As causas excludentes da responsabilidade civil são determinadas situações que resulta em um dano à vítima, porém, o mesmo, não gera contra o agente, ações indenizatórias. Essas situações ocorrem sempre que há um fato externo, ou seja, heterônomo, que leva a ocorrer algo que, mesmo diante de ação do agente, não se originou de sua própria vontade, ou seja, não foi espontânea, não nasceu de sua autodeterminação.

As causas excludentes da responsabilidade civil fulminam qualquer pretensão

indenizatória, pois não se pode imputar ao agente culpa ou *lato sensu* quando sua conduta for determinada por uma dessas situações, sendo elas: caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. (GONÇALVES, 2013, p.360).

Segue abaixo as situações de maneira simplificada de acordo com Gagliano; Pamplona Filho (2008, p.102-120).

<b>EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b>	
CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR;	Na Força maior: Conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza  No caso fortuito: O acidente que acarreta o dano, advém de causa desconhecida.
CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA	Quebra o nexo de causalidade, eximindo o agente da responsabilidade civil. Com isso na realidade se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso.
CLAUSULA DE NÃO INDENIZAR	Trata-se de uma convenção por meio da qual as partes excluem o dever de indenizar, em caso de inadimplemento da obrigação.

**Tabela 1:** Comparativo de excludentes da responsabilidade civil.

**Fonte:** Autoria própria



### 3 PREVISÃO LEGAL

Fundamental nesse momento seria evidenciar algumas fontes legais onde pode ser deparada a matéria de responsabilidade civil. Assim, na legislação ordinária brasileira, há como amparo legal sobre a matéria: a Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código Penal e o Código de Processo Penal.

Em relação às leis esparsas são apresentadas as que entende ser mais importante: Lei de Imprensa, Código do Consumidor e Código de Ética Médica.

#### 3.1 Constituição Federal

A Constituição Federal, promulgada em 1988, por ser referencia para todas as outras legislações, com certeza se posiciona a respeito da responsabilidade civil em seu art. 5º, X, garantindo à inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando aos mesmos o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A Constituição Federal assegura que situações que fere os direitos das pessoas, garantindo aos mesmos, o direito à indenização. Entretanto, se alguém tem direito a indenização por algum dano que lhe foi sofrido, por outro lado, outra pessoa será responsabilizada a pagar àquilo que é devido por ter sido a causadora do prejuízo que atingiu a vítima.

Portanto, a pessoa que se sentir prejudicada pela violação ocasionada pelo médico a um de seus direitos, poderá postular uma indenização em face do profissional, uma vez que a Constituição Federal esta acima de qualquer outro ordenamento, pois tem como propósito resguardar a intimidade, vida privada e a honra do ser humano, sendo os direitos personalíssimos das pessoas. Assim, qualquer dano causado a esses direitos, poderá haver indenização pelo agente causador desse dano.

Continuando ainda com o assunto da responsabilidade civil, dispõe o § 6º do art. 37 de nossa Carta Magna que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Paralelo a esse dispositivo constitucional, é um dever para todas as entidades estatais e suas desmembrações administrativas, o condão de reparar o dano causado a terceiros, independentemente da prova de culpa, no cometimento da lesão.

### **3.1.1 Código Civil**

O Código Civil, mais precisamente em seu art. 927, no Título IX, Capítulo I, referente à obrigação de indenizar, determina que aquele que causar dano a outrem, por ato ilícito, será obrigado a repará-lo.

Já no art. 951 do mesmo código, a indenização é dirigida àqueles que exercem atividade profissional, tais como: médico, dentista, farmacêutico, engenheiros e etc.

Portanto, a responsabilidade civil, esta prevista em ambas as legislações, tanto no Código Civil, como também em nossa Carta Magna, visando tão somente proteger aquele que foi violado.

No Código Civil de 1916, a teoria vigente era a subjetiva, ou seja, para que ocorresse a indenização, a vítima deveria provar que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Embora, essa previsão esteja expressa no atual art. 951, da Lei 10.406/02 (Novo Código Civil), o parágrafo único do art. 927, da mesma lei, possibilita a teoria objetiva, ou seja, “haverá a 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”.

### **3.1.2 Código de Processo Civil**

No Novo Código de Processo Civil encontramos vários artigos que se refere de alguma forma a responsabilidade civil ou a obrigação de indenizar, tais como: art. 79, onde prenuncia a responsabilidade por perdas e danos daquele que pleitear de má-fé em uma ação, seja como autor, réu ou interveniente; art. 81, determinando o dever de indenizar, do litigante de má-fé, à parte contrária, pelos prejuízos que esta sofreu; art. 143, possibilitando a responsabilidade do juiz, por perdas e danos, quando no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, ou ainda recusar, omitir ou retardar, sem motivo justificável, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Na mesma direção, dispõe o art. 161, na qual o depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte.

Portanto, são inúmeros mecanismos processuais relativamente à responsabilidade civil e o dever de indenizar, restando tão somente à vítima apenas reivindicar os seus direitos de maneira adequada, pois, embasamento jurídico não é o problema.

### **3.1.3 Código Penal**

Em relação ao Código Penal, em seu artigo 18, II, está discernido o crime culposos,

configurando determinado crime quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Portanto, na legislação penal há também a caracterização da responsabilidade civil uma vez que o agente do crime age com imprudência, negligência ou imperícia, sendo penalizado em ambas as esferas, tanto na civil, como na esfera penal; porém, nesse caso, será sentenciado pela prática de crime culposo à sanção imposta por lei.

À vista disso, negligentemente o médico que de certa forma não segue o procedimento praxe de sua profissão, tais como não examinando seu paciente devidamente e também não realizando qualquer tipo de exame sobre o assunto, vindo o mesmo a óbito, se provada à culpa do profissional, será o mesmo condenado tanto penal como civilmente.

Devemos destacar, portanto, as atividades relacionadas à saúde, como por exemplo, os médicos, onde sua atividade por natureza já implica em risco ao paciente, devendo o profissional ter muita cautela ao prescrever uma receita médica ou ao realizar uma cirurgia de qualquer grau que for.

É nesse sentido que já julgou o Tribunal de Alçada Criminal:

HOMICÍDIO CULPOSO – Negligência médica – Apendicite – Diagnóstico incorreto e incompleto acarretando a morte do enfermo – Condenação decretada.

Ementa Oficial: Configura o crime de homicídio culposo a conduta do médico que, após diagnóstico incorreto e incompleto, diagnosticou uma crise de apendicite, submetendo-a à cirurgia de retirada do apêndice e extirpação de cisto no ovário, quando a causa do mal era uma gravidez ectópica, culminando com sua morte.

Diante do exposto, devido ao acontecimento do médico não ter dado a devida atenção a paciente enferma, e conseqüentemente ter realizado um diagnóstico divergente do que era ter sido (ou seja, agiu com negligência), acabou facultando com a morte da enferma. Assim, diante da legislação penal, a atitude do médico está tipificada como crime de homicídio culposo.

Havendo um homicídio decorrente da ausência de regra técnica da profissão, arte ou ofício (imperícia), ou se não houver imediato socorro à vítima estar-se-á diante de um homicídio culposo qualificado.

Outrossim, quando configurada a lesão corporal culposa, situada no artigo 129, § 6º, Código Penal, onde determina que se a conduta do médico causar uma lesão à vítima, estará este, obrigado a ressarcir-lo dos devidos prejuízos causados.

No que tange à lesão corporal, tem decidido a jurisprudência:

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - HOSPITAL -CORPO ESTRANHO DEIXADO NO ORGANISMO DA PACIENTE - NÃO CICATRIZAÇÃO - SECREÇÃO - COMPROVAÇÃO - JUROS - FIXAÇÃO LEGAL - DANO MORAL - CONDENAÇÃO DEVIDA - FIXAÇÃO RAZOÁVEL - SENTENÇA MANTIDA. A responsabilidade da instituição hospitalar, que exerce típica atividade de prestação de serviços, é objetiva e deve ser examinada à luz das regras insculpidas no CPDC, especialmente de seu art. 14 e incisos, do CPDC. É por demais sabido que as provas têm por destinatário o juiz, que deve valorá-las segundo o seu livre convencimento.

