



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO - FDD
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRYSCILLA BEUST QUINT

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO
MÉDICO: UM ENSAIO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
COMO PRESTADOR DE SERVIÇOS DE SAÚDE

BRASÍLIA
2018

PRYSCILLA BEUST QUINT

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO
MÉDICO: UM ENSAIO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
COMO PRESTADOR DE SERVIÇOS DE SAÚDE**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Mamede Said Maia Filho

BRASÍLIA

2018

PRYSCILLA BEUST QUINT

**RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO: UM ENSAIO
ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO COMO PRESTADOR DE
SERVIÇOS DE SAÚDE**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Aprovada em, _____ de _____ de 2018, **pela Banca Examinadora** constituída pelos seguintes professores:

Dr. Mamede Said Maia Filho

(Orientador - Presidente)

Dr. Pedro Martins Franco Junior

(Membro Externo)

Dra. Daniela Marques de Moraes

(Membro Interno)

BRASÍLIA

2018

À espiritualidade e, em especial, aos meus mentores que me trouxeram até aqui.

Aos meus pais Vanessa e Adilson, ao meu irmão Bruno que acompanham minha trajetória e são as pessoas mais importantes na minha vida.

À minha família, meus maiores fãs.

Aos amigos, que estão lá nas dificuldades e que fazem a trajetória mais prazerosa e emocionante.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por todo o apoio durante este período de estudos, estágios, monografia. Sem a base que me proporcionaram, jamais estaria escrevendo estas linhas.

À Universidade de Brasília, pelo engrandecimento em razão dos percalços e vitórias que o adentrar nesta instituição me proporcionou.

"Que os médicos se confortem: o exercício de sua arte não está em perigo; a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a Humanidade não serão comprometidas pela culpa de um homem que falhasse sob o título de Doutor".

- Procurador-Geral Dupin, da Corte Civil do Tribunal de Cassação de Paris, início do Século XIX

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a responsabilidade civil decorrente de erro médico. Nesse passo, em um primeiro momento serão explanados os pressupostos que embasam a responsabilidade civil no Brasil, quais sejam: a conduta, a culpa, o nexo de causalidade e o dano, bem como sua delimitação conceitual. Aliado a isso, será abordado como se dá a responsabilidade do profissional médico, sua atuação, princípios, entre outros pontos. E, posteriormente, com o propósito de se obter um melhor entendimento acerca dos diversos tipos de responsabilidade civil referente ao erro médico sofrido pelo paciente será realizado um estudo de três julgados do TJDFT, ocorridos durante o ano de 2018. Essa análise tem por finalidade demonstrar que o médico não está adstrito à cura do doente, mas tem obrigação de proceder de acordo com as regras e métodos que norteiam sua profissão.

Palavras-chave: Erro Médico. Responsabilidade Civil. Culpa. Nexo de causalidade. Defeito do serviço.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the civil responsibility of medical professionals when the cause is the medical malpractice. In this compass, it will be explained in a first moment the assumptions underlying civil liability, which would be: the conduct, fault, causality nexus, harm, and as well as their conceptual delimitation. Allied to this, it will be approached on how it is given the responsibility of the physician, its performance, principles, among other points. Later, to obtain a better understanding of the different types of civil liability, referring to the medical error suffered by the patient, a study of three TJDFT judgments which took place during the year 2018, will be carried out. The purpose of this analysis is to demonstrate that the physician is not bound to cure the patient but is obliged to proceed according to the rules and methods of the profession.

Key-words: Medical Error. Civil Responsibility. Fault. Causality Nexus. Service Failure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC Código Civil

CEM Código de Ética Médica

CDC Código de Defesa do Consumidor

CF Constituição Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TJDFT Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. RESPONSABILIDADE JURÍDICO-CIVIL	15
1.1 Evolução Histórica	15
1.2 Conceito.....	18
1.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	20
1.4 Conduta.....	20
1.5 Culpa.....	22
1.6 Da culpa stricto sensu.....	24
1.6.1 Imperícia	24
1.6.2 Imprudência	24
1.6.3 Negligência	25
1.7 Dano	25
1.8 Nexo de causalidade.....	26
1.9 Teoria Subjetiva da Responsabilidade Civil.....	27
1.10 Teoria Objetiva da Responsabilidade Civil	29
2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO	31
2.1 Introdução.....	31
2.2 Histórico Do Erro Médico.....	31
2.3 Erro Médico.....	32
2.4. Responsabilidade Civil do Médico	35
2.5 Culpa Médica.....	36
2.6 Excludentes da Responsabilidade Civil Médica:.....	37
2.6.1 Culpa Exclusiva ou Concorrente Da Vítima	38
2.6.2 Caso Fortuito ou Força Maior	40
2.6.3 Fato de Terceiro	41

2.7	Natureza da Relação Médico-Paciente	43
2.8	Natureza Contratual da Relação Médico-Paciente	46
2.9	Natureza Extracontratual da Relação Médico-Paciente.....	47
2.10	Obrigação de meio e de resultado.....	49
2.11	De quem é a obrigação de provar o erro médico. O Código de Defesa do Consumidor.....	50
2.12	Liquidação do Dano.....	54
3.	ANÁLISE DOS JULGADOS	57
	1º Julgado:	57
	2º Julgado:	59
	3º Julgado:	63
	CONCLUSÃO	66
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

INTRODUÇÃO

Nos tempos remotos o profissional da área da saúde não era responsabilizado por seus atos, eis que o médico era considerado como Deus, ou ainda seu representante na Terra. Tal função encontrava-se revestida de caráter religioso, uma interação mágica, sacerdotal, atribuindo-se qualquer mau resultado aos desígnios divinos, tanto no que se refere às consequências alusivas à morte como à cura do indivíduo. Assim, não havia a ideia da falha cometida por erro médico, e não havia questionamentos acerca de suas determinações e condutas.¹

Com a constante evolução da medicina, os enormes avanços científicos que possibilitaram um maior acesso de informações dos pacientes atinentes à área médica, apurando seu conhecimento tanto sobre a área da saúde quanto acerca de seus direitos da prestação de serviço, possibilitaram que o paciente detivesse um maior nível de exigência do profissional de saúde. Como consequência, o Judiciário passou a vivenciar um aumento no número de indenizações por erro médico.

Com o passar do tempo, os moldes antigos de conduta entre médico e paciente se tornaram mais distantes, devido ao grande desenvolvimento contemplado pela medicina, o qual, de um lado, trouxe aspectos positivos na descoberta do diagnóstico e tratamento de doenças em pacientes; de outro lado, porém, potencializou uma escalada da judicialização dessa relação médico-paciente.²

Atualmente, as ações indenizatórias, as quais servem ao intuito de responsabilizar civilmente aquele que causa dano a outrem, têm sido usadas, também, em diversos casos, como forma de enriquecimento para o paciente e sua família quando ocorre erro médico.

O paciente ou sua família alegam negligência, imprudência ou imperícia por parte do profissional de saúde e demandam a Justiça, pleiteando indenizações cada vez mais vultosas, por vezes desproporcionais ao dano.

A ideia da “industrialização” do dano é um fenômeno observado pelo contínuo aumento das demandas no Judiciário, o qual concorreu para o surgimento de outro fenômeno moderno: a “judicialização da medicina”. Esse processo nada mais é que a incessante busca da prestação

¹ GOMES, Correia Lima. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. 2012. p.11.

² *Ibid.*, p.11.

jurisdicional por parte dos indivíduos que afirmam terem sido lesados nas mais diversas situações, alegando danos hipotéticos, os quais são frequentemente infundados.

