



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

THIAGO HONORATO DE LIMA

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: A JUDICIALIZAÇÃO
E A VULNERABILIDADE DO PROFISSIONAL MÉDICO**

**Assis/SP
2019**



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

THIAGO HONORATO DE LIMA

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: A JUDICIALIZAÇÃO
E A VULNERABILIDADE DO PROFISSIONAL MÉDICO**

Projeto de pesquisa apresentado 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.

**Orientando: Thiago Honorato de Lima
Orientador: Prof. Ms. Leonardo de Gênova**

**Assis/SP
2019**

FICHA CATALOGRÁFICA

L732r	<p>LIMA, Thiago Honorato. Responsabilidade civil médica: a judicialização e a vulnerabilidade do profissional médico / Thiago Honorato de Lima. – Assis, 2019.</p> <p>48p.</p> <p>Trabalho de conclusão de curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA</p> <p>Orientador: Ms. Leonardo de Gênova</p> <p>1. Responsabilidade profissional. 2. Erro médico. 3. Judicialização. CDD: 342.156</p>
-------	--

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: A JUDICIALIZAÇÃO E A VULNERABILIDADE DO PROFISSIONAL MÉDICO

THIAGO HONORATO DE LIMA

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

Orientador: _____
Prof. Ms. Leonardo de Gênova

Examinador: _____
Prof.^a Ms. Gisele Spera Máximo

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao Heitor, meu filho, o qual é minha inspiração constante.

“Não sei se o mundo é bom, mas ele está melhor porque você chegou, e explicou o mundo pra mim” (Espatódea - Nando Reis).

AGRADECIMENTOS

Ao professor Ms. Leonardo de Gênova, pela orientação singular e constante estímulo transmitido no decorrer do trabalho.

Agradeço a minha esposa, Micaela, por ser a pedra angular, cujo companheirismo me proporcionou chegar até aqui; também pela serenidade e compreensão que demonstrou durante toda minha trajetória universitária.

EPÍGRAFE

*“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares
o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”.*
(Eduardo Juan Couture)

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo discorrer a respeito da responsabilidade civil, com a ótica no erro médico. A princípio, estudaremos os aspectos gerais da responsabilidade civil no ordenamento jurídico nacional. Em seguida, abordaremos a responsabilidade civil no âmbito médico, natureza jurídica, obrigações, entre outros aspectos. E por fim, fundindo medicina e direito, analisaremos dados estatísticos sobre ações judiciais na área médica e julgados dos tribunais para verificar qual o critério utilizado para se chegar a uma sentença justa.

Palavras-chave: Responsabilidade profissional; Erro médico; Judicialização.

ABSTRACT

This paper aims to discuss civil liability, with a view over the medical error. To begin with, we will study the general aspects of civil liability in the national legal order. We will then deal with civil liability in the medical field, legal nature, obligations and so on. And finally, by merging medicine and law, analyzing statistical data on lawsuits in the medical field and judged by the courts to see which criterion is used to reach a fair sentence.

Keywords: Professional Responsibility; medical error; judicialization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL.....	14
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.	16
2.3 BREVE RELATO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
2.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE.....	18
2.4.1 Responsabilidade civil e penal.....	18
2.4.2 Responsabilidade contratual (artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes) ou extracontratual (artigos 186 a 188 e 927 a 954).....	18
2.4.3 Responsabilidade civil objetiva e subjetiva (clássica).....	19
2.5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	19
2.5.1 Ação ou omissão	19
2.5.2 Dolo ou culpa.....	20
2.5.3 Relação de causalidade ou nexu causal.....	22
2.5.4 Dano.....	24
3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	25
3.1 A MEDICINA E A EVOLUÇÃO	25
3.2 ERRO MÉDICO / ACIDENTE IMPREVISÍVEL / MAL INCONTROLÁVEL	26
3.3 NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS MÉDICOS	27
3.4 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO	28
3.5 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	30

3.6	DIREITOS E RESPONSABILIDADES DO MÉDICO	32
4	ERRO MÉDICO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	35
4.1	DIREITO VERSUS MEDICINA	35
4.2	ANÁLISE DE DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE DEMANDAS JUDICIAIS NO BRASIL SOBRE ERRO MÉDICO	36
4.3	ANÁLISE DE JULGADOS DOS TRIBUNAIS NACIONAIS SOBRE ERRO MÉDICO	39
5	CONCLUSÃO	42
	REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O trabalho de conclusão de curso em tela tem o escopo de analisar dados estatísticos e julgados proferidos pelos tribunais brasileiros nas demandas relacionadas ao chamado erro médico, assunto ordinário e polêmico, sob a luz da responsabilidade civil. O tema em questão é complexo, pois, quando falamos em erro médico, logo vem à mente que o profissional executou o ato de forma culposa (imprudência, negligência e imperícia), gerando um dano ao paciente. Entretanto, muitas vezes esse dano sofrido pelo consumidor não é originário da conduta médica, e sim decorrente de caso fortuito, força maior, ou até mesmo provocado pelo próprio paciente.

O atual trabalho não tem o objetivo de defender toda e qualquer conduta médica, mas sim de analisar dados e jurisprudência referente ao assunto.

O ordenamento jurídico é taxativo em dizer que o causador do dano tem o dever de reparação, desde que existentes os pressupostos da responsabilidade civil.

Desde o princípio da vida em que o homem se organizou em sociedade, o ser humano passou a buscar métodos de curas para as mazelas existentes a cada época, garantindo o bem-estar e possibilitando a constante manutenção e preservação do bem maior tutelado pela Carta Magna de 1988: a vida.

Sem pestanejar, a figura do médico foi e é essencial para todos. Antigamente, os indivíduos que tinham o dom de curar alguém eram considerados um deus. Até pouco tempo atrás, o profissional da medicina era respeitado e aclamado pela população.

Nos dias atuais, isso já não existe. A imagem do médico como um ser poderoso se fragilizou e tornou-se um indivíduo comum e pouco respeitado na medida em que a comunidade passou a ter discernimento de seus direitos e a buscar amparo na seara judicial.

Nas últimas décadas, o mundo sofreu um enorme avanço tecnológico do qual a Medicina se utilizou e evoluiu junto. Mesmo com todo esse desenvolvimento, seguindo protocolos e diretrizes, tem ocorrido um aumento significativo de demandas judiciais contra médico, ações estas demandadas por vítimas de erro médico que sofreram um dano e buscam uma reparação.

Todo ato executado por um médico gera um resultado, positivo ou negativo. Caso o enfermo sofra um dano, ele poderá se utilizar do judiciário para pleitear o que lhe é de

direito: a indenização. Já o profissional da área médica será enquadrado na responsabilidade civil se os requisitos estiverem presentes.

Destarte, o profissional em estudo encontra-se fragilizado no executar de suas atribuições em razão das inúmeras demandas (muitas vezes infundadas) indenizatórias que podem surgir.

O ordenamento jurídico nacional, mais especificamente o Código de Defesa do Consumidor, aduz que a relação médico-paciente é uma relação de consumo, protegendo os consumidores, parte hipossuficiente e vulnerável. Essa hipossuficiência não está restrita apenas à parte econômica, mas também em relação ao conhecimento técnico.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL

Nos últimos tempos tem se falado muito em responsabilidade. Mas o que é responsabilidade à luz do Direito?

Pablo Stolze Gagliano assim a conceitua:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados. Sobre o tema, inclusive, o *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas* apresenta o seguinte verbete, perfeitamente compatível com a tese aqui defendida: 'RESPONSABILIDADE. S. f. (Lat., de *respondere*, na acep. de assegurar, afiançar.) Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito' OBS. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado. (GAGLIANO, 2018, p. 54)

A responsabilidade civil, em decorrência de sua amplitude e complexidade, bem como por ser peculiar a todos os ramos do ordenamento jurídico, não apenas ao direito privado, não está adequadamente arquitetada na legislação tampouco na doutrina e jurisprudência. Por isso, todos que têm a intenção de escrever sobre a temática encontrarão um grande desafio.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais, e no prodigioso avanço tecnológico, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos a integridade da vida humana. (DINIZ, 2018, p. 19)

Nesse sentido, faz-se necessário diferenciarmos obrigação e responsabilidade.

O primeiro termo diz respeito ao dever jurídico originário¹, que é a conexão legal conferida ao credor o direito de reivindicar frente ao devedor a execução de determinada prestação.

¹ **Dever jurídico originário e sucessivo** – Todo aquele que violar direito e causar dano a outrem comete **ato ilícito** (Código Civil, artigo. 186). Complementa esse artigo o disposto no artigo. 927, que diz: “Aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. A responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos a violação do dever jurídico e o dano. Há um **dever jurídico originário**, cuja violação gera um **dever jurídico sucessivo** ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo. *Responsabilidade civil* é, assim, um **dever jurídico sucessivo** que surge para recompor o dano decorrente

Essa relação pessoal tem caráter passageiro, ou seja, extingue-se após o cumprimento da prestação e deve ser livre e espontânea. Já o segundo aduz sobre dever jurídico sucessivo ou secundário², ocorre quando há um inadimplemento, ou seja, surge quando o devedor não cumpre de forma natural a obrigação, acarretando a diminuição de seu patrimônio (indenização). Logo, toda ação humana que, ao descumprir um dever jurídico originário, causar prejuízo a outrem, será fonte geradora de responsabilidade, ou dever jurídico secundário.