Prontamente, age de forma negligente e também culposamente, o médico que, após a

conclusão de uma cirurgia deixa qualquer material utilizado no campo operatório dentro da vítima, causando lesão corporal em seu paciente.

### **3.1.4 Código de Processo Penal**

Finalmente, é capaz de deparar na lei processual penal, o regulamento para conquistar a indenização do prejuízo diante de uma sentença condenatória penal, se apoiando na mesma para propor a sua devida execução na esfera cível. É assim o que dispõe o artigo 63, *caput*, do Código de Processo Penal. Portanto, a vítima, seja na esfera cível ou criminal, obtém uma sustentação legal abrangente para que possa postular uma justa e devida indenização de todo o prejuízo causado.

## **3.2 Leis esparsas**

Salvo a legislação ordinária brasileira citada anteriormente, apresentam-se algumas leis esparsas que similarmente dizem respeito à responsabilidade civil. Dentre elas, destacam-se: a Lei de Imprensa, o Código do Consumidor e o Código de Ética Médica; todavia, existem também outras leis que abordam o assunto, porém, vital se faz destacar apenas as apontadas no presente trabalho, por serem as mais específicas.

### **3.2.1 Lei de Imprensa**

A Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) trata da responsabilidade civil em um capítulo exclusivo (Capítulo VI), previstos nos artigos 49 a 57.

Esse capítulo embutido na referida lei, tem como objetivo principal a obrigação da reparação tanto dos danos morais como também os materiais em face daquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem .

A lei ainda projeta que a responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano, seja por negligência, imprudência ou imperícia é bem delimitado em cada escrito, transcrito ou notícia, conforme previsto no artigo 51.

O artigo 57 determina que a petição inicial da ação para reparação de dano moral deve ser também fundamentada com o exemplar do jornal ou periódico que tiver publicado o escrito ou notícia.

Assim, a petição para propositura de uma ação de reparação de dano moral, deve ser moldada com todos os documentos essenciais, até mesmo com o original do jornal ou periódico, para que o alegado possa ser bem evidenciado ou provado.

Deste modo, a vítima está abundantemente protegida pela Lei de Imprensa nº 5.250/67, sob o escoramento da qual poderá pleitear ação de indenização para ver seu prejuízo recomposto, desde que esse seja movido no terreno da imprensa.

### 3.2.2 Código do Consumidor

O Código do Consumidor (Lei nº 8078/90) surgiu com o condão do equilíbrio entre as partes da relação jurídica de consumo e também cuidar do instituto da responsabilidade civil médica, regulando a obrigação do fornecedor de serviços, independentemente da existência de culpa, a reparar danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre seus proveitos e riscos.

Importante salientar que não se faz necessário discutir em relação à culpa, e sim apenas a existência do dano e também do nexos causal. A única tarefa da vítima é realizar a comprovação do dano e do nexos de causalidade, empurrando ao fornecedor para que ele tente romper esse nexos e assim se isentando do dever de reparação; regra essa adotada pela teoria objetiva.

Mais a frente, a única ressalva do Código de Defesa do Consumidor se encontra no parágrafo quarto desse mesmo artigo, determinando que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, ao contrário do disposto no *caput*, será apurada mediante verificação de culpa, cabendo ao cliente provar o dano sofrido, pois essa exceção adota-se a teoria subjetiva.

A regra da responsabilidade subjetiva é destinada apenas para o profissional liberal, não podendo se estender às pessoas jurídicas que esse compõe ou para as quais ocorra a prestação de serviço, uma vez que a responsabilidade para eles será objetiva.

Logo, se um médico aliar-se a outros, com o intuito de organizar uma clínica para prestar serviços à população, e o consumidor (paciente), dirigindo-se a essa, vem a sofrer algum dano, não será aplicada a responsabilidade subjetiva, mas sim, a regra básica do Código de Defesa do Consumidor, sendo que o consumidor pactuou com a pessoa jurídica e não com o profissional liberal, não existindo entre ambos uma relação de confiança.

Assim, é nítida a regra do Código de Defesa do Consumidor, o qual utilizar-se-á o sistema com base na culpa, ou seja, a teoria subjetiva é aplicada apenas aos profissionais liberais. Desse modo, se ficar comprovado pelo cliente que o dano originou-se de negligência, imprudência ou imperícia, estará comprovada a culpa, e o profissional responderá pelos danos causados ao seu cliente.

### 3.2.3 Código de Ética Médica

Para o exercício da Medicina, necessária se faz a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, território ou Distrito Federal, conforme o disposto no artigo 1º do Código de Ética Médica, onde regula os direitos e deveres dos profissionais, independente da função ou cargo que ocupem.

O encargo do profissional da medicina é preservar pela saúde do indivíduo, recordando que ele tem família, e que pertence a uma comunidade de vizinhança, de bairro, de clube, de igreja, dentre outras. O mesmo não precisa sanar o paciente, mas tem que cuidar com sensatez e muita competência, não sendo permitido desrespeitar as vontades do paciente ou de seus familiares, bem como interferir em suas decisões, pois ele está trabalhando com o bem mais precioso do ser humano: a vida. O profissional poderá apenas intervir, e assim, desrespeitando as vontades de quem quer que seja quando houver iminente perigo de vida.

A responsabilidade profissional é ajustada no Capítulo III, do artigo 1º ao 21º deste Código; sendo vedado ao médico, por exemplo, praticar atos profissionais danosos ao paciente qualificado através da imprudência, negligência e também imperícia.

Em relação ao médico, é seu dever elucidar ao paciente sobre sua doença de modo que ele se conscientize de seu estado e, através disso, autorize ou não para que haja possibilidade de um procedimento operatório ou tratamento, caso contrário, será penalizado ou na esfera cível ou penal.

## 4 DO DANO

Independentemente da espécie de responsabilidade (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração, pois caso contrário, se não houvesse o dano, não teria o que indenizar e, conseqüentemente a responsabilidade. A expressão dano relaciona-se a um prejuízo sofrido por alguém em diversas situações, e uma delas é na relação jurídica, na qual uma das partes sai prejudicada ou em desvantagem em razão da outra ter tirado vantagem do negócio dolosa ou culposamente.

Essas situações ocorrem de monte e das mais diversas formas nas relações de consumo, onde o consumidor, se não ficar atento, sofrerá danos e sairá em desvantagens em relação ao fornecedor, pois o mesmo, valendo-se do consumidor hipossuficiente, obtém vantagens indevidas.

Portanto, em relações que envolvam fornecedor e consumidor, é importante sempre estar atento para que a parte hipossuficiente da relação não venha sofrer qualquer tipo de dano patrimonial ou moral.

### 4.1 Causas

#### 4.1.1 Imprudência

A palavra imprudência vem do latim *imprudencia*, que significa a falta de atenção, descuido ou imprevidência no exercício de uma ação perigosa. A imprudência pressupõe uma ação precipitada e sem cautela, qualificando-se por uma conduta comissiva, sendo efetivada positivamente; ao contrário da negligência, pois nela, a conduta é omissiva, onde a pessoa deixa de fazer algo.

Seguindo o raciocínio de Gonçalves (2013, p.537), “constitui omissão das cautelas que a experiência comum de vida recomenda, na prática de um ato ou no uso de determinada coisa.”.

De uma forma mais didática, imprudência nada mais é do que um procedimento do agente que guarda necessariamente relação com arte ou profissão de maneira inapropriada ou precipitada, onde o mesmo deixa as devidas precauções e segurança de lado que são capazes de prevenir possíveis resultados lesivos por sua experiência, achar que tem o controle da situação.