A prática médica, como qualquer atividade humana, é passível de resultados adversos e falhas. O erro humano é um atributo inerente e constante dos seres humanos, e, lamentavelmente, o erro médico não foge disso. Infelizmente, como na área da saúde os erros são dotados de alto potencial lesivo, é crucial a criação de sistemas de prevenção, capazes de evitar ou minimizar chances de erros serem cometidos.

Ressalte-se que nem todo mau resultado ou efeito adverso na área médica está diretamente ligado à má prática da profissão. Assim, todas as situações denunciadas precisam ser apuradas para serem punidas com justiça.³

A observação de Lorenzetti sobre a complexidade atinente à profissão médica também se aplica à realidade brasileira, a qual foi citada na obra do renomado civilista Kfoury⁴ o qual alega que:

“relativamente às restrições que incidem sobre a atuação dos médicos, quase sempre desfavoravelmente, e devem ser consideradas na análise da responsabilidade desses profissionais: a desorientação valorativa da prática média organizada, indecisa entre a rentabilidade ou a saúde; a enorme dificuldade de se encontrar meios que levem a prática tradicional da medicina; a aparição de problemas de difícil resolução, tais como a conciliação do enorme custo da tecnologia avançada, acessível a poucos pacientes, comparativamente aos baixos investimentos em programas de redução da mortalidade infantil ou de alimentação básica, que poderiam ajudar a muitas pessoas, o enorme poder normativo da ciência médica, que, por meio de “conselhos médicos”, pelos veículos de comunicação, ocasionou mudanças de comportamentos individuais e sua escala de valores; o crescimento da medicina alternativa, que propõe, também valores, diferentes”.

Ademais, sobre a mesma corrente de pensamento de Kfoury, com relação às causas do incremento de demandas, o autor afirma não haver dúvidas de que um dos motivos do aumento da quantidade de demandas contra os médicos advém da “gradativa deterioração dos serviços médicos”. Aliado a isso, o autor faz menção, em sua obra, que os frequentes registros veiculados através de reportagens contribuem para o aumento das denúncias⁵, afirmando que falta de instrumental adequado, a pouca ou nenhuma discussão sobre Bioética nas faculdades, as precárias condições de trabalho – tudo contribui para o aumento dessas denúncias.⁶

³ O Médico e a Justiça. CREMESP Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. 2006. p.5.

⁴ KFOURI (2002, p.19, apud LORENZETTI, 1997, p.35)

⁵ Deterioração causa aumento. *Folha de S.Paulo*, 22.08.1998, Cotidiabi, p.3.

⁶ KFOURI, Miguel Neto. **Culpa Médica e ônus da Prova**. 2002. p.19.

Dessa forma, visando uma melhor visualização do assunto, far-se-á no primeiro capítulo uma breve análise acerca da responsabilidade civil, seus pressupostos e excludentes. Tratará, ainda, das teorias de responsabilidade subjetiva e objetiva da responsabilidade civil.

O segundo capítulo, por seu turno, abordará a conduta profissional médica, da natureza e conteúdo obrigacional da responsabilidade civil dos médicos, do erro médico, a relação entre médico e paciente, a origem contratual dessa relação, a responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade nas obrigações de meio e de resultado do profissional médico. Será abordado, ainda, o enquadramento da responsabilidade civil médica perante o Código de Defesa do Consumidor, e a quem recai o ônus de provar o erro médico.

Posteriormente, no terceiro capítulo, realizar-se-á o estudo de três julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ocorridos durante o ano de 2018 com vistas a um melhor entendimento acerca do assunto analisando o fator culpa e a avaliação do nexo de causalidade entre serviço e dano na responsabilidade civil dos médicos pelos danos resultantes de erro cometido.

Seguem, ao final, a conclusão e as referências bibliográficas.

1. RESPONSABILIDADE JURÍDICO-CIVIL

1.1 Evolução Histórica

Neste primeiro capítulo, far-se-á uma análise acerca da responsabilidade civil, de modo geral, tratando de seus pressupostos e das teorias subjetiva e objetiva. Antes, porém, trataremos do tema em uma breve perspectiva histórica.

A compreensão acerca do contexto histórico no qual foi desenvolvida a reparação civil é fundamental para identificar sua estrutura no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, bem como para análise de sua efetividade no direito moderno. Assim, visando uma maior compreensão dos diferentes aspectos que englobam a responsabilidade civil, far-se-á uma breve exposição da evolução histórica.

Para Eduardo Dantas, “ A responsabilidade civil como hoje a conhecemos recebeu grande influência do Direito romano”. Foi em Roma, diz o autor, que se solidificou a ideia de que a vingança privada não deveria ter lugar na vida em sociedade, cabendo ao Estado o poder – e, mais importante – o dever de tutelar as relações interpessoais, disciplinando a indenização devida pelos danos causados por um particular a outrem. Não se excluiu de todo a punição retributiva, observava Dantas, pois “a diferença passou a ser a permissão ou não do Estado para que pudesse ser aplicada.”⁷

Miguel Kfoury explica a maneira que o assunto era tratado em Roma:

A lei Cornélia estabelecia uma série de delitos relacionados à prática da profissão médica e as penas que deveriam ser cominadas.

Entretanto, com a *lex Aquilia de Damno*, plebiscito posterior à Lei Hortênsia, do século III a.C., formulou-se um conceito de culpa, bem como fixaram-se algumas espécies de delitos que os médicos poderiam cometer, como o abandono do doente, a recusa à prestação de assistência, os erros derivados da imperícia e das experiências perigosas.

Como consequência, estabelece-se a obrigação de reparar o dano, limitando-o ao prejuízo econômico, sem se considerar o que hoje se define como dano moral.

Quem matasse um escravo ou animal alheio seria condenado a pagar o mais alto valor que tivesse tido no ano anterior ao delito; quem tivesse ferido um escravo ou um animal alheio, como também destruído ou deteriorado coisa corpórea alheia, deveria pagar ao proprietário o mais alto valor que o objeto tivera nos 30 dias precedentes ao delito.

Para intentar a *actio legis Aquiliae*, era necessário: 1) que o dano tivesse causado injúria, isto é, contrariasse o direito; b) uma falta positiva (*in committendo*). Deixar o escravo alheio morrer de fome, por constituir culpa *in omittendo*, não gerava responsabilidade.

⁷ DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 2012. p.02.

Qualquer falta imputável ao autor era suficiente :in *lege Aquilia et levissima culpa venit*; c) um dano *corpori corpore datum* – o dano deveria ter sido causado por um contato direto do corpo do autor com o da vítima.”⁸

Em sua origem, a responsabilidade civil não tinha existência distinta. A reparação era inteiramente penal ou essencialmente religiosa. As sanções, que consistiam em sacrifícios e penitências, pareciam desprovidas de qualquer pretensão indenizatória. Não se procurava punir senão os agravos contra o ser social ou ao deus que o simbolizava. A vingança, geralmente cruel, pela qual o clã ou a família se reparava das ofensas que sofria, tinha característica eminentemente repressiva.⁹

Antigamente, quando os homens viviam em pequenos grupos, a vingança era coletiva, ou seja, quando algum membro deste grupo sofria dano todos se rebelavam e tornavam essa vingança. O causador do prejuízo era excluído do grupo ou até morto. Não havia regras nem limites. Após essa fase, adveio a fase da vingança privada, onde a agressão era repelida com outra agressão que causasse igual dano. Era a chamada Lei de Talião onde cada homem reagia ao dano que lhe causaram com suas próprias mãos, seguindo a fórmula do "olho por olho, dente por dente".¹⁰

Posteriormente, o ser humano procurou formas de reparação civil através de composições pecuniárias e penas privadas. Segundo Diniz o prejuízo era restituído através da *poena* – uma forma de pagamento em pecúnia- que permitia que a vingança corporal fosse substituída pela compensação econômica.¹¹ E assim sendo, deu-se a origem das primeiras formas de responsabilidade mista (reparando o prejuízo e punindo o seu causador).