Para Cavalieri Filho, é clara a distinção entre a obrigação e a responsabilidade:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. (CAVALIERI FILHO, 2015, p.16 e 17)

No âmbito jurídico, responsabilidade pressupõe o fato danoso cometido por alguém, a princípio atuando de forma ilícita, violando o ordenamento jurídico existente, ficando refém das consequências em decorrência de seus atos (obrigação de reparar / indenizar). Pablo Stolze aduz:

Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a **responsabilidade civil** deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas. (GAGLIANO, 2018, p. 898)

Segundo Maria Helena Diniz a responsabilidade tem dupla função: “a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a práticas de atos lesivos”. (DINIZ, 2018, p. 25)

A responsabilidade civil sustenta-se na ideia de culpa - *lato sensu* (dolo) ou *stricto sensu* (negligência, imprudência, imperícia). O Código Civil, em seu artigo 186³, indica o que se

da violação de um dever jurídico **originário**. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2017)

² Ibidem. Carlos Roberto Gonçalves.

³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Vade Mecum JusPodivm: 2018 / Salvador: 3.ed.,2018. p. 206.

entende por culpa. Destarte, o executor fica obrigado a reparar o dano causado a vítima – artigo 927, Código Civil⁴.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com a proclamação da Carta Magna de 1988, originou-se, por determinação legal, a proteção e defesa do consumidor, amparada como cláusula pétrea. O disposto no Título II, Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos, artigo 5º, inciso XXXII, dispõe: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (VADE MECUM, 2018). Desta forma, o código intitulado como Código de Defesa do Consumidor, permite ao Estado proteger e equilibrar as relações de consumo. Dentre os vários princípios existentes na Carta Cidadã de 1988, encontramos o princípio de ordem econômica, previsto no artigo 170, inciso V:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor (VADE MECUM, 2018. p. 89).

Para mais, o legislador constitucional nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em seu artigo. 48⁵ prevê a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

Isto posto, o Código de Defesa do Consumidor, ao ser criado por expressa determinação constituinte e ao ser autodeterminar norma de ordem pública e de interesse social⁶, assegurou sua aplicação, enquanto microssistema legal, a todos os ramos do direito, em que a presença do consumidor possa ser encontrada. Portanto, sempre que houver uma relação de consumo, a lei consumerista poderá ser aplicada, não importando se tratar de relação negocial ou extranegocial, isto porque os princípios existentes no Código Consumerista terão incidência em todo ordenamento jurídico vigente, assegurando assim os direitos do consumidor e equilibrando a relação entre eles.

⁴ Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Vade Mecum JusPodivm: 2018 / Salvador: 3.ed.,2018. p. 240.

⁵ Art. 48 – O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. Vade Mecum JusPodivm: 2018 / Salvador: JusPodivm, 3.ed.,2018. p. 110.

⁶ Art. 1 - O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. Vade Mecum JusPodivm: 2018 / Salvador: JusPodivm, 3.ed.,2018. P. 839.

2.3 BREVE RELATO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, assim como outros institutos, tem sua origem no Direito Romano:

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido. É dessa visão do delito que parte o próprio Direito Romano, que toma tal manifestação natural e espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade para permiti-la ou excluí-la quando sem justificativa. Trata-se da Pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas.

Ressalte-se, contudo, como se sabe, que o Direito Romano não manifestava uma preocupação teórica de sistematização de institutos, pois sua elaboração se deu muito mais pelo louvável trabalho dos romanistas, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões dos juízes e dos pretores, pronunciamentos dos jurisconsultos e constituições imperiais. Há, porém, ainda na própria lei mencionada, perspectivas da evolução do instituto, ao conceber a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se a aplicação da pena de Talião. Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens. (GAGLIANO, 2018, p. 61)

Nossa cultura ocidental nos remete às origens da era Romana, a qual foi o nascedouro do instituto da responsabilidade civil, como visto no texto supracitado.

A responsabilidade em estudo teve sua referência com *Lex Aquilia*. Tamanha foi sua importância que se originou o nome de “responsabilidade civil delitual ou extracontratual”.

O multicitado Pablo Stolze discorre sobre o assunto:

Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da *Lex Aquilia*, cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual. Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. Se seu primeiro capítulo regulava o caso da morte dos escravos ou dos quadrúpedes que pastam em rebanho; e o segundo, o dano causado por um credor acessório ao principal, que abate a dívida com prejuízo do primeiro; sua terceira parte se tornou a mais importante para a compreensão da evolução da responsabilidade civil. Com efeito, regulava ela o *damnum injuria datum*, consistente na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário de coisa lesada, a influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor fizeram com que se construísse uma efetiva doutrina romana da responsabilidade extracontratual. (GAGLIANO, 2018, p. 62)

Foi com a era Aquilia que começou a diferenciação entre responsabilidade civil e penal.

2.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

2.4.1 Responsabilidade Civil e Penal

Na era Romana não havia distinção entre responsabilidade civil e penal. Havia apenas uma suave diferença entre elas, apesar disso, a responsabilidade permanecia sendo penal. O ressarcimento em pecúnia passou a ser uma forma singular de punição em casos não criminosos, ou seja, em casos civis.

Carlos Roberto Gonçalves discorre sobre o tema em sua obra, pontuando:

Entre os romanos não havia nenhuma distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Tudo, inclusive a compensação pecuniária, não passava de uma pena imposta ao causador do dano. A *Lex Aquilia* começou a fazer uma leve distinção: embora a responsabilidade continuasse sendo penal, a **indenização pecuniária** passou a ser a única forma de sanção nos casos de atos lesivos não criminosos. (GONÇALVES. 2017. p. 53)

Como visto anteriormente, a *Lex Aquilia* foi extremamente importante para a evolução da responsabilidade civil.

2.4.2 Responsabilidade Contratual (artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes) ou Extracontratual (artigos 186 a 188 e 927 a 954)

A primeira espécie de responsabilidade se baseia no não cumprimento de uma obrigação prevista no instrumento particular, seja este expresso ou tácito; em outras palavras, é o descumprimento do avençado. Um claro exemplo dessa relação é quando se toma um ônibus, porém no decorrer do trajeto acontece um acidente, ferindo o passageiro e, conseqüentemente, tendo a parte contrária o dever de reparar o dano ocasionado⁷. A segunda, também conhecida como aquiliana, é quando o causador do dano infringe um dever legal. Entretanto, aqui não há vínculo jurídico entre os envolvidos (vítima e autor do dano).

A diferença mais significativa em relação a responsabilidade contratual e extracontratual está no ônus da prova, pois na responsabilidade aquiliana o ônus é da vítima. Já, na responsabilidade contratual, o ônus é do autor do dano.

⁷ Art. 389 - Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Vade Mecum JusPodivm: 2018 / Salvador: JusPodivm, 3.ed.,2018. p. 216.

2.4.3 Responsabilidade civil objetiva e subjetiva (clássica)

A responsabilidade objetiva, ou teoria do risco ou legal, é quando a lei determina (para certas pessoas e em algumas situações) que o causador do dano, independente de culpa ou dolo, indenize a vítima. Como nos ensina Pablo Stolze:

As teorias objetivistas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente. É de ressaltar que o movimento objetivista surgiu no final do século XIX, quando o Direito Civil passou a receber a influência da Escola Positiva Penal.

Como já deve ter sido percebido, o sistema material civil brasileiro abraçou originalmente a teoria subjetivista, conforme se infere de uma simples leitura do art. 186 do Código Civil de 2002, que fixa a regra geral da responsabilidade civil. (GAGLIANO, 2018, p. 66)

Para esta teoria objetiva, a existência de dano e causalidade já é motivo para indenização, mesmo não havendo culpa por parte do causador do dano. Já para a responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa, adotada pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 186, tem a culpa como fundamento da responsabilidade civil, em outras palavras, se não há culpa, não existe a responsabilidade. Portanto, a culpa é um pressuposto necessário para que haja um dano indenizável.

2.5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em análise do artigo 186, do Código vigente, podemos encontrar quatro elementos basilares da responsabilidade civil, considerados seus pressupostos: ação ou omissão, dolo ou culpa, relação de causalidade (também denominado de nexos causal) e, por fim, o dano.