Podemos passar horas citando diversos exemplos de ações imprudentes em que nos esbarramos diariamente, e uma das mais rotineiras é um motorista que, mesmo avistando um transeunte atravessando a rua, não reduz a velocidade ou na maioria das vezes acelera, por achar ou ter a certeza de que possa dar tempo de passar por ele sem causar nenhum dano, do que parar para que o pedestre complete a sua travessia com segurança. Outro exemplo clássico é o motorista que dirige seu veículo em estado de embriaguez ou faz uma ultrapassagem sem a observância das cautelas legais e em ocasiões desfavoráveis.

O judiciário também está transbordando de ações em que ocorrem situações de

imprudência na área da medicina, tais como: profissional que examina um diagnóstico à distância e, por total imprudência, acaba medicando seu paciente de maneira errada, ou nem se quer examinando o enfermo, receita medicamentos por telefone, ou mais adiante ainda podemos citar as duas possibilidades, ou seja, havendo a possibilidade do médico receitar medicamentos por telefone, sem examinar o paciente pessoalmente, não sabendo ao certo a verdadeira situação da pessoa.

No mesmo sentido, age de maneira extremamente imprudente, de forma culposa, o médico que prescreve ou ministra substância entorpecente ou medicamento que cause dependência física ou psíquica em dose maior que a necessária, ou em discordância com as determinações legais ou regulamentadas. Exemplo típico da situação citada acima é os calmantes que, se ingeridos de forma inadequada, seja por dosagem extravagante ou em quantidade além do permitido, é passível de causar dependência psíquica e/ou física.

O indivíduo que age de maneira imprudente tem a percepção, isto é, pode prever o resultado e as consequências de seu ato, mas age mesmo assim.

Nesse sentido já julgou o Tribunal:

HOMICÍDIO CULPOSO – Imprudência e negligência – Clínico que dá orientação médica por telefone – Conhecimento prévio do estado do paciente por exames anteriormente feitos – Delito não configurado – Absolvição decretada (Embargos Infringentes n. 328.563-7, da comarca de Penápolis – Lex, 84:51).

Assim, pelo entendimento jurisprudencial, quando o médico de certa forma já tem conhecimento prévio do estado de saúde de seu paciente e o instrui por telefone, não será julgado imprudente nem negligente. Logo, a *contrario sensu*, a recíproca é verdadeira, isto é, se o médico ao medicá-lo por telefone não tem conhecimento prévio do estado de saúde da pessoa, age o profissional imprudentemente.

#### 4.1.2 Negligência

A negligência, por sua vez, pressupõe que alguém deixa de tomar uma atitude ou apresentar conduta que era esperada para a situação, agindo com descuido, indiferença ou desatenção, não tomando as devidas precauções, podendo ocasionar resultado danoso que não sobreviria se o agente tivesse tomado a devida cautela para o cumprimento da obrigação.

Conforme Juarez Tavares (apud Croce e Croce Jr., 1997, p. 17):

[...] é uma forma de conduta humana que se caracteriza pela realização do tipo de uma lei penal, através da lesão a um dever de cuidado, objetivamente necessário para proteger o bem jurídico e onde a culpabilidade do agente se assenta no fato de não haver ele evitado a realização do tipo, apesar de capaz e em condições de fazê-lo.

Exemplo de negligência é o médico realizar exame clínico raso e, com base nesse



exame, prescrever um medicamento divergente.

Da mesma forma, é caracterizado como negligência o médico que se omite nas instruções essenciais em atendimento de casos clínicos, não precavendo o paciente das consequências de determinados tratamentos, ou seja, o paciente diante da não informação de seu real quadro clínico advindo pelo seu médico tem com definição de conduta a negligência por parte do profissional, pois o mesmo deveria alertá-lo sobre seu verdadeiro quadro clínico.

Casos assim são comuns em cirurgia para extração de tumor maligno e sessões posteriores de quimioterapia e radioterapia em paciente portador de câncer. O médico deve comunicá-lo de todas as consequências pós-tratamento, como possíveis quedas de cabelo, baixa resistência no sistema imunológico, etc.

De acordo com a jurisprudência pátria, segue a decisão:

HOMICÍDIO CULPOSO – Delito atribuído a médico – Conduta negligente ao não solicitar exames importantes e nem indicação de cesariana precoce ou encaminhamento a hospital especializado – Morte desta por embolia pulmonar, eclampsia materna e deslocamento prematuro da placenta– Condenação confirmada

Portanto, age com inegável negligência, médico que desprovê de técnicas de sua profissão e não observa cuidados indispensáveis diante dos sintomas apresentados pela vítima, acarretando, com isso, sua morte por diversos fatores como embolia pulmonar, eclampsia materna e deslocamento prematuro da placenta.

#### **4.1.3 Imperícia**

Para que seja configurada a imperícia é necessário constatar a inaptidão, ignorância, a falta de qualificação técnica, teórica ou prática, ou ausência de conhecimentos elementares e básicos da profissão.

Para Gonçalves (2013, p.536) é “[...] a inobservância, por despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos técnicos, das cautelas específicas no exercício de uma arte, ofício ou profissão”.

Em posição diversa, situa-se na doutrina o médico e também bacharel em direito França (2002, p. 312) que entende ser uma tarefa completamente complicada provar que um médico, alguém com um diploma em mãos, que lhe confere o grau de doutor, habilitado, profissional e legalmente, é imperito na sua profissão, seja em qualquer circunstância.

Todavia, não é o que parece ser mais admitido, pois esse embaraço não é tão extremo a ponto de ocasionar a improbabilidade. Além disso, a doutrina e a jurisprudência divergem do posicionamento do autor, destacando diversos fatores de poder concluir que numa determinada situação ocorre imperícia médica.

Um exemplo de imperícia é a provocação de queimaduras em radioterapias, por não saber manipular corretamente os instrumentos de raio-x, deixando marcas de queimadura no

paciente.

Da mesma forma, foi o que ocorreu na Bahia, onde um bebê morreu em razão do médico ter diagnosticado que o feto não estava pronto para o parto. Criança foi retirada já sem vida três dias depois.

Na imperícia, embora o agente causador do dano seja diplomado, conceituado e preparado, sendo médico, engenheiro, advogado ou se enquadrando em qualquer outra profissão, há ao menos parcialmente, ausência de conhecimentos técnicos, teóricos ou práticos ao executar um ato ligado à profissão.

Sobre o assunto, já julgou o Tribunal:

LESÕES CORPORAIS CULPOSAS – Cirurgia plástica – Médico que realiza intervenção cirúrgica causando lesão permanente em paciente – Inobservância de regra técnica da profissão – Imperícia caracterizada – Condenação mantida

Deste modo, é irrefutável nos tribunais que, a não observância de regras técnicas da profissão para haver a realização de cirurgias das mais diversas formas, o médico estará agindo com total imperícia e, em razão disso, deverá ser responsabilizado.

## 4.2 Reparação

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito (GONÇALVES, 2013, p. 436)

A vista disso, existem duas maneiras para serem realizadas a reparação do dano, sendo elas: reparação específica ou *in natura*, ou seja, ocorre a entrega da própria coisa ou de objeto da mesma espécie em substituição àquele que se deteriorou ou pereceu, de modo a restaurar a situação alterada pelo dano, como por exemplo, a reparação do dano ambiental; e pela reparação por equivalente, onde Adriano de Cupis nos ensina que “ante a impossibilidade da reparação natural, isto é, da reconstituição natural, na *restitutio in integrum* procura-se atingir uma situação material correspondente ao dano”, como por exemplo, a morte da vítima, onde a simples reparação do dano (morte) não ressarcir a família por completo, pois é impossível retornar ao *status quo ante*, ou seja, ao estado anterior.

Em relação à reparação específica, a mesma baseia-se em fazer com que a vítima retorne ao seu estado anterior, ou seja, antes da ocorrência do dano, fazendo com que as coisas voltem ao seu estado anterior, por exemplo, em acidente de veículo onde houve apenas o prejuízo com o automóvel, e que com a sua reparação, tudo volta ao estado anterior. Salienta-se que sempre deve observar o objeto da indenização, pois, dependendo da situação, a sua reconstituição natural ou específica não poderá ser concretizada.