Num primeiro momento, prevaleceu no Direito Romano a responsabilidade civil objetiva, pois não havia a exigência de comprovação do elemento subjetivo para a exigência das cruéis penas impostas. No entanto, a partir da percepção de que as penas corporais constituíam meio impróprio de satisfação do direito lesado e percebendo-se que a não exigência do requisito culpa acarretava situações injustas, surge a necessidade de comprovação desta.¹²

A Lex Aquilia foi o marco da responsabilidade civil, pois possibilitou que o causador do dano fosse punido com o pagamento em dinheiro independentemente da relação obrigacional

⁸ KFOURI, Neto. **Responsabilidade Civil do Médico**. 2014.p.39.

⁹ GOMES, Correia Lima. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. 2012.p.11.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10-11.

¹¹ Ibidem. p.11.

¹² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p.394.

e possibilitando que surgisse a responsabilidade aquiliana – obrigação extracontratual-. Destaca-se que a ideia de *damno*, oriunda na Lex Aquiliana, formulou o conceito de culpa e estabeleceu regras para a reparação do prejuízo. Por consequência o patrimônio do lesante teria que suportar o ônus da reparação pela perda causada à vítima.

Com o desenvolvimento industrial e tecnológico, houve um aumento de danos, ocasionando o surgimento de novas teorias que buscam a total reparação da vítima. A figura do instituto civil fora evoluindo em relação ao fundamento, baseando-se o dever de reparação não apenas na culpa, caso em que será subjetiva, como também no risco, ocasião em que passará a ser objetiva.¹³

Conforme preconiza Venosa a Idade Moderna foi marcada pela mudança de paradigma no fundamento da responsabilidade civil, que passou a se situar na quebra do equilíbrio patrimonial causado pelo dano. Houve então uma transferência do enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para o dano.¹⁴

A responsabilidade civil foi estruturada a partir do pressuposto da culpa, influenciada pelas ideias filosóficas dos séculos XVII e XVIII baseadas na razão. Assim, a história interna da responsabilidade civil nos direciona à ideia da culpa, que ainda está firmemente ligada à noção de normalidade civil, e que havendo sua violação tem-se a possibilidade de reparação por meio de uma punição criminal ou na compensação civil, ou por meio de ambas.

Na doutrina de Domat, lembra Gomes, aparece a culpa não somente como um critério de responsabilidade civil, mas também como uma verdadeira condição de sua existência. Por isso, foi possível afirmar o princípio de que não há responsabilidade sem culpa.¹⁵ Assim, Domat demonstrou que a culpa foi colocada em primeiro plano e a responsabilidade civil foi transformada em um instrumento de moralização da conduta humana.¹⁶

Ademais registra Maria Helena Diniz que a responsabilidade civil também evoluiu no que diz respeito ao fundamento, baseando-se o dever de reparação não mais somente na culpa. Em suas palavras:

A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar a perquirição do elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A. 2006. p.17.

¹⁴ Idem, 2009, p. 17.

¹⁵ JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. Paris: Dalloz, 2007. p.09.

¹⁶ GOMES, Correia Lima. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. 2012. p.32.

perigos à vida e à saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização. Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável¹⁷.

Sendo assim, após uma responsabilidade caracteristicamente subjetiva fundada na ideia da culpa tem-se a introdução da responsabilidade objetiva, a qual é fundada no risco.

Uma das teorias que ajuda a corroborar a justificativa da responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Segundo esta teoria, todo indivíduo ao exercer uma atividade naturalmente cria um risco de dano para terceiros. Logo, deverá repará-lo independentemente de haver culpa ou não.¹⁸

Como assinala Rafael Quaresma, na teoria da responsabilidade objetiva a atitude dolosa ou culposa para o agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o prejuízo experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, tenha esse último agido ou não culposamente. Essa teoria tem como postulado que toda perda é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa, como ocorre com a responsabilidade civil do Estado.¹⁹

Nesse contexto, dentro da teoria da responsabilidade objetiva, observamos que não se exige prova da culpa do agente para que haja a obrigação de reparar o dano. Em alguns casos ela será presumida pela lei, já em outros será de todo prescindível, em virtude de que sua responsabilidade se baseia no risco.

Em síntese, vê-se que o instituto estudado teve uma evolução morosa, sobrepujando diversos estágios, desde a vingança coletiva, vingança privada, advento do Código Napoleônico e das teorias que levam em conta a culpa do causador do dano ou o risco da atividade.

1.2 Conceito

Em um primeiro momento, cumpre registrar que a responsabilidade civil vem disciplinada no Livro I da parte Especial do Código Civil, que trata das obrigações. O

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 2015. p.59.

¹⁹ VIVA, Rafael Quaresma. **Responsabilidade Civil Objetiva**. São Paulo: RCS Editora, 2007.

regramento está no Título IX, capítulos I e II – ‘Da obrigação de indenizar’ e ‘Da indenização’ -, iniciando no art.927 e com término no art.954.

Conforme preconiza Abbagnano, responsabilidade é “a possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigi-lo com base em tal previsão [...]”.²⁰ Já, segundo Stoco a expressão “tanto pode ser sinônima de diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico.”²¹

O termo responsabilidade originou-se do verbo latino *respondere*, o qual demonstra a obrigação que o indivíduo causador de dano tem de assumir as consequências jurídicas pelo ato ilícito praticado; contém a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual o devedor estará vinculado nos contratos verbais do direito romano.

O Novo Dicionário da Língua Portuguesa apresenta o conceito do termo responsabilidade:

1. Qualidade ou condição de responsável.
2. Jur. Capacidade de entendimento ético- -jurídico e determinação volitiva adequada, que constitui pressuposto penal necessário de punibilidade.²²

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho, 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 na punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses do lesado. Com base no conceito referido, pode-se dizer que haverá responsabilidade quando um indivíduo responder pelos próprios atos ou pelos atos de outrem, devido a um dano causado a terceiro, uma vez que é responsável pelo ato ilícito cometido.²³

De acordo com Gonçalves (2008), a obrigação que se origina de fontes diversas deve ser cumprida de forma livre e espontânea. Como ocorre na relação entre credor e devedor, a qual se extingue com o cumprimento de determinada prestação. Caso o sujeito passivo não cumpra a obrigação e vier se tornar inadimplente, surge a responsabilidade.²⁴ A ideia de responsabilidade civil nos remete à ideia de um dano e sua reparação, ou indenização das vítimas.

²⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p.855.

²¹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007. p.111.

²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p.1.496.

²³ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.03.

²⁴ Fas@Jus. **E-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho**, v. 2, n. 1/2012.