2.5.1 Ação ou omissão

O ordenamento jurídico nacional diz que qualquer pessoa que causar dano a outrem tem o dever de indenizá-lo. Essa ação ou omissão pode ser: a) por ato próprio, que é quando o próprio causador causa dano a outro indivíduo; b) por ato de terceiro (artigo 932, Código Civil de 2002) que esteja sob tutela ou curatela do agente; c) por animal (artigo 936, Código Civil de 2002) ou objeto (artigo 937 e 938, Código Civil de 2002) que esteja sob a guarda do agente – em regra, utilizasse a teoria objetiva. Isso é decorrente do crescente número de acidentes, no qual essas vítimas não devem ficar sem reparação de dano.

2.5.2 Dolo ou culpa

No início do artigo supra, no trecho “ação ou omissão voluntária”, refere-se ao dolo, que é a vontade intencional de executar / violar o ordenamento jurídico. Já a culpa (falta de cuidado), é referida no trecho “negligência ou imprudência”.

Nesse sentido, Aguiar Dias (1979), bem destacado pelo estudioso Venosa destaca que:

A culpa é a falta de diligência na observação da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude. (DIAS, apud VENOSA, 2018, p. 471)

Finaliza Rui Stoco (1999:66) apud Venosa:

[...] a culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliciedade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. (STOCO apud Venosa, 2018, p. 471)

Segundo a teoria adotada pelo Código Civil atual, para que a vítima seja indenizada, ela precisa provar a culpa ou dolo do agente, mas muitas vezes provar isso se torna difícil. Entretanto, em alguns casos específicos, nossa legislação toma por base a teoria do risco (objetiva), não sendo necessário provar a culpa do agente: este indeniza a vítima sem a prova da culpa (artigo 927, Código Civil de 2002). Neste contexto, podemos falar em culpa presumida, na qual a lei facilitou aos lesados a tarefa a eles incumbida, de provar a culpa do agente, estabelecendo a presunção de culpa. Em outras palavras, inverte-se o ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor), portanto a vítima não precisa provar a culpa do causador do dano, pois já é presumida. O lesado só tem de provar a relação de causa e efeito entre o ato praticado pelo causador e o dano.

Havendo, pois, culpa concorrente, causada ao mesmo tempo pelo autor do dano e pela vítima, ambos arcam com a responsabilidade, de acordo com o grau de culpa de cada um. Assim, a indenização poderá ser reduzida pela metade, se a culpa da vítima corresponder a uma parcela de 50%.

Nesse viés, o artigo 945 do Código Civil de 2002, afirma: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Já, se a culpa for exclusiva da vítima, desaparecerá a responsabilidade do agente. Nesta situação, não existe relação

de causa e efeito entre o ato do agente e o prejuízo sofrido pelo lesado. Um bom exemplo para a compreensão do tema é supor um motorista dirigindo por uma estrada, respeitando todas as regras de trânsito e de repente uma pessoa com a intenção de se matar se joga na frente do carro. Neste caso, não há nexo de causalidade e efeito entre a ação do motorista e os prejuízos sofridos pela vítima (ferimentos ou morte).

Segundo Gonçalves (2017), a culpa *lato sensu* (dolo) é indispensável para que o agente tenha a obrigação de indenizar a vítima.

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil. (GONÇALVES, 2017. p. 185)

Portanto, não basta ter o fato danoso, tem que haver também a culpa do autor da conduta delituosa.

Se o agente atua de forma proposital, diz-se que ocorreu *culpa lato sensu*, que consiste no querer, na vontade consciente de causar dano a outrem. Já a *culpa stricto sensu* ou aquiliana é decorrente do comportamento negligente ou imprudente do agente. Em ambas modalidades, a culpa está presente e provoca desrespeito de um dever de cuidado, caracterizada pela imperícia (incapacidade técnica ou falta de habilidade por parte do agente que executa sua profissão ou arte), imprudência (quando o agente executa um ato sem a devida cautela), ou negligência (consiste na omissão do agente, quando este deveria observar as normas com cautela).

Para fins de reparação do dano, inexistente a distinção entre dolo e culpa levíssima. A culpa levíssima só é evitável se a atenção do agente for extraordinária. Por sua vez, a culpa leve é caracterizada pela falta de atenção comum, podendo ser evitada se o agente está focado. A culpa grave é quando o agente não prevê o que todos podem antecipar ou prever. Tal culpa é decorrente de uma transgressão mais severa do dever de cuidado que o homem mediano deveria ter, resultando de uma negligência extrema. A culpa grave assemelha-se ao dolo.

Após o dano e provado a responsabilidade do autor do fato, a reparação deve ser efetuada. A indenização é calculada em cima da extensão do dano, e não pelo grau de culpabilidade, como previsto no artigo 944 do Código Civil atual: “A indenização mede-se pela extensão

do dano”. Entretanto, essa regra tem sua exceção, nos termos do parágrafo único do artigo supracitado: “*Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*”.

Em alguns casos o juiz pode julgar conforme os fatos existentes na ação.

Se o agente atuou com dolo ou culpa, ele terá que indenizar. O Código Civil vigente não faz acepção entre culpa e dolo, nem entre os graus de culpa. Entretanto, há critério para aferição da culpa, no qual o zelo do agente é utilizado para medir a culpa; é a semelhança do comportamento do homem médio, que cuidadosamente antecipa o mal e prudentemente evita o dano.

Mesmo não havendo regulamento ou lei que discipline todas as atividades inerentes ao homem, é de bom tom que, em qualquer atividade, o agente deve observar com atenção sua conduta, para não lesar pessoas. A inobservância do dever de cuidado, previsto no artigo 186 do Código Civil vigente, caracteriza a culpa aquiliana (imprudência, negligência e imperícia). Em nenhum momento poderá ser imposto ao agente um zelo extremo que não seria habitualmente utilizado por um indivíduo comum. A culpa só se cogita quando o fato pode ser previsível, sendo este imprevisível, não há de se pensar em culpa.

Há também uma outra espécie de culpa, a contratual, que é quando duas pessoas ou mais adquirem, por meio de um contrato, uma relação jurídica obrigacional, na qual a parte inadimplente (devedor) responde por perdas e danos, como previsto no artigo 389 do Código Civil de 2002. Neste caso, o credor terá de comprovar o atraso do devedor, porém não necessitará atestar a culpa do inadimplente porque, em regra, se presume culpado. O devedor, por sua vez, invertendo o ônus da prova, deverá provar que sua mora foi em decorrência de caso fortuito, força maior ou de qualquer outra excludente de responsabilidade, para tentar afastar a culpa a ele alegada. Ademais, a culpa extracontratual, também conhecida como aquiliana, é quando o causado do dano infringe um dever legal. Entretanto, aqui não há vínculo jurídico entre os envolvidos (vítima e autor do dano).

2.5.3 Relação de causalidade ou nexos causal

Entre o ato praticado pelo agente e o dano causado a vítima deve existir uma ligação, ou seja, nexos causal ou relação de causalidade. Neste caso, o que une o fato ao dano é a prova.

Marcelo Oliveira Câmara aduz: “Podemos concluir que a prova é o centro que une o fato ao dano. Caso não ocorra a sua demonstração inexistente relação de causalidade, por consequência, obrigação de indenizar”.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

O conceito de nexa causal, nexa etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexa causal. (VENOSA, 2018. p. 506)

De forma clara e objetiva, nexa causal é o que liga o causador do dano à vítima, portanto o agente fica expressamente obrigado a reparar o dano causado. Entretanto, há ressalva a esse nexa de causalidade e dever de reparação: são as excludentes de ilicitude, previstas no artigo 393, do Código Civil de 2002: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”, afastando a responsabilidade do agente.

O artigo 403, do Código Civil do Vade Mecum Jus Podivm (2018, p. 216) no tocante ao nexa de causalidade, dentre as várias teorias, adotou a teoria do dano direto e imediato, a saber: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Portanto, não é reparável o chamado dano remoto⁸. A teoria em questão é uma mescla entre a teoria da equivalência das condições e da causalidade adequada. Ou seja, o agente responde, assim, somente pelos danos que resultam direta e imediatamente, quer dizer, proximamente, de sua conduta.

No entanto, existem fatos que interferem nos eventos ilegais e rompem o nexa de causalidade, excluindo a responsabilidade do causador do dano. Neste contexto, podemos

⁸ Não é, portanto, indenizável o chamado “dano remoto”, que seria consequência indireta do inadimplemento, envolvendo lucros cessantes para cuja caracterização tivessem de concorrer outros fatores. Se alguém, por exemplo, sofre um acidente automobilístico no instante em que se dirigia ao aeroporto para uma viagem de negócios, pode responsabilizar o motorista causador do dano pelos prejuízos que resultarem direta e imediatamente do sinistro, como as despesas médico-hospitalares e os estragos do veículo, bem como os lucros cessantes, referentes aos dias de serviço perdidos. Mas não poderá cobrar os danos remotos, atinentes aos eventuais lucros que poderia ter auferido, se tivesse viajado e efetuado os negócios que tinha em mente. É que esses danos, embora filiados a ato do motorista, acham-se muito distantes deste e podem ter outras causas. Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil, 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado)/coordenador Pedro Lenza). p. 214.

falar nas excludentes de responsabilidade, como por exemplo, estado de necessidade, legítima defesa, culpa da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

2.5.4 Dano

A soma dos fatores ação ou omissão, culpa ou dolo e relação de causalidade resulta em dano. Segundo o RSTJ, 63:251: “O *dano* é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar”. (apud DINIZ, 2018, p. 77)

Havendo violação de um dever jurídico por parte do agente, seja no âmbito da culpa ou dolo, este não tem a obrigação de reparar se não causou prejuízo.