A reparação por equivalente, como na maioria das vezes existe a impossibilidade de

devolver a vítima ao estado em que se encontrava anteriormente, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária. Dessa forma, havendo um homicídio, não há como trazer o morto de volta; portanto, a lei procura remediar a situação, impondo ao homicida o ressarcimento do prejuízo com o pagamento do dano, o que nem sempre ressarcirá a vítima que, no caso será a família do *de cuius* (falecido).

### 4.3 Liquidação

Para haver o ressarcimento, o meio colocado à disposição do lesado é a ação de reparação de danos, prevista no art. 53, IV, “a”, do Novo Código de Processo Civil, na qual a vítima formulará seu pedido de ressarcimento. Entretanto, para que ocorra a obrigação indenizatória há que existir o dano comprovado, elemento primordial para reivindicar a indenização.

Segundo Gonçalves (2013, p. 434 - 435):

Na liquidação apura-se o *quantum* da indenização. Reparação do dano e liquidação são dois termos que se completam. Na reparação do dano, procura-se saber exatamente qual foi a sua extensão e a sua proporção; na liquidação, busca-se fixar concretamente o montante dos elementos apurados naquela primeira fase. A primeira fase é o objeto da ação; a segunda, da execução, de modo que esta permanece submetida à primeira pelo princípio da *res judicata*.

Diniz (2014, p. 301) a liquidação tem por fim tornar possível a efetiva reparação do dano sofrido pelo credor, fixando o montante da indenização das perdas e danos.

Importante destacar que o artigo 402 do Código Civil determina que as perdas e danos não englobem apenas o que efetivamente a vítima perdeu, ou seja, os danos emergentes, mas também o que razoavelmente se deixou de lucrar, nomeado como lucros cessantes.

Portanto, a pessoa que causou dano a outrem, será responsável em pagar aquilo que a vítima perdeu com o dano sofrido mais o que ela poderia vir a lucrar se estivesse em estado normal de saúde e em perfeita condição para realizar a sua atividade profissional.

Exemplificando, em uma cirurgia realizada nas mãos de uma paciente que exerce a função de cozinheira, onde sua profissão exige o manuseio de panelas, talheres, ingredientes e diversos outros movimentos com suas mãos, caso ocorra erro médico que a impossibilite de mexer suas mãos como antes, por tempo mais prolongado que o necessário, enquadra-se nessa hipótese os lucros cessantes, isto é, o que a cozinheira deixará de ganhar enquanto não puder cozinhar em consequência do erro médico.

Existem três tipos de liquidação, quais sejam: a legal, a convencional e a judicial.

TIPOS DE LIQUIDAÇÃO	
DETERMINAÇÃO LEGAL:	A própria lei fixará qual seja a indenização devida.
CONVENÇÃO DAS PARTES:	Acordo de vontade entre as partes, determinando o quantum e a forma de pagamento.
SENTENÇA JUDICIAL:	Ocorre em juízo, com a presença do magistrado, observando todas as normas processuais contidas em lei.

Tabela 2: Tipos de Liquidação.

Por fim, sempre lembrar que a indenização não deve gerar o enriquecimento ilícito da vítima, porque seu objetivo busca tão somente a reparação do prejuízo, e não a obtenção de benefícios.

## 5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

### 5.1 Conceito

Antigamente, o ato médico entre o profissional e paciente se caracterizava pela confiança do paciente em relação ao médico e a consciência do mesmo de que o trabalho foi bem realizado; tendo um papel de médico da família, amigo e conselheiro – imagem de uma relação social que não admitia qualquer incerteza sobre a qualidade de seu profissionalismo.

No entanto, atualmente, essa relação se inverteu, sendo completamente assustadora, uma vez que essas relações sociais se expandiram, afastando o profissional do seu paciente. Tanto é que até em relação aos polos da relação foi modificado, passando o paciente a ser nomeado de usuário e o médico, de prestador de serviços.

A matéria de responsabilidade civil é muito vasta e abrangente, principalmente, quando se refere à responsabilidade civil do médico.

Como preleciona Diniz (2013, p. 263):

Comprometem-se os médicos a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.

Assim, o médico, inicialmente, deve comportar-se de acordo com o Código de Ética Médica, agindo com diligência e cautela para que não venha ser penalizado por algum de seus atos.

Devemos ponderar que independente de o médico ser contratado particular para a prestação de serviços ao seu cliente, como também o profissional que atue voluntariamente, não recebendo qualquer tipo de fundo, prevalecerá em ambas às situações o dever de reparar o dano causado ao enfermo, caso seu bem jurídico seja violado, pois mesmo o médico voluntário deve cumprir às normas do Código de Ética Profissional, recordando sempre de seu juramento, qual seja:

[...] Aplicarei os regimes, para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja. A ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho que o induza à destruição. Também não darei a uma mulher um pessário abortivo. Conservarei puras a minha vida e a minha arte... Se eu cumprir este juramento com fidelidade, goze eu a minha vida e a minha arte com boa reputação entre os homens e para sempre; se dele me afastar ou infringir, suceda-me o contrário.<sup>13</sup>

Encontra-se um arsenal de normas de conduta profissional no Código de Ética Médica. De acordo com art. 6º, dispõe que: “O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.”.

E, ainda, continua no seu art. 29, o seguinte: “é vedado ao médico praticar atos

profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”.

Assim, fica claro que se deve evitar qualquer erro profissional de forma negligente, imprudente ou com imperícia que cause dano ao paciente. Logo, de acordo com tudo o que foi exposto até aqui, não resta dúvidas de que haverá a responsabilidade médica caso o profissional aja com um desses três estatutos.

O artigo 951 do Código Civil determina que será responsabilizado o médico que, no exercício de sua atividade profissional, seja por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte ao paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo o para o trabalho. Regra essa aplicável a todos os profissionais liberais, incluindo, indubitavelmente, o médico.

Prontamente, o médico que faltar com atenção em relação atendimento ao paciente, acarretando dano de forma leve ou de forma gravíssima, sem dúvida alguma será responsabilizado pelos seus atos.

Isto posto, para que caracterize a responsabilidade médica, são necessários cinco características: a primeira é o agente (médico); segunda, o ato profissional; terceira, a culpa (negligência, imprudência ou imperícia); quarta, o dano (podendo ser a lesão, o agravamento de um mal ou até mesmo a morte); e quinta e última característica é o nexo de causalidade entre o ato e o dano (a ação ou omissão do médico que gerou o dano).

## **5.2 Natureza Jurídica**

Existe também muita divergência da doutrina quando se trata de esclarecer a natureza jurídica da relação médico-paciente, encontrando extrema complexidade para explicar se essa relação se trata de relação contratual ou extracontratual.

Debate-se, além disso, quais casos a responsabilidade civil do médico pode ser considerada objetiva ou subjetiva, fazendo a interpretação quanto ao seu fim, qual seja, se a obrigação profissional do médico é de meio ou de resultado.

### **5.2.1 Contratual**

A responsabilidade do médico será contratual por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina.

Assim sendo, o paciente tem a liberdade de selecionar o profissional que lhe agrade; este, aceitando o encargo, e ambos consentindo quanto ao tipo de serviço a ser prestado, caracterizarão a obrigação contratual; e para que se caracterize a responsabilidade, o paciente é obrigado a comprovar apenas que a obrigação não foi cumprida e também o nexo de causalidade entre essa e o dano causado.

Entretanto, ainda que a responsabilidade médica seja considerada contratual, a culpa do

profissional não deve ser presumida. À vista disso, há que se entender que a regra geral da atividade profissional médica é uma obrigação de meio, ou seja, o profissional não tem o condão de curar o enfermo, mas sim, proceder de acordo com as regras e princípios de sua profissão.