Conforme preceitua Diniz a responsabilidade civil é entendida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causa a terceiros, em razão de ato do próprio imputado, ou de pessoas por quem ele responde, ou de fato, de coisa ou animal sobre sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal.²⁵

E ainda a responsabilização implica no trâmite que indica medidas de reparação a ser compensada a terceiros, a qual pode ser moral e/ou patrimonial. Em razão de culpa exclusiva da vítima, ou seja, quando o indivíduo absorve a causalidade do dano para si, acaba por ser responsável pelo dano por ele mesmo produzido. Dessa forma, será configurada a sua culpa exclusiva, também nos casos de representação (curatela e tutela) ou de imposição legal.²⁶

Imperioso mencionar o ensinamento de Raul Canal que dispõe que em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, a caracterização da responsabilização civil tem por objeto principal regular e dar forma à distribuição de resultados infortúnios. Diante de uma desventura, catástrofe ou simples resultado nefasto ou diferente daquele esperado pelas partes, se faz necessário definir se quem experimentou o resultado deve suportar sozinho as suas consequências ou se o resultado deve ser atribuído a outrem ou com ele compartilhado.²⁷

1.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Diante da perspectiva dos pressupostos da Responsabilidade Civil, entende-se que para que haja a sua configuração se faz necessário a investigação da extensão do dano causado, da existência de conduta culposa ou delitual e, ainda, que haja nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano sofrido. Para uma melhor compreensão acerca da matéria serão brevemente abordados os pressupostos.

1.4 Conduta

Segundo Luiz Carlos e Aline Dalmarco, na apuração da responsabilidade civil, o tema já se encontra pacificado. O que se faz necessário é a devida análise da existência de uma ação

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro — Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.p.34.

²⁶ SENS, F. M. **A reparação do dano moral e a fixação do quantum indenizatório nas relações de consumo. Monografia (Bacharelado em Direito)**. Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALE), Itajaí, SC, 2009.

²⁷ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p.33

ou omissão do agente para que se possa mensurar a ocorrência da violação de preceito legal, atingindo direta ou indiretamente, direito(s) de outrem.

Para o autor, a regra geral é que somente a configuração indubitosa da presença do ato ilícito é que irá configurar a condição primeira para o surgimento do dever de indenizar. Havendo ação do agente, este estará atuando positivamente no sentido da prática da conduta lesiva. Contrariamente, a omissão será observada quando o agente se abster de determinada conduta que poderia evitar o resultado lesivo constituindo comportamento negativo do ofensor.²⁸

Conforme elucida Carlos Roberto Gonçalves, a ação ou omissão do agente poderá ser praticada por ato próprio do mesmo, por ato de terceiros sob sua guarda ou, ainda, por animais ou coisas que sejam de sua propriedade. Os atos de terceiros mais clássicos são aqueles que decorrentes das chamadas responsabilidades *in elegendo* e *in vigilando*, sem prejuízo de outras menos recorrentes, mas não menos importantes.²⁹

A Responsabilidade Civil tem seu fundamento no fato de que ninguém pode lesar interesse ou direito de outrem. Inicialmente, vale ressaltar que o artigo 927 do Código Civil brasileiro dispõe que “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e segue em seu parágrafo único “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Ademais, o artigo 186, do Código Civil é claro ao asseverar que: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Aliado a isso, o artigo 187 estabelece que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

A lei refere-se a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha causar dano a outrem. A responsabilidade pode ser derivada de ato próprio, ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas ou animais que lhe pertençam.³⁰

²⁸ NEMETZ, Luiz, P. et al. **Estudos e Pareceres de Direito Médico e Saúde**. 2008. p.121.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 2002. p.04.

³⁰ GONÇALVES, Carlos. **Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência - De acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2002. p.53.

Segundo o conceito proferido por Diniz o comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é, em regra, mais frequente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais. Deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade à qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta, em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios, desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações etc.³¹

De acordo com os ensinamentos de Rodrigues, a responsabilidade civil objetiva não permite que se investigue o comportamento do agente dentro de uma esfera culposa. Todavia, na responsabilidade subjetiva, a perquirição do elemento culpa, transforma-se em *conditio sine qua non* para as garantias de indenização e fixação da quantia a ser ressarcida.³²

Segundo o entendimento posto por Raul Canal para que se possa configurar em responsabilidade civil se faz necessário que haja uma investigação de quem deva suportar o ônus e em qual seria essa exata medida. Para tanto, diz Canal, se faz necessário uma criteriosa investigação da extensão do dano causado, da existência de conduta culposa ou delitual e do nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano sofrido.³³

Dessa forma, pela argumentação exposta, entende-se que a conduta pode emanar de um ato omissivo ou comissivo, mediante ato próprio, ato de terceiro que esteja sob a guarda do indivíduo e, ainda, compreende os casos em que o dano decorrer de coisas ou animais que pertençam a determinado indivíduo.

1.5 Culpa

Conforme os ensinamentos de Stoco em proposições simples o dolo é a vontade dirigida a um fim ilícito; é um comportamento consciente e voltado à realização de um desiderato. Já a

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva. 2001.p. 44.

³² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Editora Saraiva. São Paulo. 2002. p.34.

³³ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p.33.

culpa traduz o comportamento equivocado da pessoa despida da intenção de lesar ou violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso.³⁴

Culpa, segundo Cavalieri é “a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou como querem outros a omissão de diligência exigível”³⁵. Importante mencionar que o fenômeno da culpa ocorre quando não se tem a intenção de provocá-lo. Nesse diapasão é saliente a jurisprudência:

AÇÃO ORDINÁRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CASO CONCRETO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. CULPA E NEXO CAUSAL. NÃO COMPROVADOS. INCIDÊNCIA DO ART. 186 DO CC. O contexto probatório coligido aos autos aponta a inexistência de culpa ou dolo das requeridas, bem como de nexo causal entre seus atos e os alegados danos sofridos pelos autores, não se podendo cogitar de indenização. Negaram provimento ao apelo. Unânime." (AC 70050901586/RS, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. 05.12.2012, 15ª Câmara Cível, DJ 12.12.2012)³⁶

O entendimento doutrinário alude a respeito da culpa como uma conduta humana, surgindo o dever de reparação, mesmo que não tenha havido intenção do agente que causou o prejuízo.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil afirma que “haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa.” Portanto, baseia-se na responsabilidade objetiva, essa reconhecida independente da culpa, havendo somente a necessidade de demonstrar o nexo causal entre a conduta e o dano.

Nessa mesma linha de raciocínio, Maria Helena Diniz assevera a respeito da conduta:

a ação, elemento constitutivo, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.³⁷

³⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p. 132.

³⁵ CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo. Editora Atlas. 2015, p. 50

³⁶ BRASIL. Tribunal da Justiça do Rio Grande do Sul (Décima Quinta Câmara Cível). Apelação cível nº AC 70050901586 RS. Apelante: Zilmar José Fagundes da Luz e outros. Apelada: CR Carra Comércio e Representações LTDA e Compo do Brasil S.A. Presidente e Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Porto Alegre, 05 de dezembro de 2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22856594/apelacao-civil-ac-70050901586-rs-tjrs>>. Acesso em: 21 de Maio. 2018.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 43

Em relação ao dano, Diniz o conceitua como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.³⁸

1.6. Da culpa *stricto sensu*

A culpa em seu sentido estrito poderá ser observada em três modalidades: a imperícia, imprudência e negligência. Iremos brevemente discorrer sobre essas três categorias.

1.6.1 Imperícia

Conforme o consagrado entendimento de Delton Croce e Delton Croce Jr,³⁹ imperícia provém do latim *imperitia* (de *imperitus*). Designa o inábil ou falta de aptidão técnica, teórica ou prática, no desempenho de uma atividade profissional. Consiste, portanto, a imperícia na falta de cabedal normalmente indispensável ao exercício de uma profissão ou arte.