A responsabilidade é uma reação provocada pela infração de um dever preexistente. No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, **nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo**. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude de sua conduta. (GONÇALVES, 2017, p. 61)

Portanto, para que haja indenização, concomitantemente deve haver a violação de direito e o dano.

Nas palavras de Maria Helena Diniz: “O *dano* é a lesão (*diminuição ou destruição*) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”. Isto é, toda diminuição que incide sobre nossos bens, como por exemplo, corpo, patrimônio, crédito, saúde, honra etc.

Para haver indenização, o dano deve conter alguns requisitos a saber: a) Diminuição ou destruição de um bem, seja este patrimonial ou moral, pertencente a um indivíduo; b) Certeza do dano – a lesão não pode ser hipotética. O dano tem que ser real; c) Causalidade – relação entre o fato ilícito e o prejuízo causado pelo agente; d) Subsistência do dano no momento de pleitear a indenização – se o causador do dano reparar, o pedido do prejuízo é insustentável; e) Legitimidade da vítima e f) Ausência de excludentes de responsabilidade.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

3.1 A MEDICINA E A EVOLUÇÃO

Com o passar dos tempos tudo se modificou e se modernizou, inclusive a medicina, proporcionando a todos nós diagnósticos e tratamento mais eficazes e com menos reações adversas.

Rosenvald e outros (2018) concluem:

Estamos, no século XXI, bem distantes da medicina do início e de meados do século passado. Até mesmo se nos compararmos, em linha do tempo, com algumas décadas atrás. O avanço foi assombroso, admirável. O avanço da genética nos convida a debater delicados dilemas éticos. Nasce o biodireito, para cuja formulação confluem, além do direito, a medicina e a ética. As células-tronco surgem como luminosa esperança para doenças antes incuráveis. A reprodução assistida acena para os casais - incapazes, por qualquer razão, de "engravidar" - com a preciosa promessa de um filho. Os avanços, enfim, são muitos e surpreendentes. Há alguns anos realizou-se, pela primeira vez, um transplante facial. Uma mulher que foi atacada por um cachorro e teve seu rosto desfigurado - com as capacidades de mastigar e falar comprometidas - foi submetida a 21 horas de cirurgia e recebeu uma nova face (com nariz, lábio e queixo de uma mulher que tinha sofrido morte cerebral, em caso ocorrido na França). Posteriormente, outro semelhante ocorreu nos Estados Unidos, com um homem que teve seu rosto desfigurado por uma descarga elétrica. Cresceu vertiginosamente não só o conhecimento humano em determinadas áreas - que era precário e fragmentado, embora nosso conhecimento seja sempre, conceitualmente, insuficiente, sempre em evolução. (ROSENVALD, NETTO, PEIXOTO, 2018, p. 1294)

Porém, mesmo com toda essa evolução, a carreira médica ainda continua sendo uma matéria não exata.

Nas palavras de Nelson Rosenvald e outros (2018):

Medicina, enfim, não é uma ciência tão exata como gostaríamos que fosse. As formas de abordagem e terapêutica diante do mesmo problema variam enormemente, dependendo do médico. Além do mais, conforme frisamos, os organismos humanos nem sempre respondem do mesmo modo. Quanto mais complexas forem as variáveis, mais difícil será prever, com exatidão, o que pode acontecer. Não raro, frente a um mesmo dilema técnico, médicos divergem frontalmente. Não é simples nem fácil, nesse contexto, solucionar judicialmente essas demandas, sobretudo se tivermos em conta o óbvio fato de que o juiz não dispõe, pessoalmente, de formação profissional na área médica. Não cabe, nesse contexto, segundo pensamos, que o juiz pretenda se substituir ao médico. (ROSENVALD et al., 2018, p. 1293)

Como visto no texto supracitado, existem várias abordagens e condutas terapêuticas para uma única patologia. Até mesmo porque cada organismo é singular e reage de forma distinta frente a mesma doença. Miranda-Sá Jr levanta o questionamento acerca do que

seja ser um médico, para posteriormente avançarmos na discussão sobre de suas responsabilidades e limites de atuação:

O que é um médico? Na linguagem comum usa-se a expressão médico como o agente especialmente capacitado e legalmente habilitado para diagnosticar as enfermidades e tratar os enfermos, além de desempenhar as tarefas decorrentes e dependentes destas ou a elas correlatas. O médico é, pois, o agente profissional incumbido fundamentalmente de diagnosticar as enfermidades e tratar os seres humanos enfermos. A medicina vem a ser uma abstração na qual se concretiza o trabalho dos médicos. Estes sim, o componente concreto e material deste sistema conceitual. (MIRANDA-SÁ JR., 2013. p. 264)

Como visto, o médico tem a incumbência de diagnosticar e tratar as patologias presentes nos seres humanos.

3.2 ERRO MÉDICO / ACIDENTE IMPREVISÍVEL / MAL INCONTROLÁVEL

Faz-se necessário para uma melhor compreensão do assunto, diferenciarmos erro médico do acidente imprevisível e do mal incontrolável.

Nas palavras de Genival Veloso de França:

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma atípica e inadequada de conduta profissional que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência do médico, no exercício regular de suas atividades profissionais. Devem ser levados em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.

No acidente imprevisível há um resultado lesivo, supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psíquica do paciente durante o ato médico ou em face dele, porém incapaz de ser previsto e evitado, não só pelo autor, mas por outro qualquer em seu lugar.

O mal incontrolável seria aquele decorrente de uma situação grave e de curso inexorável. Ou seja, aquele resultado danoso proveniente de sua própria evolução, em que as condições atuais de ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem uma solução. Por isso, o médico tem com o paciente uma “obrigação de meios” e não uma “obrigação de resultados. (FRANÇA, 2012, p. 547)

Vimos que o erro médico é uma inobservância técnica na conduta profissional na hora de executar o ato, produzindo um dano a outrem.

Já o acidente imprevisível decorre de um ato executado por um médico, porém o dano sofrido pela vítima é consequência de caso fortuito ou força maior e não por erro de inobservância (imprudência, imperícia e negligência).

Ademais, o mal incontrollável é oriundo de uma patologia grave, no qual nem a tecnologia e o profissional da medicina conseguem obter um resultado satisfatório. Por isso, que o profissional em estudo tem uma obrigação de meio e não de resultado.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS MÉDICOS

A responsabilidade civil do médico, à luz do Código Civil atual e do Código de Defesa do Consumidor, é subjetiva, ou seja, dependente de culpa.

Existem divergências quanto à natureza. Em regra, a corrente majoritária diz ser contratual.

Para Maria Helena Diniz, a natureza é contratual, pois o vínculo entre médico e paciente se forma na hora do atendimento.

O médico que atende a um chamado determina, desde logo, o nascimento de um contrato com o doente ou com a pessoa que o chamou em benefício do enfermo. Há, portanto, um contrato entre o médico e seu cliente, que se apresenta como uma obrigação de meio (*Ciência Jurídica*, 62:173) e não de resultado, por não comportar o dever de curar o paciente, mas sim o de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina (CDC, art. 14, § 4ª; CC, art. 951; CEM, art. 32), procurando sempre obter seu consentimento prévio e esclarecido. (DINIZ, 2018, p. 346)

No mesmo sentido discorre sobre o assunto Carlos Roberto Gonçalves:

Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam mais dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica. (GONÇALVES, 2016, p. 342)

Maria Celina Bodin de Moraes assim expõe o tema:

Questão de difícil definição se refere à natureza (contratual ou extracontratual) da responsabilidade civil do médico. A doutrina majoritária opta pela primeira alternativa, afastando, em regra, a responsabilidade aquiliana. Com efeito, aduz-se que o ofício do médico corresponderia a uma prestação de serviços *sui generis*, consistente em intervenção técnica remunerada, à qual se agregam deveres patrimoniais, a justificar a natureza contratual do dever de reparar o dano causado por erro médico.

A natureza da responsabilidade, porém, pode ser extracontratual, sendo certo que apenas as circunstâncias do caso concreto permitirão caracterizá-la. Nesse sentido, não se afasta a possibilidade de responsabilidade aquiliana em hipóteses como as de omissão de socorro, atestados falsos, quebra de sigilo profissional, dentre outras. Sem embargo da distinção, René Savatier já identificava que o fato de ser aquiliana a culpa não impedia sua apreciação à luz das regras da responsabilidade contratual, já que o médico estaria adstrito à mesma ordem de deveres em face de seus clientes, independentemente da existência de um contrato. Nesse sentido, a natureza extracontratual seria relevante apenas quanto a normas de ordem procedimental, tais como prazos prescricionais e regras de competência. (MORAES. 2016. p. 35)

Sem pestanejar, podemos afirmar que a relação médico-paciente é contratual, porém o objeto do contrato médico não é a cura (obrigação de resultado), mas a prestação de cuidados (obrigação de meio).