Entre as partes poderá haver tanto contrato verbal quanto escrito. Caracteriza-se contrato verbal quando o paciente se dirige até o hospital para a realização de uma consulta com um médico plantonista, testemunhando fortes dores no estômago, permitindo o exame clínico. Logo, o paciente não precisou assinar nenhum papel para que o médico realize os exames necessários para poder diagnosticá-lo; bastou uma simples alegação na qual o paciente relata sobre sua percepção dos sintomas, descrevendo sua visão dos sinais e a sua submissão ao exame para que ficasse caracterizado o contrato verbal. Porém, o contrato de forma escrita se dá quando o paciente, por exemplo, assina uma autorização para que o médico realize algum procedimento cirúrgico.

Explica Savatier (apud Diniz, 2013, p. 263) “que a responsabilidade contratual pode ou não ser presumida, conforme se tenha o devedor comprometido a um resultado determinado ou simplesmente conduzir-se de certa forma. É o que sucede na responsabilidade do médico, que não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e métodos da profissão”.

Assim sendo, se a relação tem um contrato acertado entre as partes, é no campo de seus limites que será averiguado o inadimplemento por parte do paciente ou a desobediência do contrato por parte do médico.

Ocorre descumprimento do contrato, quando, por exemplo, o médico em um procedimento cirúrgico compromete-se a deixar a boca de sua paciente igual ao da atriz Angelina Jolie. Contudo, posteriormente ao procedimento cirúrgico, o resultado é diverso do pactuado; logo, se fossemos analisar através do âmbito contratual, houve, nesse caso, um descumprimento do profissional com o que foi previamente contratado com a paciente.

### **5.2.2 Extracontratual**

Diferente da contratual, na responsabilidade extracontratual, não existe contrato entre médico e paciente.

Nessa situação, ocorre uma espontaneidade por parte do médico em tratar do enfermo, sem que para isso, pactue um acordo com o mesmo.

Dessa forma, o profissional presta serviços voluntariamente. Exemplo típico é quando em determinada situação ocorre um acidente, e que por acaso o profissional que se situava na via se depara com a vítima e, de maneira urgente, precisa socorrê-la. Nesse caso, devido à impossibilidade da vítima, não houve o expresso consentimento da mesma em querer ser atendida pelo profissional; entretanto, mesmo não havendo contrato firmado entre as partes, o médico não se isenta da obrigação de indenizar caso ocorra algum dano.

Na responsabilidade extracontratual, o ônus de provar que o médico agiu com culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia) incumbe ao paciente que sofreu determinada lesão. A obrigação de indenizar decorrente desse tipo de culpa está prevista no artigo 927 do Código Civil (Lei 10.406/02), que obriga a reparar o dano àquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, independentemente, de culpa.

No entanto, o Tribunal de Justiça do Paraná dispõe:

INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO IMPROCEDENTE - NÃO OCORRÊNCIA DE CULPA STRICTO SENSU - NÃO OCORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO - NÃO COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO MÉDICO E AS ALEGADAS CONSEQUÊNCIAS LESIVAS AO PACIENTE - BENEFICIÁRIO DE JUSTIÇA GRATUITA - SUSPENSÃO DA COBRANÇA DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. A indenização decorrente de erro médico só pode prosperar se provado ter o facultativo incorrido em culpa *stricto sensu* ou erro grosseiro, e ainda, que exista nexo de causalidade entre a conduta médica e as consequências lesivas à saúde do paciente. Não restando comprovados esses elementos, indispensáveis à caracterização da responsabilidade civil, vale dizer, o dano sofrido pelo paciente, a culpa ou o erro de conduta do médico, bem como o nexo causal entre um e outro, a indenização não encontra guarida na sistemática jurídica. A obrigação do médico, excluído o caso de cirurgia estética, é considerada de meio, e não de resultado. Mas, mesmo que assim não seja entendido, não haverá responsabilidade de indenizar, se o médico, a par de agir com cautela e dentro dos parâmetros técnicos, conseguir em prol do paciente o resultado esperado. Sendo a parte vencida beneficiária de Justiça Gratuita é correta a condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, mas a cobrança dessas verbas fica suspensa, até que seja superada a situação de pobreza da devedora, ou até que transcorra o prazo prescricional de cinco anos.

Deste modo, conforme jurisprudência supracitada, para exigir a reparação do dano pelo médico, é indispensável provar que o profissional agiu com culpa na prática do ato.

### 5.2.3 De meios

Em relação ao fim desejado, a obrigação do médico será de duas formas: de meio ou de resultado. Obrigação de meio, de acordo com a doutrina, é quando o profissional assume um serviço, utilizando todos os *meios*, sendo todo o seu profissionalismo, conhecimento, dedicação e prudência, de acordo com os recursos que tem em mãos, para atingir o objetivo traçado, não se comprometendo, no entanto, a obtê-la.

Conforme preleciona Diniz (2014, p. 340):

[...]se o médico operador for experiente e tiver usado os meios técnicos indicados, não se explicando a origem da eventual sequela, não haverá obrigação por risco profissional, pois os serviços médicos são, em regra, de meio e não de resultado.

De uma forma mais didática para que possamos entender melhor a abordagem desse assunto, o profissional deve aplicar toda a sua técnica médica e conhecimento sobre o assunto, com o objetivo de curar o paciente, *não se comprometendo*, porém, com a total cura dele.

Caso característico dessa obrigação é quando o médico utiliza-se de todo o seu



conhecimento técnico para seu paciente diagnosticado com câncer, doença essa gravíssima, tendo o enfermo que ser submetido a tratamentos extremamente agressivos como quimioterapia e radioterapia, que causa numerosos efeitos colaterais como queda de cabelo, imunidade baixa, podendo acarretar outras doenças em razão da baixa imunidade, enjoos e etc.

Dessa forma, caso o médico não seja capaz de conseguir a cura, só deverá ser responsabilizado por danos que aconteceu em um momento anterior, se for provada a sua negligência, imprudência ou imperícia.

Porém, fica obrigado o profissional informar tanto ao paciente quanto à sua família dos riscos que poderão sofrer em decorrência do tratamento e a situação atual do enfermo.

Para que surja o dever de indenizar, deve ficar provado pelo paciente a conduta ilícita do médico, demonstrando que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia; não agindo de forma cautelosa e cuidados adequados na execução do contrato.

Assim é o que preleciona a jurisprudência pátria:

Civil – Responsabilidade civil – Obrigação médica De meio e não de resultado – nexos de causalidade entre evento e conduta não comprovados – Indenização improcedente – Manutenção da sentença. – O insucesso de tratamento médico não autoriza indenização de perdas e danos, que ocorreria, se a lesão ou morte do paciente resultar de manobra culposa ou dolosa do médico. – A assistência médico-cirúrgica dá-se por meio de contrato de prestação de serviços, no qual a obrigação assumida é de meio e não de resultado. (TJDF – APELAÇÃO CIVEL AC 5104698 DF)

Portanto, a atividade médica por não ser de resultado, o médico só será penalizado se for comprovado que ele não esgotou os cuidados terapêuticos que tinha disponível para o tratamento do paciente, agindo com imprudência, negligência ou imperícia.

#### **5.2.4 De resultados**

É caracterizada a obrigação de resultado quando existe o comprometimento e o empenho do médico em chegar a um determinado fim, de outro modo, não terá cumprido com o seu dever, devendo arcar com as consequências.

A jurisprudência pátria já julgou nesse sentido:

Indenização – Responsabilidade civil – Ato ilícito – Danos decorrentes de cirurgia plástica – Imprudência e negligência verificadas – Obrigação de resultado e não de meio – Recurso não provido (TJSP – Apelação Cível 280.361-1 – Assis – 3ª Câmara de Direito Privado – Rel. Ney Almada – 15-4-97 – v. u.)

Conforme supracitado, não resta dúvida que a atividade médica nos casos estéticos é de resultado, devendo, portanto, o médico atingir o fim esperado pelo paciente e com ele acordado.

De outro lado, nos casos de transfusão de sangue, o médico responsável pelo procedimento deve analisar a compatibilidade sanguínea do seu paciente com o sangue ou

material que será utilizado para que não ocorram complicações ao enfermo.