No mesmo sentido, Luiz Carlos e Aline Dalmarco⁴⁰ diz que a imperícia remete à noção de despreparo do agente que, *in casu*, pode-se ilustrar com a falta de conhecimento técnico indispensável para a prática. Em se tratando da Medicina, seguem os autores, há posicionamentos doutrinários que não aceitam a imputação de imperícia a qualquer ato médico⁴¹, tendo em vista o tempo de formação de um médico e as exigências para que o mesmo possa exercer a profissão, como as residências a que tem de se submeter.

1.6.2 Imprudência

Segundo o conceito de Delton Croce e Delton Croce Jr a palavra provém do latim *imprudencia*, designando a falta de atenção, ou descuido ou imprevidência no exercício de uma ação perigosa, caracterizando-se necessariamente, por uma conduta comissiva. (...) A imprudência, denominada pela doutrina forma ativa ou militante de culpa, é uma atitude em

³⁸ Idem. São Paulo: Saraiva. 2001. P.37.

³⁹ CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro Médico e o Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 18

⁴⁰ NEMETZ, Luiz, P. et al. **Estudos e Pareceres de Direito Médico e Saúde**. 2008. p.107

⁴¹ BRASIL. Disponível em <www.portalmédico.org.br>. Acesso em 02/11/2004. A resolução nº 1.627/01 do Conselho Federal de Medicina, que conceitua Ato médico.

que o agente exerce determinada atividade que guarda, necessariamente, relação com arte ou profissão, com intempestividade, precipitação, afoiteza, ou insensatez, deixando de empregar as precauções indicadas pela experiência como capazes de prevenir resultados lesivos.⁴²

Aliado a isso, em consonância com Aníbal Bruno, o conceito de imprudência consiste na prática de um ato perigoso sem os cuidados que o caso requer.⁴³

1.6.3 Negligência

Antonio Couto Filho e Alex Pereira Souza assinalam que a negligência é “a ausência de cuidado razoável exigido. Trata-se, em verdade, da omissão da conduta esperada e recomendável.”⁴⁴

Dessarte, na mesma linha de pensamento, corroboram esse entendimento Luiz Carlos e Aline Dalmarco:

Negligência equivale à omissão, é uma conduta recomendável que deixou de ser praticada, é um não-fazer, é a inércia; ou um fazer mal feito, sem observar a técnica e os cuidados exigidos medianamente.⁴⁵

1.7 Dano

Como assevera Sergio Cavalieri, o dano é a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc.⁴⁶

Dessa forma, o dano é a violação ocasionada material, moral ou juridicamente. E, em razão do prejuízo sofrido pela vítima, faz-se necessário que haja a devida reparação para que se possa restaurar o equilíbrio entre as partes. Ademais, consoante os ensinamentos de Silvio

⁴² CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro Médico e o Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.25

⁴³ ANÍBAL, Bruno, **Direito Penal - Parte Geral**. I, 1977. p.365.

⁴⁴ COUTO, Filho; PEREIRA Alex. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.29

⁴⁵ NEMETZ, Luiz, P. et al. **Estudos e Pareceres de Direito Médico e Saúde**. 2008.

⁴⁶ CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo. Editora Atlas. 2001., Id. 2012., Id. 2015. p.77.

Rodrigues, o conceito da palavra “ indenizar” significa “ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado”⁴⁷.

Quanto à cobertura de todo o dano experimentado pela vítima, faz o aludido doutrinador a seguinte observação:

A ideia de tornar indene a vítima se confunde com o anseio de devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito. Todavia, em numerosíssimos casos é impossível obter-se tal resultado, porque do acidente resultou consequência irremovível. Nessa hipótese, há que se recorrer a uma situação postiça, representada pelo pagamento de uma indenização em dinheiro. É um remédio nem sempre ideal, mas o único de que se pode lançar mão.⁴⁸

Conforme o exposto, o dano pode afetar tanto o bem jurídico patrimonial quanto o moral. Consoante os artigos 402 e 403 do Código Civil, observa-se que, segundo a doutrina, existe uma divisão dos danos em patrimoniais ou materiais, abrangendo ainda, o dano emergente e o lucro cessante.

Outrossim, ainda em relação à cobertura do dano experimentado pela vítima, Casillo perfaz a seguinte ponderação:

Não há juridicamente, erro médico sem dano ou agravo à saúde de terceiro. A falta do dano, que é da essência e um dos pressupostos básicos do erro médico, descaracteriza o erro, inviabiliza o seu ressarcimento e desconfigura a responsabilidade civil. Se pode haver responsabilidade sem culpa *lato sensu*, não poderá haver responsabilidade sem dano.⁴⁹ É assim, o dano é entendido como a lesão – diminuição ou subtração – de qualquer bem ou interesse jurídico, seja patrimonial ou moral.⁵⁰

1.8 Nexos de causalidade

Segundo os ensinamentos de Correia o nexos de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. O erro deve ser a origem do dano, diz o autor, para quem esta relação entre o erro e o dano deve ser estabelecida. Não há que se observar a mera superveniência cronológica, mas sim um nexos lógico de causalidade.⁵¹

⁴⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Volume IV, Editora Saraiva. São Paulo. p. 185.

⁴⁸ *ibidem*. p.186.

⁴⁹ GOMES, Fernando Correia Lima. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. 2012. p.21.

⁵⁰ CASILLO, João. Dano à pessoa e sua indenização. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais 1994. p.26

⁵¹ GOMES, Fernando Correia Lima. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. 2012. p.29.

Sobre o tema, Rodrigues elucida que basta que haja a verificação de que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. E, por consequência, só terá direito de indenização o dano causado que ocorreu pela conduta do agente, ausente qualquer causa de exclusão de ilicitude.⁵²

No mesmo sentido Diniz ressalta a importância de haver nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre ação e o dano. Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultar da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente.⁵³

Assim, acrescenta Gonçalves, se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.⁵⁴

Em suma, o nexo de causalidade é o liame existente entre a conduta humana e o dano, permitindo concluir, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa determinante para o surgimento do resultado danoso. E assim, para que se possa impugnar a responsabilização do indivíduo, faz-se necessário que a sua conduta tenha provocado o prejuízo, pois caso o contrário não há que se falar em reparação.

1.9 Teoria Subjetiva da Responsabilidade Civil

A teoria da responsabilidade subjetiva, só é imputável, a título de culpa, àquele que praticou o fato culposamente possível de ser evitado. No dizer de Arnaldo Rizzardo, não há responsabilidade quando o agente não pretendeu e nem podia prever, tendo agido com necessária cautela. Não se pode, de maneira alguma, segregar o autor, ir além do ato ilícito para firmar a responsabilidade subjetiva, contrariamente ao que alguns pretendem, com superficialidade, a ponto de ver em tudo o que acontece a obrigação de indenizar, sustentando que, verificado o dano, nasce tal obrigação, sem indagar da culpa do lesado, e impondo, como único pressuposto, o nexo causal entre o fato e o dano.⁵⁵

Importante mencionar o entendimento de Sérgio Cavalieri acerca da teoria da

⁵² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Volume IV, Editora Saraiva. São Paulo. 2002, p.35.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva. 2003. p.43.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos. **Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva. 2012. p.54.

⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 2013. p.25.

responsabilidade:

A responsabilidade subjetiva desenvolveu-se baseada na teoria da culpa, outrossim, conhecida como teoria clássica. Por esse modelo subjetivista de responsabilização, a verificação da culpa é condição indispensável para que haja o dever de reparar o prejuízo causado; desse modo, pela teoria subjetiva, não há dano indenizável se inexistir a comprovação de que o suposto lesante atuou culposamente. A culpa, no sentido adotado, deve ser compreendida no sentido amplo, ou seja, englobando a culpa *strictu sensu*, assim como o dolo.⁵⁶

Como sustenta Gonçalves, diz-se ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa: “A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.”⁵⁷

A teoria subjetiva é adotada pelo ordenamento brasileiro, como se observa da leitura dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil (CC) de 2002, que assim preceitua:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Destarte, o dever de reparar o prejuízo emerge quando se verifica a conduta omissiva, negligente ou imprudente do ofensor. Além disso, o art. 186, acima transcrito, fornece os elementos caracterizadores da responsabilidade subjetiva, que serão analisados em momento oportuno, quais sejam: a conduta culposa, o nexo causal e o dano.

Consoante preceitua Gomes:

A responsabilidade civil subjetiva origina-se de dano decorrente de ato doloso ou culposos (culpa lato sensu), dependendo do comportamento do agente. A culpa, na teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou subjetiva, é pressuposto necessário e indispensável do dano indenizável.⁵⁸

Concluindo, não se pode perder de vista que, para a configuração da responsabilidade civil subjetiva, é imprescindível a presença simultânea dos seguintes requisitos: ato lesivo do

⁵⁶CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo. Editora Atlas. 2001. p.27.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos. **Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva. 2002. p.59

⁵⁸ GOMES, Correia Lima. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. 2012. p.34.

agente (ação ou omissão), nexos de causalidade, existência de dano e observância de dolo ou culpa da parte

1.10 Teoria Objetiva da Responsabilidade Civil

Como sustenta Carlos Gonçalves, quando comenta acerca da teoria objetiva, nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco.⁵⁹

Com vistas a um melhor atendimento das necessidades básicas do paciente/consumidor, e buscando proteger a parte hipossuficiente da relação, fez-se necessário o surgimento de uma nova ótica a respeito da responsabilidade civil, a teoria objetiva.

No mesmo sentido conforme assegura Alvim:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa⁶⁰.

Em que pese explicitar tal posicionamento, o jurista Gomes afirma, categoricamente, que “na responsabilidade civil, para a obrigação de reparar o dano não há necessidade de ser caracterizada a culpa, quer por determinação legal, que quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implique risco para outrem. Diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, pois prescinde de culpa, exigindo apenas o dano e o nexo de causalidade.” É também chamada de teoria do risco e envolve o dever de reparar o dano, ainda que a conduta seja isenta de culpa, isto é, independa do ânimo do agente.⁶¹

Sobre o Código do Consumidor na ótica da responsabilidade objetiva, Cláudia Lima acrescenta que “em matéria de responsabilidade civil, o principal valor a ser protegido pelo direito deve ser o efetivo e rápido ressarcimento das vítimas”. O CDC, para alcançar este fim

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos. **Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva. 2015. p.59

⁶⁰ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Jurídica e Universitária. 1965. cit, p.237

⁶¹ GOMES, Fernando Correia Lima. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. 2012. p.35.

afasta-se do conceito de culpa e evolui, no art. 12, para uma responsabilidade objetiva, do tipo conhecida na Europa como responsabilidade não culposa.

Ademais, insta salientar o artigo 14 do diploma em referência:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”⁶²

Mister, pois reproduzir a passagem dos artigos 927 e 951 do Código Civil Pátrio, que assim dispõem:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

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.

Salienta-se que a Constituição de 1988 prestigiou a responsabilidade objetiva ao regular a responsabilidade civil do Estado baseando-se na teoria do risco administrativo:

Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos 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.

Acrescentamos que o Código Civil de 2002, no art. 43, prevê a responsabilidade objetiva nos seguintes termos: *"As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo"*. Assim este dispositivo inclui as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviço público no rol dos possíveis responsáveis.

⁶² Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Art. 14 § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm Acessado em: 29/05/2018.

Dessarte, tecidos os comentários sobre a responsabilidade civil objetiva, depreende-se que os estabelecimentos hospitalares, mantidos pelo Poder Público, devem ser responsabilizados objetivamente pelos danos decorrentes da relação médico/paciente, em virtude de que toda a prestação de saúde advém dos direitos sociais esculpidos no art. 6º da Carta Magna.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

2.1 Introdução

A responsabilidade civil está diretamente ligada à reparação do dano decorrente de prejuízos. Conforme Décio Poliscastro preceitua em sua obra *Erro Médico e suas consequências jurídicas*, a expressão erro médico deve ser compreendida como:

Qualquer situação indesejada ocorrida na prestação do serviço de assistência à saúde, pois considera, de forma abrangente, os envolvidos na assistência aos enfermos: o médico, o profissional de saúde em geral e as entidades atuantes na área.⁶³

2.2 Histórico Do Erro Médico

O primeiro dado histórico acerca do erro médico consta no Código de Hamurabi, que adotava a lei de talião. Acerca desse assunto, é imprescindível expor os ensinamentos de Eduardo Dantas para um melhor entendimento:

Sem dúvidas, se pode afirmar que a história da reparação do dano causado por erro médico começa a partir da existência do Código de Hamurabi, cuja data mais admitida como provável é o ano 1750 a.C. É praticamente uma cópia das Tábuas de Nippur, onde se percorrem todos os aspectos da vida civil, tratando em seus artigos 196 a 201 da matéria relativa à reparação do dano físico, que ocorreria segunda a lei de Talião (também presente na Lei de Moisés) ou por meios de reparação que dependeriam da situação social da vítima.⁶⁴

Com vistas a reforçar o que já foi anteriormente exposto, faz-se crucial colocar o ensinamento de Miguel Kfourri Neto⁶⁵ que leciona acerca do início do erro médico:

⁶³ POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. São Paulo. 2009. p.01.

⁶⁴ DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. 2012. p.02.

⁶⁵ KFOURI, Neto. **Culpa Médica e ônus da Prova**. 2002. p.19.

O primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a/C), que também contém interessantes normas a respeito da profissão médica em geral. Basta dizer que alguns artigos dessa lei (215 e ss.), estabeleciam para as operações difíceis, uma compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Paralelamente, em artigos sucessivos, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; em caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado). Tais sanções eram aplicadas quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse mal curado um escravo ou animal.”

Evidencia-se assim, que inexistia o conceito de culpa, num sentido jurídico moderno, enquanto vigorava responsabilidade objetiva coincidente com a noção atual: se o paciente morreu em seguida à intervenção cirúrgica, o médico o matou – e deve ser punido. Em suma, naquela época, o cirurgião não podia dizer, com uma certa satisfação profissional, como o faz hoje: a operação foi muito bem-sucedida, mas o paciente está morto.

Se essa era a lei- prossegue Avecone -, pode-se imaginar com que serenidade o médico se preparava para uma cirurgia, com os meios de que então dispunha. Por óbvio, só operações de extrema simplicidade eram praticadas, também porque a anatomia era muito pouco conhecida.⁶⁶

Nesse contexto, consoante Gomes:

No Egito, as regras do Livro Sagrado deveriam ser seguidas pelos médicos – que, assim procedendo estariam livres de qualquer punição, mesmo com a morte do paciente.

Os ostrogodos e visigodos entregam o médico para a família do doente, falecido por suspeito erro daquele, para que o justicassem como bem entendessem.

Da composição voluntária à critério da vítima, e que envolvia um “resgate” – Soma em dinheiro ou entrega de um objeto -, passou-se à composição tarifada. (...)