3.4 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

Em regra, a obrigação do médico é de “meio”. Entretanto, toda regra tem exceção, ou seja, em certos casos a obrigação do profissional em estudo pode ser de “resultado”.

Nesse viés, Genival Veloso de França, discorre sobre obrigações de meio e de resultado:

Na primeira, existe o compromisso da utilização de todos os recursos disponíveis para se ter um resultado, sem, no entanto, a obrigação de alcançar esse êxito tão legítimo. Busca-se, é claro, um resultado, mas em não se o comprimento – e inexistindo a culpa do devedor não há o que cobrar. Nesta, a relação entre o médico e o paciente se faz pela obrigação de dar a este um tratamento adequado, ou seja, um tratamento de acordo com as disponibilidades da ciência médica com os recursos disponíveis e com as condições específicas e circunstâncias de cada caso. Essa obrigação de diligência é uma obrigação geral que serve de fundamento a todos os contratos.

Na obrigação *determinada* ou *de resultado*, a prestação do serviço tem um fim definido. Se não houver o resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume o ônus por não satisfazer a obrigação que prometeu. (FRANÇA, 2012, p. 563).

Carlos Roberto Gonçalves, no tocante à obrigação de meio, declara:

Com efeito, a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de “**meio**”, e não de “**resultado**”. O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência.

Comprometem-se os médicos a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, **não se obrigando, contudo, a curar o doente**. (GONÇALVES, 2017, p.153 e 154) - grifos nossos.

Os tribunais superiores também entendem que a obrigação do médico é “meio”, e não “resultado”.

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível: AC 0022411-85.2006.8.26.0597 SP 0022411-85.2006.8.26.0597-Órgão julgador – 10ª Câmara de Direito Privado- Publicação – 11/04/2019 - Julgamento – 09 de abril de 2019- Relator – Penna Machado -Emenda: Apelação Cível. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Erro médico. Sentença de Improcedência. Inconformismo. Não acolhimento. Prestação de serviços médicos. Alegação de atendimento médico inadequado. Descabimento. Laudo Pericial detalhado e bem elaborado conclui que não foram constatados os danos físicos alegados pelo autor na Inicial, bem como que as restrições laborais e de postura são devido a existência de doença de coluna lombar, as quais não estão relacionados ao seu tratamento e, nem a seus eventuais maus resultados. Inocorrência de desídia no atendimento médico. Ademais, no caso, trata-se de obrigação médica de meio e não de resultado. Ausência de

responsabilidade da parte ré em indenizar. Inteligência do artigo 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor. Sentença de Improcedência mantida. Ratificação, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno. RECURSO NÃO PROVIDO. (BRASIL, TJ-SP, 2019)

De acordo com a doutrina e a jurisprudência, em regra, a obrigação do médico é de “meio”. Todavia, em se tratando de cirurgia plástica, a jurisprudência reconhece que tal obrigação é de “resultado”.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CIRURGIA PLÁSTICA - ERRO MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL - DEVER DE INDENIZAR AUSENTE. - Ao dever de indenizar impõe-se ocorrência de ato ilícito, nexo causal e dano, nos termos em que estatuídos nos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, - Nos casos de cirurgia plástica, a obrigação do médico é de resultado, haja vista a expectativa do paciente em modificar esteticamente parte de seu corpo que não lhe agrada. (BRASIL, TJ-MG, 2017)

Isto posto, o médico não tem na obrigação de meio, como garantir um resultado a um paciente que chega na emergência precisando de cuidados de natureza grave. O profissional da saúde, neste caso, tem o dever de aplicar todo o seu conhecimento – muitas vezes em uma fração de segundos ou minutos - para garantir a vida e o bem-estar do doente.

Diferentemente, na obrigação de resultado, o executor da medicina garante o resultado esperado pelo paciente, como por exemplo, em uma cirurgia plástica, em que o médico teve tempo para estudar e analisar o procedimento que será feito.

Após o atendimento (relação médico-paciente), em havendo dano, os médicos serão responsabilizados somente quando a culpa estiver presente. Nas palavras de Gonçalves (2017, p. 154): “Serão os médicos, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia. Daí o rigor da jurisprudência na exigência da produção dessa prova”.

Posteriormente ao dano, incumbe à vítima provar que o médico exerceu o ato de forma culposa, isto é, o que está previsto no art. 951⁹ do Código Civil e no artigo 14, § 4º¹⁰ do Código de Defesa do Consumidor.

⁹ Art. 951 - O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (Vade Mecum JusPodivm. 2018. p. 242.)

¹⁰ Art. 14, § 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (Vade Mecum JusPodivm. 2018. p. 841)

Entretanto, mesmo o médico se enquadrando na responsabilidade subjetiva, ele está sujeito ao código consumerista por ser um prestador de serviços. O artigo 6º, inciso VIII¹¹ da lei supracitada, discorre sobre a inversão do ônus da prova, permitindo ao juiz inverter o ônus, no qual o profissional deve provar que não agiu com culpa.

Outrossim, o profissional da medicina não responde apenas pelos seus atos, ele pode responder por dano provocado por terceiro que esteja sob seu comando:

O médico responde não só por fato próprio como pode vir a responder por fato danoso praticado por terceiros que estejam **diretamente sob suas ordens**. Assim, por exemplo, presume-se a culpa do médico que mandou sua **enfermeira** aplicar determinada injeção da qual resultou paralisia no braço do cliente. (GONÇALVES, 2017, p. 155).- grifos nossos.

Outra questão atinente relaciona-se ao retardamento nos cuidados ao paciente: desde que cause danos, pode gerar responsabilidade pela perda de uma chance.

Carlos Roberto Gonçalves menciona:

Assinala-se que o retardamento nos cuidados, desde que provoque dano ao paciente, pode importar em responsabilidade pela **perda de uma chance**. Consiste esta na interrupção, por determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no **futuro**, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade irremediavelmente destruída. Frustra-se a chance de obter uma vantagem futura.

Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um **dano**, que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2017, p. 155) - grifos nossos

Como visto, o dano decorrente da demora dos cuidados pode acarretar responsabilidade ao profissional médico.

3.5 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Diante de todo o exposto, é necessário fazer algumas observações.

No direito, todo ato praticado pelo advogado deve seguir uma regra, que neste cenário são os códigos processuais, como por exemplo, o Código de Processo Penal, Processo Civil, Processo do Trabalho etc.

¹¹ Art. 6, VIII - 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 de experiências. (Vade Mecum JusPodivm. 2018. p. 840.)

Na medicina não é diferente visto que todas as condutas ou atos praticados pelo profissional em estudo devem seguir uma norma ou procedimento, que nesta situação são os protocolos (clínicos ou de uso) e as diretrizes. Mas o que são protocolos e diretrizes?

Segundo o Ministério da Saúde:

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são documentos que estabelecem critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS. Devem ser baseados em evidência científica e considerar critérios de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade das tecnologias recomendadas.

Os Protocolos de Uso são documentos normativos de escopo mais estrito, que estabelecem critérios, parâmetros e padrões para a utilização de uma tecnologia específica em determinada doença ou condição. (Ministério da Saúde, in: <http://www.saude.gov.br/protocolos-e-diretrizes>.)

Todavia, o médico não deve ficar restrito aos protocolos ou diretrizes, ele deve atender o paciente mediante ao quadro clínico e as queixas relatadas. Frente ao exposto pelo paciente, o profissional da medicina tomará a conduta mais adequada para cada caso. O capítulo II (Dos direitos médicos), inciso II, do Código de Ética Médica, discorre: “Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente”¹².

Vale ressaltar que, o médico, antes de executar qualquer procedimento, deve informar o paciente, familiares ou amigos sobre os possíveis riscos existentes.

A obrigação principal consiste no atendimento adequado do paciente e na observação de inúmeros deveres específicos. O dever geral de cautela e o saber profissional próprio do médico caracterizam o dever geral de bom atendimento. Dele se exige, principalmente, um empenho superior ao de outros profissionais.

O dever de informar, previsto no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, está ligado ao princípio da transparência e obriga o fornecedor a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço. Esse princípio é detalhado no art. 31, que enfatiza a necessidade de serem fornecidas informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre os serviços, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (GONÇALVES, 2016, p. 346)

Todas as dificuldades encontradas pelo profissional médico, principalmente no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), podem dificultar ou atrapalhar na conduta médica, por isso, deve-se ter cuidado no estudo de caso a caso antes de resolver ingressar com ação

¹² Código de Ética Médica.

indenizatória contra o médico, pois, muitas vezes o profissional fez tudo que estava a seu alcance e utilizou-se de todos os meios que o Estado disponibiliza para que o mesmo exerça sua profissão. As diretrizes do Código de Ética do Médico, traz amparo os profissionais da saúde e os conscientiza dos encargos e direitos quanto a suas condutas. Nesse contexto, o médico possui autonomia para definir a melhor conduta, conseqüentemente o melhor tratamento, exames, medicamentos e metodologias a serem adotados. Tais condutas são mantidas no Novo Código de Ética Médica.