Logo, se o sangue estiver infectado e, o médico irresponsavelmente não analisar da forma adequada, realizando a transfusão em seu paciente e posteriormente infectando-o, será responsabilizado civilmente em concurso com toda a sua equipe, englobando enfermeiros, auxiliares e etc.

Da mesma forma é o que dispõe o entendimento jurisprudencial:

Responsabilidade Civil – Ação de Indenização de danos morais – Exame de HIV com erro de resultado na digitação – Dano moral configurado – Quantum fixado – É cediço que os hospitais, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. Ao fornecer ao demandante exame de HIV com engano no resultado decorrente de erro de digitação, responde o demandado pelo dano moral causado ao autor. Dano in re ipsa. Precedentes. O valor da indenização deve ser fixado de acordo com as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, bem como com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Reduzida à importância. Apelação provida em parte. (Apelação Cível Nº 70060253176, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 31/07/2014).

Portanto, nessas situações deve haver o máximo de cuidado e atenção para que o médico e sua equipe não sejam responsabilizados solidariamente pelo dano causado à vítima decorrente da falha no procedimento.

É de extrema importância destacar que o ônus da prova se inverte nas obrigações de resultado, facultando ao médico provar que não agiu com culpa ou que ocorreu um caso fortuito ou de força maior; bastando ao paciente provar o inadimplemento do profissional.

Utilizando novamente o exemplo citado mais acima, em relação à cirurgia plástica estética, em que o médico assume o compromisso com sua paciente de deixar sua boca idêntica ao da atriz Angelina Jolie, é incumbido ao profissional de provar circunstâncias alheias a sua vontade que o impediu de atingir o resultado almejado, qual seja, deixar a paciente com a aparência da celebridade.

Assim é o que entendem os nobres julgadores:

Apelação cível – Responsabilidade civil – Erro médico – Cirurgia plástica – Natureza estética – Obrigação de resultado – Culpa do cirurgião presumida – Plano de saúde – Procedimento estético não autorizado – Relação de preposição inexistente – Médico não especialista – Desídia na indicação – Responsabilidade – Danos estéticos e dano moral – Cumulação – Possibilidade – Fundamentos distintos – Julgamento ultra petita – Nulidade do excedente. (TJ-MS – Apelação Cível AC 21397 MS 2006.021397-3)

O critério seguido para a presunção da culpa não é a existência de um contrato ou não, mas sim a obrigação assumida pelo profissional.

Prontamente, nada mais justo que seja esse tipo de obrigação assumida, pois retira do lesado todo o compromisso de comprovação da culpa do médico, cabendo ao profissional essa função.

O Código de Defesa do Consumidor segue o mesmo critério, preservando a parte hipossuficiente. Exemplificando para uma melhor compreensão, numa relação fornecedor-consumidor, o instituto protege a parte hipossuficiente do contrato (consumidor); dessa forma, inverte o ônus da prova, impondo ao fornecedor/prestador de serviços provar que não agiu com culpa.

Ora, a pessoa já se encontra em uma situação delicada, prejudicada em razão aos danos sofridos, e além de tudo tem que provar que a atuação do médico foi culposa? Com certeza não é o modo mais correto e justo de proteger aqueles necessitados que não possuem condições financeiras, físicas e muito menos psicológicas para promover uma ação indenizatória, uma vez que terá um trabalho muito espinhoso e, que, provavelmente, não terá nenhum resultado produtivo nessa empreitada.

### 5.2.5 Subjetiva

A responsabilidade subjetiva tem como sustentação o fato da vítima ficar obrigada a provar o dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia), para que possa ser indenizada do dano sofrido pelo profissional.

Para que o médico seja responsabilizado, não é necessário que a culpa seja grave, à culpa levíssima já caracteriza a reparação do dano.

Assim é o que já se decidiu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Responsabilidade civil – Ação indenizatória – Erro médico – Ausência de prova de culpa do médico – 1. A responsabilização do profissional liberal por defeito na prestação do serviço implica evidência de culpa. Art. 14, § 4º do CDC. 2. São pressupostos da responsabilidade subjetiva a comprovação da ocorrência do dano, a culpa ou dolo do agente e o nexo de causalidade entre o agir do réu e o prejuízo. 3. Caso em que a autora procurou atendimento de emergência com corte por caco de vidro preso ao muro que servia de divisa com terreno vizinho. 4. Ausência de nexo causal e culpa do médico nas sequelas apresentadas pela demandante. Inflamação por presença de corpo estranho que não pode ser atribuída ao requerido. 5. Prova pericial que atesta a inexistência de elementos a demonstrar o liame subjetivo entre o local da lesão (punho) e a parte onde foi encontrado o caco de vidro (palma da mão). Expert que indica ter o profissional da saúde utilizado os meios adequados para tratamento do ferimento da paciente. Exames complementares que não se mostravam justificados na espécie. Prova testemunhal que não corrobora a tese de erro médico. Sentença de improcedência mantida. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70060282100, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 27/11/2014).

Portanto, para o Tribunal, como também para outros órgãos de segunda instância, não se deve falar em responsabilidade civil médica quando não houver caracterizada ou inexistir o elemento culpa, pois o mesmo é o elemento essencial da responsabilidade civil subjetiva.

### 5.2.6 Objetiva

Em relação à responsabilidade objetiva, não se exige prova da culpa para que ocorra a reparação, uma vez que é prevista por lei ou em determinadas situações sua comprovação é

dispensada conforme o que determina o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (Lei 10.406/02).

Nessa responsabilidade, ocorre a inversão do ônus da prova, ou seja, é facultado ao autor do pedido de indenização provar apenas a ação ou omissão do agente e o resultado danoso.

Citarei novamente o exemplo colocado anteriormente, onde a responsabilidade objetiva é concretizada, quando, o hospital, independente de ser particular ou não, realiza procedimento de transfusão sanguínea infectado, ou seja, independentemente de provar se houve culpa ou não, haverá a responsabilidade objetiva sobre a instituição, no caso de hospital público, ou sobre a empresa, quando se tratar de hospital particular, devendo indenizar o paciente por todos os prejuízos causados.

Nesse sentido já julgou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Responsabilidade civil – Hospital – Morte de parturiente em virtude de infecção hospitalar – Procedência – O hospital responde, civilmente, pelos atos de seus médicos, integrantes do corpo clínico, e de seu pessoal auxiliar, agindo sob orientação daqueles, bem como pelo descumprimento de deveres inerentes à internação hospitalar (TJRS – 3º Gr. Cs. – EInfrs. 596057216 – j. 02.08.1996 – Revista de Direito do Consumidor, ed. Especial, Ed. RT, S. Paulo, abr.-jun./98, p. 279).

Portanto, conforme esclarecido pela jurisprudência, o hospital, independentemente de culpa, é obrigado a indenizar o paciente ou a seus familiares caso ocorra o evento morte.

## 6 DO DANO COMO CONSEQÜÊNCIA DA CULPA MÉDICA

É de extrema importância destacar que é fundamental para a coletividade o real prejuízo experimentado pela vítima ou não para a caracterização da responsabilidade civil, pois, dessa forma, o dano é o principal e mais essencial componente daquele rol para ser evidenciado à responsabilidade civil, sendo conceituado como toda diminuição de patrimônio.

Ressalte-se que, quando nos referimos ao dano, o entendimento a ser desenvolvido e interpretado, é que o dano é resultado da lesão ou da injúria sobre o patrimônio moral ou material.

A vida do paciente, e nesse cenário podemos englobar o seu vigor, estímulo, força, animação, vitalidade, pode ser afetados de modo devastador em razão dos danos que possa vir a causar a atividade médica. Portanto, ocorrendo uma violação/dano ao paciente, o profissional estará obrigado a indenizá-lo.

### 6.1 Caracterização

Determinar a culpa médica é uma missão de extrema dificuldade em razão da complicação existente de apontar a causa e o nexos causal entre ela e o dano sofrido pelo paciente.