Sobreveio, então, a Lei Aquilia, que estabeleceu as bases da responsabilidade dos médicos, prevendo indenizações e abolindo a pena de morte por imperícia e negligência. Exigia, entretanto, que o dano contrariasse o Direito e que fosse derivado de falta *in committendo*.⁶⁷

Foi somente em 1929 que a responsabilidade civil dos médicos teve seu fim, no direito francês. Segundo Fernando Gomes Correia foi em 1936 que firmou-se solidamente nos meios forenses, por meio do arresto de Dupin, a jurisprudência sobre a responsabilidade médica e a possibilidade do erro médico ao afirmar que “*cada profissão encerra em seu seio homens dos quais ela se orgulha e outros que ela renega*”⁶⁸

2.3 Erro Médico

⁶⁶ Idem. **Responsabilidade Civil do Médico**. 2001. p.38.

⁶⁷ GOMES, Fernando Correia Lima. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. 2012. p.21.

⁶⁸ *Ibidem*. p.21

Em razão da abrangência do termo erro médico, far-se-á uma delimitação conceitual. Isso exposto, levaremos em consideração para o desenvolvimento do trabalho as diferentes concepções:

Como esclarece Raul Canal o erro médico é caracterizado pelo dano corporal causado ou provocado no paciente decorrente da ação ou omissão do médico no exercício profissional, sem a intenção de produzi-lo, ou seja, sem a vontade direcionada em cometer o dano, resultante, portanto, de negligência, imprudência ou imperícia.⁶⁹

No Manual de Orientação Ética Disciplinar do Conselho Federal de Medicina, o termo erro médico é assim conceituado :

A falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos Conselhos de Medicina ou na Justiça, em que o médico foi condenado, o foi por erro culposo.⁷⁰

Na doutrina de Giostri, o erro médico é definido como uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional.⁷¹

Nesta mesma linha, expõe Genival Veloso que erro médico é “a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.⁷²

Veloso pondera que o erro médico pode se verificar por três vias principais. A primeira delas é o caminho da imperícia decorrente da "falta de observação das normas técnicas", "por despreparo prático" ou "insuficiência de conhecimento". É mais frequente na iniciativa privada por motivação mercantilista. O segundo caminho é o da imprudência e daí nasce o erro quando o médico por ação ou omissão assume procedimentos de risco para o paciente sem respaldo científico ou, sobretudo, sem esclarecimentos à parte interessada. O terceiro caminho, conclui

⁶⁹ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p.45.

⁷⁰ Conselho Federal de Medicina (Brasil). **Resolução CFM nº 1.246**, de 8 de janeiro de 1988. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União, Brasília, p. 1574-6, 26 jan. 1988, Seção I.

⁷¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2002.p.136.

⁷² GOMES, J. C. M.; FRANÇA, G. V. **Erro médico: um enfoque sobre sua origem e consequências**. Montes Claros (MG): Unimontes, 1999. p.25.

Veloso, é o da negligência, a forma mais frequente de erro médico no serviço público, quando o profissional negligencia, trata com descaso ou pouco interesse os deveres e compromissos éticos com o paciente e até com a instituição. O erro médico pode também se realizar por vias esconças quando decorre do resultado adverso da ação médica, do conjunto de ações coletivas de planejamento para prevenção ou combate às doenças.⁷³

Ademais, Consuelo Taques, em sua obra *Erro Médico – Inversão do ônus da Prova*, cita o jurista Moraes ao dizer que “*erro médico é a falha do médico no exercício da profissão*”⁷⁴ e acrescenta que:

Contudo, ele exclui as lesões produzidas deliberadamente pelo profissional para o tratamento de um mal maior, excluindo ainda as da própria natureza da profissão. Como exemplo, o autor cita a amputação de uma perna para tratar uma gangrena que, por si, poderia levar o doente à morte. O que se percebe é um movimento muito mais acentuado de mudança de postura em relação ao que se tinha por aceitável.⁷⁵

Salienta ainda a autora que nesse terreno a verdade tem três aspectos – a do paciente, a do médico e como ela realmente é. Repousa nas mãos do juiz encontrar o ponto justo da questão, conclui.

O trabalho desenvolvido por Raul Canal classifica o erro médico em 5 categorias, a saber:

Erro medicamentoso: qualquer erro que ocorra, desde a prescrição até a administração da droga ao paciente.

Erro de prescrição: escolha incorreta da droga, erro de cálculo na dose, via de administração imprópria, concentração, velocidade de infusão ou prescrições ilegíveis.

Erro de preparação: diluição incorreta, reconstituição inapropriada, mistura de drogas que são fisicamente e quimicamente incompatíveis, medicamento fora do prazo de validade.

Erro de administração: procedimento ou técnica inapropriada de administração de medicamento, incluindo: via errada; via correta, porém em local errado (por exemplo, deveria ser administrado no olho esquerdo e fora administrado no olho direito); erro na velocidade de administração; intervalo diferente do prescrito; omissão (não administração do medicamento prescrito) e doses extras. Incluem-se, também, neste grupo, erros por semelhança na aparência ou nome do medicamento.

Evento adverso da droga: injúria causada pelo uso de uma droga, podendo variar desde uma simples manifestação cutânea até a morte. Pode ser de dois tipos: os causados por erros e os inerentes à droga. Os causados por erros são evitáveis, e os inerentes ao próprio medicamento, portanto não evitáveis, são chamados de reações adversas.⁷⁶

⁷³ GOMES, J. C. M. et al. **Erro médico: um enfoque sobre sua origem e consequências**. Montes Claros (MG): Unimontes, 1999. p.25.

⁷⁴ MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e Justiça**. São Paulo: RT,2003. p.426.

⁷⁵ SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico – Inversão do Ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2008. p.107.

⁷⁶ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p.47-48.

Deste modo, consoante os ensinamentos expostos por Raul Canal, em sua obra *Erro Médico e Judicialização da Medicina*⁷⁷, a falta de mecanismos e estratégias que possam minimizar os erros antes de chegar ao paciente é um dos motivos que contribui para o elevado número de erros pressentidos na atividade dos profissionais de saúde. Um dos pontos abordados pelo autor é o esquecimento da premissa de que os médicos, como seres humanos, cometerão erros. O primeiro passo para a prevenção do erro é saber que ele existe e, somando-se a esse fato, possibilitar a criação de mecanismos de prevenção e correção.

Saliente-se que, para a configuração do erro médico, e sua consequente responsabilidade civil, faz-se necessária a devida comprovação da ação delituosa no exercício da atividade médica. Dentro dessa ótica, cabe ressaltar que a conduta culposa no erro médico será melhor explorada no ponto seguinte.

2.4. Responsabilidade Civil do Médico

Na doutrina de Gomes:

O paciente, vítima de erro médico, pode acionar o profissional diante de quatro esferas distintas e com regras procedimentais bem específicas: esferas civil, penal, administrativa e disciplinar. O erro médico, fundamentado no contrato entre o paciente e o médico, estaria adstrito à jurisdição civil, enquanto os atos ilícitos dolosos – como a omissão de socorro –, à jurisdição penal. A ação administrativa relaciona-se aos médicos ligados a hospitais que poderiam, em primeira instância, serem vítimas de processos administrativos em hospitais públicos e, por último, a instância disciplinar que diz respeito às infrações do Código de Ética Médica – de responsabilidade dos conselhos de medicina.⁷⁸

A responsabilidade civil do médico se enquadra, em regra, na teoria da responsabilidade subjetiva, como anteriormente explicada, adotando-se o princípio da comprovação da culpa através do artigo 186 do Código Civil de 2002⁷⁹. Contudo, o artigo 927 do mesmo dispositivo legal institui que a responsabilidade civil independe do elemento culpa:

Arts. 186 e 187. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

⁷⁷ Ibidem.p.48.