3.6 DIREITOS E RESPONSABILIDADES DO MÉDICO

A todos os profissionais são garantidos direitos, porém todo o profissional também tem suas responsabilidades ou ônus. Com relação ao médico, esses direitos estão previstos no Código de Ética Médica¹³, o qual discorre:

É direito do médico:

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

¹³ Código de Ética Médica. Capítulo II.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X- Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

Já a responsabilidade do profissional da saúde, se encontra no capítulo III do mesmo código supracitado:

É vedado ao médico:

Art. 1º - Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único - A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Art. 2º - Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivas da profissão médica.

Art. 3º - Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º - Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 5º - Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou.

Art. 6º - Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

Art. 7º - Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 8º - Afastar - se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 9º - Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

Parágrafo único – Na ausência de médico plantonista substituto a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.

Art. 10 - Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos.

Art. 11 - Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.

Art. 12 – Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Parágrafo único – Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 13 – Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 14 - Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Art. 15 – Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º - No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º - O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º - Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o método.

Art. 16 – Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

Art. 17 – Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado.

Art. 18 – Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

Art. 19 – Deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais condições adequadas para o desempenho ético-profissional da medicina.

Art. 20 – Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde, interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

Art. 21 – Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente.

Independentemente de direitos e responsabilidade, o médico deve ter sempre em mente que sua profissão é algo nobre e diferenciada, pois a medicina não é apenas uma profissão e sim uma vocação, a qual os vocacionados exercem com amor e dignidade, sempre preservando a vida e garantindo o bem social.

Entretanto, em alguns casos, mesmo o médico atuando com zelo e prudência, o procedimento médico não sai conforme o esperado, vindo a causar um dano ao enfermo, surgindo ações de reparação de dano / indenização.

4 ERRO MÉDICO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

4.1 DIREITO VERSUS MEDICINA

De um lado o Direito, que regula as normas de convivência da sociedade. Do outro lado, a Medicina, que preza pela vida e o bem-estar social. Duas áreas vitais para a manutenção da sociedade e que se fundem quando se trata da temática aqui abordada.

Toda evolução na área médica é bem-vinda, porém esses avanços devem ser regulados e normatizados, e quem faz isso é o Direito. Genival Veloso de França, em uma de suas primorosas obras, lançou a seguinte pergunta: “Deve o Direito inclinar-se ante a Medicina, ou deve-se admitir o contrário?”. O próprio autor conclui:

A independência tradicional da ciência médica, amparada pelo seu Código de Ética, choca-se, algumas vezes, com os imperativos legais.

As incompatibilidades das concepções práticas e concretas da Medicina e do Direito resultam cada vez mais evidentes com o avanço contemporâneo das necessidades. Muitos são os imperativos que levam o legislador a elaborar leis que não podem levar em conta o fenômeno técnico-psicológico que representa a Medicina.

Há momentos em que pensamos ser mais necessária a prevalência da Medicina sobre o Direito, devido aos espetaculares progressos científicos das ciências biológicas. Depois, porém, passamos a refletir e sentimos que muitos dos processos utilizados pelas ciências naturais precisam ser conduzidos por um sistema de normas que discipline a conduta do homem nas relações com os seus semelhantes.

O médico, muitas vezes, é o único árbitro capaz de resolver uma situação desesperadora. Em contrapartida, o legislador não pode abrir mão das prerrogativas que consagram a ordem social como o maior de todos os valores.

A complexidade desses problemas reside na falta de condições da Justiça para entrar no mistério do próprio médico. Pensou-se até na criação de um tribunal composto por médicos, pois, segundo seus defensores, é necessário ter exercido a Medicina para saber o que significa essa profissão, em termos emocionais, técnicos e circunstanciais. Refutando esses argumentos, os discordantes afirmam que, além de os tribunais civis serem competentes para qualquer julgamento, há uma vontade sistemática de um grande número de médicos para absolver sempre as faltas de seus colegas. E alguns chegam até a declarar que é seu dever decidir invariavelmente em favor de seus companheiros de profissão.

É bem difícil dizer até onde uma ciência está subordinada a outra. O legislador, em colaboração com a Medicina, deverá buscar os meios para fixar estruturas e estabelecer regras de Direito conforme a moral, os bons costumes e a ordem pública. O resultado nem sempre será o esperado, mas não devemos esquecer que estamos vivendo uma época de expectativas e confrontações. (FRANÇA, 2019, p. 555)

Não existe grau de hierarquia ou subordinação entre as ciências, a verdade é que uma complementa a outra, melhorando gradativamente e buscando sempre o melhor para a sociedade.

A medicina não é uma ciência exata; erros e acertos acontecem nas tomadas de decisões quando o médico esta frente a uma situação na qual a sua atitude é de extrema importância para manutenção ou cura do enfermo, momento em que coloca em prática todo seu conhecimento e destreza em prol da vida alheia.

4.2 ANÁLISE DE DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE DEMANDAS JUDICIAIS NO BRASIL SOBRE ERRO MÉDICO

A inexatidão pode acontecer em todas as profissões, porém na medicina tem ocorrido com maior frequência. Muitos desses erros médicos não são provenientes do profissional médico que está executando o ato, mas sim de fatores externos a sua conduta.

Até pouco tempo atrás, os erros médicos eram vistos como uma fatalidade:

Até não muito tempo, os problemas provenientes da atuação do médico eram vistos como fatalidades, ocorrências inevitáveis, mesmo diante da atuação de um profissional urgido do dom da cura. Atualmente, vivemos uma realidade contrária a esta lógica, onde qualquer consequência que não seja o sucesso nos resultados pretendidos pelo profissional da saúde é considerada um erro profissional, provavelmente seguido de uma ação judicial. (PINHEIRO,2017)

Portanto, não se consideram mais os erros como consequências inevitáveis do destino, impossíveis de serem evitadas pela destreza do profissional. Hodiernamente, já se possui a consciência de que muitas dessas falhas poderiam ser evitadas se todas as precauções tivessem sido tomadas, evitando o aumento de ações judiciais contra o profissional médico.

A judicialização da medicina é um fenômeno mundial, que chegou ao Brasil e rapidamente se expandiu. Nesse viés, Pinheiro (2017) aduz:

A chamada Judicialização da Medicina é um fenômeno mundial, que chegou à realidade brasileira e tem agravado severamente a crise vivida na área saúde, principalmente no que se refere aos efeitos sofridos pelos próprios profissionais da saúde. Tal quadro, infelizmente, só tende a se agravar severamente nos próximos anos.

Cumprе ressaltar, muito embora, que a judicialização não é um fenômeno exclusivo da área da saúde, visto que nos últimos anos notamos a judicialização de praticamente todas as relações sociais. Atualmente, vivemos em uma sociedade exageradamente litigante, onde até mesmo pequenos detalhes do dia a dia e aborrecimentos corriqueiros terminam na frente de um Juiz. (PINHEIRO, 2017)

O atual presidente da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética, Raul Canal, publicou em 2016 um estudo, no qual analisou todas as demandas judiciais que tramitaram entre 2000 e 2015 e comprovou que 57% das ações são inconsistentes.

O consumidor de um modo geral, e isso inclui os que utilizam de serviços médicos, está cada vez mais exigente e esclarecido:

O paciente do século 21, que na verdade é um consumidor de serviços de saúde, é um novo personagem; mais esclarecido, mais exigente, menos tolerante e cada vez propenso a atitudes belicosas e a submeter os danos sofridos ao poder judiciário ou, simplesmente, as suas insatisfações. (CANAL, 2016)

De acordo com Raul Canal, existem mais de 600 mil processos em andamento sobre saúde e Direito em todo o Brasil, segundo o Conselho Nacional de Justiça. No período entre os anos 2000 a 2012, houve um aumento assustador – 1.600% - de demandas judiciais contra erro médico, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal.

Somente em um ano (2014) ocorreu uma dilatação de demandas de 154%. Os dados supra foram coletados nos sites dos Tribunais de Justiça Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça no período de 2000 a 2015.