À vista disso, obscuro fica indicar a real causa do dano sofrido pela vítima, mesmo realizando a perícia médica. Além disso, elementos variados podem intrometer-se no resultado final, não incidindo responsabilidade alguma face ao médico, uma vez que o mesmo não tem como evitá-los.

Assim, para que ocorra a responsabilização do profissional, é necessário evidenciar que a origem do dano se encontra na inexecução da obrigação do médico, uma vez que a ação ou omissão do médico é um dos pressupostos de sua responsabilidade civil. Portanto, a tarefa é comprovar que o dano adveio de uma ação do profissional, sendo essa positiva ou negativa, ou que ainda o serviço foi mal feito.

Logo, para que haja a indenização, torna-se completamente necessário a ocorrência do dano ao paciente independentemente de tipo ou espécie, como lesionando o direito, à vida, à integridade física ou à saúde ou, também um interesse legítimo, ou seja, danos patrimoniais ou morais.

Geralmente, os danos patrimoniais, decorrem dos danos físicos (corporais), sendo constituídos nas despesas médicas, exames, remédios, lucros cessantes, entre outros. Já em relação aos danos morais, esse tem como pressuposto a dor psicológica, o abalo mental sofrido pelo paciente, a dor emocional carregada, vinculada a ele por saber da tristeza que nada mais será mais como antes, não podendo ter a vida que tinha antes do fato ocorrido. Exemplo hipotético, porém muito corriqueiro, é quando a vítima sofre pela amputação de um braço ou perna devido à retirada errônea de um nervo fundamental ao movimento dos membros pelo

médico; a sua tristeza, sua dor, seu abalo mental, a sua frustração de saber que estará impossibilitado em relação ao desenvolvimento de atividades físicas que antes executava perfeitamente, como, fazer uma caminhada no parque, dançar, jogar bola. Na maioria das vezes essa espécie de dano está intimamente acorrentado aos direitos personalíssimos.

Logo que detectado a existência do dano, é de supra importância analisar o estado em que o paciente se encontrava antes do incidente, sendo analisado diretamente a ação ou omissão do profissional conforme anteriormente citado. Portanto, não há de se falar em indenização quando os danos não advêm de intervenção médica uma vez que não existe a responsabilidade do profissional nesses casos. É nesse entendimento que a jurisprudência pátria tem se baseado:

Indenização – Responsabilidade civil – Erro médico – Inocorrência – Patologia degenerativo-sistêmica, sem relação alguma com intervenção cirúrgica – verba indevida – Ação indenizatória julgada improcedente – Improvimento ao recurso – “Se não há relação causal entre a patologia incapacitante e a intervenção cirúrgica a que é atribuída, não procede à ação indenizatória por erro médico” (TJSP – 2ª C. Dir. Privado – Ap. 33.843-4 – Rel. Cezar Peluso – j. 18.08.1998 – TJT-Lex 217/154).

Portanto, na hipótese de uma agulha deixada no corpo de seu paciente pelo médico, está mais que comprovado o liame entre a atividade e o resultado danoso; portanto, sem dúvida alguma, o médico é responsável por sua conduta danosa.

No mesmo sentido:

Consumidor – Erro Médico – Esquecimento de material cirúrgico na cavidade abdominal da Autora quando da realização de cesárea – Perfuração de intestino – Necessidade de novas cirurgias – Perícia extreme de dúvidas ao considerar que há nexos de causalidade entre o corpo estranho encontrado na cavidade abdominal e a cesárea realizada na Autora – Responsabilidade caracterizada – Danos morais e estéticos verificados – Indenização majorada para R\$ 30.000,00 – Valor fixado a título de astreintes que se encontra em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação – Recurso da Autora parcialmente provido e recurso do Réu improvido. (TJ-SP - Apelação APL 00045398920118260562 SP 0004539-89.2011.8.26.0562)

Portanto, de acordo com as jurisprudências, o que devemos entender como primordial para a exigência da reparação, é que deve ficar comprovado liame entre a conduta e o dano; logo, não havendo a confirmação, não há que se falar em responsabilidade civil médica.

## **6.2 Distinção entre Erro Médico e Erro Profissional**

De início, seria mais adequado distinguirmos saúde de doença antes de iniciarmos a conceituação de erro médico: saúde é o contentamento do indivíduo, o prazer, satisfação no seu sentido mais amplo; enquanto que doença é tudo o que o afaste de tal situação.

Como a atividade médica é confortada em procedimentos técnicos essenciais a luta contra a doença, o erro médico seria a não obtenção daquele fim.

Portanto, é qualificado o erro médico como falha no exercício da profissão, em razão de

um mau resultado ou um resultado contrário ou divergente do esperado, em parceria com o comportamento comissivo ou imperito, negligente ou imprudente.

Porém, existem situações em que o enfermo poderá sofrer um dano para o tratamento de um mal maior, ressalte-se o que foi citado em outro momento deste trabalho, como por exemplo, a quimioterapia em pessoas diagnosticadas com câncer, onde as mesmas ficam completamente indispostas, e que na maioria das vezes também é atingindo os órgãos digestivos e o sistema imunológico, tendo como consequência desse tratamento, um aumento nas possibilidades de contraírem novas doenças. Neste caso, não se evidencia erro médico tendo em vista que o meio utilizado pelo profissional é o menos gravoso, pois embora o tratamento quimioterápico produza efeitos danosos ao organismo, o mesmo é necessário para combater a doença.

Fica evidenciado o erro do profissional quando o procedimento aplicado é correto, no entanto, a atuação do médico é errônea. Esse erro é punível na esfera civil por denominar-se “erro inescusável”, não justificável; possibilitando, nesse caso, o dever de reparação.

Exemplo de erro médico seria a de um cidadão com perfeita saúde visual onde após submeter-se à intervenção cirúrgica nas vistas, acaba perdendo a visão de uma delas em decorrência do médico, erroneamente, ter feito um pequeno corte indevido ou desnecessário, na qual não tem probabilidade alguma de reversibilidade.

Dessa forma e sem dúvida alguma, o médico será responsabilizado pela conduta danosa, pois, ficou incontestável a sua conduta errônea no procedimento cirúrgico ao ter feito um corte na vista do paciente, cegando posteriormente o mesmo.

O erro profissional fica demonstrado em razão de uma técnica inapropriada do mesmo. Um exemplo hipotético de uma técnica inapropriada é quando são inseridos fortes ácidos no rosto do paciente para o tratamento de acnes, quando o verdadeiro problema disso é uma questão hormonal, ou seja, desde logo deveria ser sanado a irregularidade da taxa hormonal para em seguida cuidar das manchas na face do paciente.

No caso supracitado, tal erro médico é denominado “erro escusável”, ou seja, constitui-se erro justificável em se tratando de técnica conhecida e utilizada, usualmente.

Entretanto, não podemos confundir erro profissional com imperícia, imprudência ou negligência.

Mais um caso de erro profissional se concretiza quando o médico deixa de intervir no momento certo para realização de um procedimento cirúrgico em vítima de facada, em razão da vítima não apresentar nenhum sintoma ligado ao ferimento de órgãos maciços na cavidade abdominal. Contudo, a vítima vem a falecer horas depois em virtude da facada ter atingido profundamente seus órgãos internos sem que, no entanto, o profissional não tenha observado esses ferimentos.

No entanto, qualquer profissional, no exercício de sua profissão, tem o condão de utilizar-se dos meios mais adequados e de agir com diligência, ainda mais o profissional da

saúde que trabalha diariamente com o bem mais precioso que temos: a vida!

Logo, o profissional que agir de forma dolosa ou culposa, e o resultado como consequência desse erro sobrecarregar no paciente, sofrendo qualquer tipo de dano, nascerá o dever de indenizar.

### **6.3 Análise do Erro Médico**

É uma tarefa extremamente árdua e dificultosa aos operadores do Direito, e em especial aos aplicadores do Direito a caracterização do erro médico, tendo em vista que as demandas indenizatórias crescem de maneira assustadora.