Já o aumento de ações frente o Conselho Federal de Medicina foi de 302% nos últimos 10 anos, com um aumento crescente de 180% nas condenações, como revelam os estudos realizados por Pinheiro. O pesquisador e advogado Raul Canal listou as áreas de atuação dos médicos com maior demanda judiciais em decorrência de erro médico, a saber:

Ranking das especialidades demandadas no STJ

Ginecologia e obstetrícia 42,6%;

Traumato/ortopedia – 15,91%

Cirurgia plástica a cirurgia geral –7% cada;

Neurologia – 5,18%

Pediatria – 4,46%;

Otorrinolaringologia – 3,03%;

Anestesiologia e oftalmologia – 2,85%;

Hematologia – 1,42%;

Cardiologia, angiologia e a medicina intensiva – 0,71%. (CANAL, 2016)

Um dado interessante dos tribunais de todo o país é que a especialidade ginecologia e obstetrícia é a campeãs em quantidade de demandas na primeira instância de todos os estados, atingindo um patamar de 27% do total das ações judiciais (CANAL, 2016).

Ademais, o autor também elencou os estados com os maiores índices de ações que chegam ao Superior Tribunal de Justiça, expostos a seguir:

Origem dos processos que chegam ao STJ*

1º RJ	2º SP	3º RS	4º PR	5º MG	6º SC	7º DF
25,69%	19,27%	15,92%	6,7%	6,14%	5,3%	3,91%
8º RN	9º BA	10º ES	11º PE	12º MT	13º CE	14º MS
2,23%	1,39%	1,39%	1,39%	1,12%	0,83%	0,83%
15º PB	16º PI	17º RO	18º RR	19º AC	20º GO	21º PA
0,83%	0,83%	0,83%	0,83%	0,56%	0,56%	0,56%
22º SE	23º TO	24º AL	25º AM	26º MA		
0,56%	0,56%	0,27%	0,27%	0,27%		

**O Amapá não teve nenhuma matéria apresentada no STJ. O Estado do Maranhão, embora apareça em apenas um recurso, teve a maior condenação por erro médico confirmada no STJ, ultrapassando R\$ 1,2 milhão. (CANAL, 2016)*

Mesmo com todo esse aumento de ações contra médicos de todo país, o advogado Raul Canal discorre em seu estudo que 57% das demandas são improcedentes:

Apesar do aumento do número de processos, cerca de 57% das ações judiciais movidos contra profissionais por supostos erros médicos acabam sendo considerados improcedentes em julgamentos por não ficar comprovada negligência, imprudência ou imperícia médica. (CANAL, 2016)

Das demandas que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, 38,28% das ações foram propostas por indivíduos do sexo masculino, ao mesmo tempo que 61,72% foram pelo sexo feminino. No tocante ao profissional da área da saúde, 93,5% são homens e apenas 6,5 são mulheres.

Segundo Raul Canal, médicos vinculados a hospitais, clínicas, planos de saúde etc., foram mais acionados na justiça do que médicos pessoas físicas, como exposto a seguir:

De acordo com o levantamento feito pela ANADEM, 56% dos processos envolveram profissionais ligados a hospitais clínicas, casas de saúde, operadoras de planos de saúde ou ao poder público. Outros 28% são profissionais liberais ligados a estes estabelecimentos, enquanto 16% dos processados são médicos pessoas físicas. (CANAL, 2016)

Diante de todo exposto, vimos que o estudo traz altos índices de demandas em desfavor dos profissionais da medicina, causando-lhe transtornos e aborrecimentos. Mesmo não havendo condenação em 57% dos casos, como mostra a pesquisa, o médico sofre uma diminuição de seu patrimônio por conta de honorários advocatícios, periciais e de assistência técnica, sem contar o abalo psicológico que ocorre perante a comunidade local.

4.3 ANÁLISE DE JULGADOS DOS TRIBUNAIS NACIONAIS SOBRE ERRO MÉDICO

O médico, assim como qualquer outra pessoa tem suas limitações e frustrações. Entretanto, para se tornar um profissional da área, é preciso muita dedicação e empenho, pois o profissional da medicina lida com o bem mais valioso que a sociedade preza, a vida.

Em algum momento, todos nós já necessitamos de atendimento médico, seja por conta de algo simples ou complexo. Toda consulta, anamnese, tratamento, intervenção e outros procedimentos são únicos, pois cada indivíduo reage de forma diferente. Daí decorre a conclusão de que a medicina não se constitui como uma ciência exata.

Apesar de todos desejarem uma boa saúde e por isso valorizarem o profissional da medicina, nem sempre o relacionamento médico-paciente é pacífico. A relação estremece muitas vezes quando o resultado não é o esperado pelo enfermo, ou quando ocorre um dano que nem sempre é oriundo de culpa médica. Desse descontentamento é que nascem as demandas judiciais contra o profissional em estudo.

A vítima do dano, após ajuizar ação por intermédio de seu advogado, aguarda com ansiedade a decisão proferida por um juiz togado. O magistrado, por sua vez, antes de sentenciar, analisa o processo com cautela para não cometer injustiça com ambos os litigantes. Essa análise é feita por documentos, como por exemplo, prontuário médico, por testemunhas e perícias. *A priori* não existe hierarquia entre as provas, entretanto, o laudo pericial (feito por especialista da área médica) tem um peso enorme, pois dá subsídios concretos para o magistrado sentenciar com maior certeza e clareza, para que não paire dúvidas quanto ao conteúdo da decisão.

Segue uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que julgou improcedente a ação por falta de provas, a saber:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA DE HISTERECTOMIA ABDOMINAL TOTAL (RETIRADA DO CORPO E DO COLO DO ÚTERO). SURGIMENTO DE FÍSTULA VESICO-VAGINAL NO PERÍODO PÓS-OPERATÓRIO. ALEGAÇÃO DE QUE A FÍSTULA TERIA DECORRIDO DE PONTO DADO NA BEXIGA (ERRO MÉDICO). NÃO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ERRO MÉDICO. **PROVAS PERICIAL**, DOCUMENTAL E ORAL QUE NÃO APONTAM A OCORRÊNCIA DE CULPA (IMPERÍCIA E/OU NEGLIGÊNCIA) DO MÉDICO QUANDO DA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. AUSÊNCIA TAMBÉM DE COMPROVAÇÃO DE FALHA DO HOSPITAL NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE CULPA DO MÉDICO QUE TAMBÉM IMPEDE A RESPONSABILIZAÇÃO DO ENTE MUNICIPAL. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO EVIDENCIADO. RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA, POR CONSEQUENTE, DO DEVER DE INDENIZAR. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA MANTIDA. (grifo nosso).¹⁴

No mesmo viés da jurisprudência supra, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgou:

APELAÇÃO CIVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE MÉDICA - TEORIA SUBJETIVA - ARTIGO 14, § 4º DO CDC - DEMORA NO PARTO - COMPLICAÇÕES - LESÕES CEREBRAIS - ERRO MÉDICO - NÃO COMPROVADO - AUSÊNCIA DE NEGLIGENCIA E IMPERÍCIA - CONCLUSÃO PERICIAL - PEDIDO IMPROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA

(...)Tendo a prova pericial indicado, de forma conclusiva, que os procedimentos adotados pelo médico-réu foram adequados e as lesões que acometeram a autora não decorreram de erro, negligência ou imperícia do médico, deve ser julgado improcedente o pedido inicial.¹⁵ (grifo nosso)

Deste modo, segue jurisprudência do mesmo Tribunal supracitado, em desfavor do autor da ação:

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - CIRURGIA OFTALMOLÓGICA - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA - ARTIGO 14, § 4º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - LAUDO PERICIAL - ERRO DE PROCEDIMENTO NÃO COMPROVADO - NEXO CAUSAL NÃO ESTABELECIDO - DEVER DE INDENIZAR - DESCABIMENTO.

(...) Assim, conforme **prova pericial** produzida nos autos, não há comprovação de que os eventuais transtornos na visão noticiados pela Autora/Apelante sejam decorrentes do procedimento cirúrgico e tratamento realizados pelos médicos integrantes do corpo clínico da Ré/Apelada, não se podendo afirmar, portanto, que houve negligência, imperícia ou imprudência na intervenção cirúrgica recebida pela Autora/Apelante. (grifo nosso)¹⁶

¹⁴ **ApCiv 0021740-19.2012.8.16.0019 Eduardo Sarrão 05/02/2019**. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diário da Justiça Eletrônico | Fev / 2019 | JRP\2019\349916.

¹⁵ **Processo 1.0313.12.000598-5/001 Mariângela Meyer Pires Faleiro 05/09/2017**. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Conteúdo Exclusivo WEB | Set / 2017 | JRP\2017\1214430

¹⁶ **Processo 1.0026.15.004549-5/001 Marcos Henrique Caldeira Brant 28/02/2018**. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Conteúdo Exclusivo WEB | Mar / 2018 | JRP\2018\1022694

O Tribunal do Estado de São Paulo julgou improcedente demanda similar às ações anteriores, a saber:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. Alegação de erro médico em parto por cirurgia cesárea, com acidental ligadura de ureter. Posterior tratamento. **Prova pericial que afirma** a adequação do parto e posterior tratamento. Não caracterização de erro médico. Ausência de prova da culpa. Sentença que julgou improcedente o pedido, bem avaliando as provas. (grifo nosso)¹⁷

Todas as jurisprudências anteriormente citadas são em desfavor do autor da ação, por não haver provas e, principalmente, porque o laudo pericial não constata nenhuma conduta irregular do médico.

Vimos que muitas são as demandas contra profissionais da área médica, porém, mais da metade dessas ações (57%) não apresentam provas cabais para condenar o médico.

¹⁷ Ap 0121037-10.2008.8.26.0100 Ana Lúcia Romanhole Martucci 05/06/2014. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Diário da Justiça Eletrônico | Jun / 2014 | JRP\2014\720774

5. CONCLUSÃO

O estudo do erro médico é algo complexo e que demanda tempo e muita dedicação, para que o profissional do direito possa defender seu cliente de forma segura e convicta. As demandas judiciais contra médicos aumentaram de forma relevante nos últimos anos, gerando uma “indústria de ações” e ao mesmo tempo trazendo incertezas para o profissional da saúde que comete erro médico, no que tange a sua culpabilidade ou não.

Apesar do enfermo ser considerado um consumidor pelo olhar do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, polo frágil da relação médico-paciente, não se pode deixar de notar que o médico, dadas as singularidades de cada situação, também pode, em alguns casos específicos, apresentar condições de vulnerabilidade. É preciso considerar as características de complexidade, subjetividade, imprevisibilidade que fazem parte da área médica, do diagnóstico ao tratamento, lembrando sempre de que a Medicina não se apresenta como uma ciência exata.

Essa fragilidade que o médico sofre no dia a dia, seja pelas peculiaridades de cada patologia, seja pelas diferentes reações que cada enfermo apresenta, seja pelas deficiências impostas pela ciência no caso de diagnósticos e tratamentos, seja pela precariedade dos hospitais, clínicas, pronto atendimento etc., que muitas vezes não fornecem o básico para o profissional da saúde executar seu trabalho de forma correta e, dar um atendimento de qualidade para o paciente. Todas essas situações colocadas anteriormente interferem na relação médico-paciente e podem causar danos irreversíveis para o enfermo que precisa do profissional em questão.

O magistrado, tem por base, na hora de decidir, as provas apresentadas aos autos, tais como perícias, depoimento profissional, testemunhal etc.

Instaurada uma demanda judicial contra o profissional em tela e havendo os pressupostos da responsabilidade, o médico deverá ser penalizado por sua conduta (negligência, imprudência e/ou imperícia), indenizando a vítima em decorrência do dano sofrido.

Outrossim, muitas das possíveis ações judiciais que possam surgir no decorrer da profissão médica se mostram improcedentes e brutais, uma vez que existem casos nos quais a atuação médica, mesmo de forma correta e dentro do protocolo preconizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), conselho de classe, hospitais, clínicas etc., não sai conforme o esperado, ocasionando um fato danoso ao paciente. Nesse viés, é de suma importância

analisar caso a caso, pois, cada organismo é singular, reagindo de forma diferente frente a mesma conduta.

Ademais, os médicos não atuam sozinhos; eles precisam de estrutura física e mão-de-obra qualificada. Deste modo, a culpa não se restringe apenas ao profissional médico, necessitando assim, de uma investigação aprofundada para se chegar ao verdadeiro causador do dano, que tem o dever de reparar o lesado. Não podemos esquecer que muitas vezes a própria vítima é a causadora do dano, respondendo judicialmente conforme sua participação na lesão.

Portanto, conclui-se que os médicos antes mesmo de serem profissional da área médica, são seres humanos sujeitos a erros, e que sempre visam o bem-estar e/ou a cura do paciente. Eles, assim como os enfermos, são indivíduos vulneráveis e vítimas de certos acontecimentos naturais e abruptos que fogem de nossa compreensão e controle.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 de abr. 2019

Câmara. Marcelo Oliveira. **Responsabilidade Civil**. 1ª edição. Seses. Rio de Janeiro 2018. (livro digital.)

CANAL, Raul. **O pensamento jurisprudencial brasileiro no terceiro milênio sobre erro médico**. 2016. Disponível em: < <https://anadem.org.br/site/presidente-da-anadem-lanca-livro-sobre-erro-medico-na-bienal-em-sao-paulo> >. Acesso em: 29 abr. 2019.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta**. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 11 mai. 2019. Acesso restrito.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 30 abr. 2019. Acesso restrito.

COSTA, André Brandão Nery[et.al]. **Responsabilidade civil de profissionais liberais**; coordenação Maria Celina Bodin de Moraes, Gisela Sampaio da Cruz Guedes. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 08 mai. 2019. Acesso restrito.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. Genival Veloso de França. – 9.ed. – [Reimpr.]. – Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil; volume único**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 30 abr. 2019. Acesso restrito.

_____. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 30 abr. 2019. Acesso restrito.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações: parte especial: responsabilidade civil. – 14. ed.** – São Paulo: Saraiva, 2017. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 6, t. II). Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 3 mai. 2019. Acesso restrito.

_____. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 09 mai. 2019. Acesso restrito.

_____. **Direito civil, VOLUME 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

(Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza). Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 30 abr. 2019. Acesso restrito.

_____. **Responsabilidade civil**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 17 mai. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, GOVERNO FEDERAL. Disponível em: < <http://www.saude.gov.br/protocolos-e-diretrizes> >. Acesso em 19 mai.2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelD=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 19 mai. 2019. Acesso restrito.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**, 11. ed. rev. atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelD=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 14 mai. 2019. Acesso restrito.

PINHEIRO, Renato de Assis. **A judicialização da medicina**. 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/57500/a-judicializacao-da-medicina/1> >. Acesso em: 25 mai. 2019.

ROSENVALD Nelson; NETTO, Braga; PEIXOTO, Felipe. **Novo tratado de responsabilidade civil – 3. ed.** – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. disponível em: < <https://www.ulife.com.br/externalwebsite/externalport.aspx?pageid=kh7rt3nqojtkjcpoyvuhnq%3d%3d&toolintegrationid=1ngqit4issuyykvipiing%3d%3d> >. Acesso em: 01 mai. 2019. acesso restrito.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelD=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 10 mai. 2019. Acesso restrito

_____. **Manual de responsabilidade civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelD=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 04 mai. 2019. Acesso restrito.

VADE MECUM JusPodivm: 2018 / Salvador: JusPodivm, 3.ed., 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. – 18. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelD=kh7rT3nqOjTKJcpOyVUHNQ%3d%3d&ToolIntegrationId=1NgQlt4ISSuYyVkvipiiNg%3d%3d> >. Acesso em: 30 abr. 2019. Acesso restrito.

Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT. Disponível em: < <http://portalms.saude.gov.br/protocolos-e-diretrizes> >. Acesso em: 16 mai. 2019.

Código de Ética Médica. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217> >. Acesso em: 19 mai. 2019.

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - apelação cível: ac 0022411-85.2006.8.26.0597 SP 0022411-85.2006.8.26.0597. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697344785/apelacao-civel-ac-224118520068260597-sp-0022411-8520068260597?ref=serp> >. Acesso em: 07 mai. 2019.

Miranda-Sá Jr, Luiz Salvador de. Uma introdução à Medicina / Luiz Salvador de Miranda-Sá Júnior – Brasília: CFM, 2013. Disponível em: < https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/introduo%20e%20medicina_livro.pdf >. Acesso em: 16 mai. 2019.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Conteúdo Exclusivo WEB | Set / 2017 | JRP\2017\1214430 Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=PGvmwoUk7ECGhzk2YZZ5OQ%3d%3d&ToolIntegrationId=aL93Q%2fZkfrl%2fTOQwitmNPw%3d%3d> >. Acesso em: 30 mai. 2019. Acesso restrito.

Processo 1.0026.15.004549-5/001 Marcos Henrique Caldeira Brant 28/02/2018.
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Conteúdo Exclusivo WEB | Mar / 2018 | JRP\2018\1022694. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=PGvmwoUk7ECGhzk2YZZ5OQ%3d%3d&ToolIntegrationId=aL93Q%2fZkfrl%2fTOQwitmNPw%3d%3d> >. Acesso em: 30 mai. 2019. Acesso restrito.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diário da Justiça Eletrônico | FEV / 2019 | JRP\2019\349916. Disponível em: < <https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=PGvmwoUk7ECGhzk2YZZ5OQ%3d%3d&ToolIntegrationId=aL93Q%2fZkfrl%2fTOQwitmNPw%3d%3d> >. Acesso em: 30 mai. 2019. Acesso restrito.

Ap 0121037-10.2008.8.26.0100 Ana Lúcia Romanhole Martucci 05/06/2014. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Diário da Justiça Eletrônico | Jun / 2014 | JRP\2014\720774. Disponível em: <
<https://www.ulife.com.br/ExternalWebSite/ExternalPort.aspx?PagelId=PGvmwoUk7ECGhzk2YZZ5OQ%3d%3d&ToolIntegrationId=aL93Q%2fZkfrl%2fTOQwitmNPw%3d%3d> >.
Acesso em: 30 mai. 2019. Acesso restrito.