As vítimas juntamente com seus advogados têm a missão de demonstrar de todas as maneiras as evidências da má prática do profissional, sendo completamente contrária a tarefa da outra parte, onde tenta demonstrar, respaldada em compêndios científicos e laudos periciais, que em momento algum se afastou da Ciência Médica. Deste modo, é tarefa completamente embaraçada ao magistrado de estabelecer o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do profissional, se houve culpa, e por fim o resultado danoso ao paciente.

Nesta etapa final, o sustento e a base que o julgador poderá se agarrar será em todas as provas que as partes trouxeram aos autos, e também das provas que o próprio magistrado determinou que fossem prestadas pelas partes e peritos para o seu convencimento e convicção final tais como: o depoimento pessoal do profissional; testemunhas; prova documental; inspeção judicial; presunções; prova pericial.

Logo, se o juiz entender que ficou provado os indícios de autoria e materialidade, deverá o mesmo julgar procedente a demanda indenizatória, considerando o médico responsável pelo dano.



## 7. METODOLOGIA DA PESQUISA CIENTÍFICA

A abordagem metodológica utilizada para esta pesquisa foi a exploratória, com a revisão de literatura na área do Direito Civil delimitando o tema Erro Médico.

A escolha pela pesquisa exploratória facilita o conhecimento do problema abordado e ajuda na construção de hipóteses (GIL, 2009, p. 41). “[...] busca apenas levantar informações a cerca de um determinado objeto, delimitando assim um campo de trabalho, mapeando as condições de manifestação desse objeto” Severino (2007 p.123). Dessa forma proporciona maior familiaridade com o problema tornando-o explícito ou possibilitando criar hipóteses sobre o assunto.

Este tipo de pesquisa objetiva dar uma explicação geral sobre determinado fato, através da delimitação do estudo, levantamento bibliográfico, leitura e análise de documentos. [...] desenvolve estudos que dão uma visão geral do fato ou fenômeno estudado. Em regra geral, um estudo exploratório é realizado quando o tema escolhido é pouco explorado [...] (OLIVEIRA, 2007, p.75).

Gil (2008, p.29) também expõem que:

As pesquisas exploratórias têm como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, tendo em vista a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores [...] apresentam menor rigidez no planejamento. Habitualmente envolvem levantamento bibliográfico e documental, entrevistas não padronizadas e estudo de caso. Procedimentos de amostragem e técnicas quantitativas de coleta de dados não são costumeiramente aplicados nestas pesquisas [...] as pesquisas exploratórias constituem a primeira etapa de uma investigação mais ampla.

A revisão de literatura realizada na pesquisa exploratória também é conhecida como pesquisa bibliográfica. Serão consultados livros, artigos científicos, doutrinas e jurisprudências referentes ao tema da pesquisa propondo assim uma análise de diversos conceitos; uma vez que este tipo de pesquisa permite ao pesquisador uma cobertura ampla do contexto abordado, auxiliando também na investigação histórica que será trabalhada.

Gil (2009a, p.61) explica que o [...] levantamento bibliográfico preliminar pode ser entendido como um estudo exploratório que possui a finalidade de proporcionar a familiaridade do aluno com a área de estudo no qual está interessado, bem como sua delimitação.

De acordo com Gil (2009, p.44):

A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho desta natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas.

Serão pesquisados como fontes bibliográficas:

- Livros de leitura corrente que são livros de conhecimento científico da área e publicações periódicas que são jornais e revistas científicas, sendo que a pesquisa inicia-se com obras de 2001 até 2015;
- Fontes de referência que são dicionários e enciclopédias especializadas.

Foram feitos levantamentos de literatura destinado a coletar textos referentes ao tema da pesquisa; leitura e o fichamento desses textos para contribuir com a redação da pesquisa.

Levando em consideração o problema investigado, entende-se que a abordagem da pesquisa será qualitativa. Flick (2009, p.16) define a pesquisa qualitativa:

[...] é a pesquisa não quantitativa ou não padronizada [...] usa o texto como material empírico (em vez de números), parte da noção da construção social das realidades em estudo, está interessada nas perspectivas dos participantes, em suas práticas do dia a dia e em seu conhecimento cotidiano relativo à questão em estudo.

Os resultados serão tabulados e apresentados com o intuito de contribuir para futuras intervenções práticas de profissionais que atuem nesta área.

## 8. CONCLUSÃO

A presente monografia é de extrema importância uma vez que a análise do erro médico já existe desde o início de sua profissão, sem contar também que situações como essa vêm crescendo abundantemente em todo o mundo, pois sempre nos deparamos com situações parecidas em noticiários, dia a dia ou até mesmo com nossa família.

O Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02) é contemplado pelo instituto da responsabilidade civil, tendo como pressuposto a reparação do dano causado a outrem em razão da ação ou omissão, ou ainda de fato ilícito causado por outrem.

A obrigação de indenizar está prevista no artigo 927 em seu parágrafo único do Código Civil, onde determina que aquele que causar dano a outrem será obrigado a indenizar, independentemente, de culpa.

A natureza jurídica da relação entre médico e paciente é de suma importância para a determinação da responsabilidade civil do médico. Em torno desse aspecto que ocorre diversas divergências doutrinárias a respeito da relação de ambos serem contratual ou extracontratual, ou em quais casos a responsabilidade do profissional é objetiva ou subjetiva, ou ainda em quais especialidades médicas a obrigação do médico é de meio ou fim.

Para que se confirme o erro médico, os magistrados devem se basear nas provas trazidas aos autos e também por eles determinadas para a caracterização do seu convencimento, como por exemplo, prova pericial e documental, depoimento profissional, da vítima, testemunhal. E se caso, o juiz entender que as provas foram convincentes, o mesmo julgará como procedente a ação, obrigando que o profissional indenize seu paciente pelo dano sofrido. Entretanto, na prática essa análise é muito complexa aos operadores do Direito.

É admitida atualmente em nosso ordenamento jurídico a responsabilidade objetiva quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano, por si só implicar riscos para o direito de outrem conforme determina nosso Código Civil (Lei 10.406/02) em seu parágrafo único do artigo 927.

Não se deve autorizar a banalização da profissão médica, temos que ter em mente que essa profissão é de mega importância mundialmente, pois é responsável pela cura, prolongamento e permanência da vida.

No entanto, os profissionais da saúde são pessoas como qualquer outra, são seres humanos de carne e osso, e não deuses intocáveis que não podem ser penalizados de certa forma, logo, também estão sujeitos às falhas como profissionais de qualquer outro segmento também. A justiça deve ser feita independente de profissão, poder, raça, religião, opção sexual e etc., porém, não devemos corromper uma digna e extraordinária profissão como as da saúde.

Por fim, destaca-se que o exercício dessa profissão além de ofício, é arte, não havendo margem para erros, pois é dever do profissional ajudar seus e nossos irmãos a terem uma

qualidade de vida melhor, ainda que seja árduo, pois, além de uma vida tranquila, tenho certeza que é o desejo de todos morrerem dignamente, com o valor que o ser humano tem e possui; destarte, o corpo e a vida humana não são “bonecos” nas mãos daqueles que não sabem manusear algo tão valoroso e divino, sendo tarefa da justiça punir aqueles profissionais que violem esse direito tão magnífico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEBÊ morre na Bahia após imprudência médica, diz família. Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2011/08/bebe-nasce-morto-na-bahia-apos-imprudencia-medica-diz-familia.html>. Acesso em: 07 de julho de 2016.
- BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CROCE, Delton e JUNIOR CROCE, Delton. **Erro médico e o direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) São Paulo: Saraiva, 2002.
- FLICK, Uwe. **Desenho da pesquisa qualitativa**. Porto Alegre: Artmed, 2009. 164 p.
- FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.
- GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 175 p.
- \_\_\_\_\_. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 199 p.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência**. 6. ed. atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1995.
- OLIVEIRA, Maria Marly. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 65.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.121.