⁷⁸ GOMES, J. C. M. et al. **Erro médico: um enfoque sobre sua origem e consequências**. Montes Claros (MG): Unimontes, 1999.p.37.

⁷⁹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm Acessado em: 06/05/2018.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a responsabilidade por danos causados aos consumidores pelos serviços prestados de forma defeituosa e admite a possibilidade da responsabilização civil sem a comprovação da culpa, ou seja, a responsabilidade objetiva.

E ainda, o §4º do mencionado artigo faz menção aos profissionais liberais, e, a fim de regular os efeitos jurídicos oriundos do ato ilícito, possui como o pressuposto para a responsabilização desta categoria o critério da culpa. Compreende-se então que a responsabilização dos médicos será apurada na corrente da responsabilidade subjetiva.

Antônio Herman de Vasconcelos Benjamim pontua que em todo o sistema, prevê-se uma única exceção ao princípio da responsabilização objetiva para acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais.⁸⁰

2.5 Culpa Médica

Com vistas a consagrar o que já foi anteriormente esclarecido, e em consonância com o nosso sistema, a caracterização dos elementos formadores da obrigação de reparar se baseia na existência de uma ação ou omissão, da presença do elemento danoso, da culpa, e por fim, do nexo causal. Ademais, em harmonia com a regra da responsabilidade subjetiva estabelecida pelo artigo 186 do Código Civil, o agente somente pode ser responsabilizado quando, culposamente, não respeita um dever de cuidado objetivamente devido. Tendo, assim, uma conduta delituosa, ilícita.

A responsabilidade no erro médico seguirá em conformidade com os pressupostos gerais da responsabilidade civil, ou seja, para que haja sua configuração faz-se imprescindível que tenha sido a prática de uma conduta consciente e capaz, de maneira espontânea, e ainda com a intenção de fazê-la ou com simples culpa, para que se possa exigir o ressarcimento dos prejuízos decorrentes do seu ato.

⁸⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. **V. Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.139.

Destarte, de acordo com os ensinamentos de Raul Canal, a culpa se caracteriza em três modalidades, quais sejam, negligência, imperícia ou imprudência e sempre será involuntária. Caso a ação ou omissão do médico seja voluntária, entraremos em outra seara, a do dolo, onde há o resultado. O dolo ainda se caracteriza, quando, mesmo não existindo uma vontade direcionada para a produção de determinado resultado, o médico, conscientemente, assume o risco de produzi-lo.

A culpa, todavia, segue o autor, sempre será involuntária, sem a intenção deliberada de produzir ou provocar o dano. Para que o médico seja responsabilizado, haverá de ser demonstrada uma conduta negligente, imprudente ou imperita, a qual por si só, ou concorrentemente com outra conduta da vítima ou de terceiros, ou, ainda, aliada a outras concausas, tenha produzido o resultado danoso ou contribuído para o seu agravamento, diz Canal.⁸¹

Pelos argumentos expostos, pode-se entender a culpa como sendo o erro de conduta do indivíduo que age de maneira diferente da esperada, não tomando o devido cuidado em evitar danos a terceiros, independentemente da efetiva materialização dos prejuízos.

É imprescindível que seja demonstrado o liame provocativo entre a conduta culposa (imprudente, imperita ou negligente) e o resultado não desejado, do qual resulte em um prejuízo ao paciente ou possa representar.

Outrossim, vemos que a simples comprovação do dano, ou a mera conexão provocativa do procedimento médico e do evento danoso ao qual o paciente se submetera, será insuficiente para ensejar a reparação civil, sendo, portanto, necessário que o agir seja imbuído do atributo culposo (sendo causa primeira ou concorrente para o resultado).

2.6 Excludentes da Responsabilidade Civil Médica:

Conforme foi mencionado no capítulo anterior, para que haja a responsabilização do médico pelos danos sofridos ou experimentados pela paciente, faz-se necessário que estejam presentes, conjuntamente, o dano comprovado, a conduta culposa e o nexo de causalidade. Em outras palavras, para que a ação culposa do médico possa ensejar em responsabilidade civil, o médico não deve apenas ter contribuído para o evento danoso, mas que tenha sido a causa primeira, sem a qual o dano não poderia ter sido realizado.

⁸¹ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p.133.

Entretanto, alinhado ao disposto no Código Civil brasileiro, há situações em que a responsabilidade do médico é totalmente afastada. O artigo 393 do Código Civil dispõe que:

*Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”
“Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”*

Dessa maneira, nas referidas situações verifica-se que há o afastamento da ilicitude do fato, e, por conseguinte, não se pode falar em responsabilidade civil quando não há o dever de reparar.

Conforme exposto por Raul Canal, em sua obra *Judicialização da Medicina*, além das duas hipóteses previstas em nosso ordenamento, o autor faz menção à culpa exclusiva (ou concorrente) da vítima, ao fato de terceiro e à cláusula de não indenizar.

2.6.1 Culpa Exclusiva ou Concorrente Da Vítima

Como bem esclarece Raul Canal ocorre a culpa exclusiva da vítima (do paciente), quando a conduta do médico em nada contribuiu para a ocorrência do evento danoso. A conduta do paciente, por si só, provocou o resultado indesejado”.⁸²

Cumprir registrar que, conforme o disposto em nossa legislação, a culpa exclusiva da vítima não se encontra expressamente prevista. Acontece que o Código Civil de 2002 estabeleceu apenas a culpa concorrente da vítima, no artigo 945, ao dispor que:

Art. 945. “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”.

No entendimento de Silvio Rodrigues, citado na obra de Raul Canal, quando ocorre culpa exclusiva da vítima desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima.⁸³ Já na culpa concorrente, sua responsabilidade se atenua, pois o evento danoso deflui tanto de sua culpa, quanto da culpa da vítima.

⁸² CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014.p.69.

⁸³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Volume IV, Editora Saraiva. São Paulo. 2002. p.165.

Sendo assim, o agir culposo da vítima fulmina com o nexu causal eliminando a responsabilidade civil. Entretanto, existem casos em que a vítima e o agressor (no caso, o médico) concorrem na culpa.

Com relação à concorrência de culpa, o retro autor afirma que:

Casos em que existe culpa da vítima, paralelamente à culpa concorrente do agente causador do dano. Nessas hipóteses o evento danoso decorreu tanto do comportamento culposo daquela, quanto do comportamento culposo deste. Por conseguinte, se houver algo a indenizar, a indenização será repartida entre os dois responsáveis, na proporção que for justa.⁸⁴

Portanto, na culpa exclusiva da vítima, a circunstância deriva do próprio comportamento culposo desta que por vezes deixa de cumprir a conduta prescrita pelo médico.

Observa-se que os deveres dos médicos são constantemente mencionados, mas muito pouco se refere na mídia, ou na própria doutrina, sobre as obrigações dos pacientes.

Mister, pois, a passagem de Elias Kallas, que ilustra muito bem acerca dos encargos do paciente:

Roberto Godoy⁸⁵ identifica pelo menos dois deveres atribuídos ao paciente: dever de veracidade e completitude das informações prestadas ao médico e dever de obediência às orientações do tratamento

O primeiro corresponde, de certo modo, à regra geral de boa-fé que deve sempre permear a relação médico/paciente, uma vez que as informações oferecidas pelo cliente, aliadas, naturalmente, a outros exames realizados pelo profissional, representam as premissas das quais vai partir seu raciocínio clínico, a fim de que seja possível alcançar uma hipótese diagnóstica e, conseqüentemente, a indicação terapêutica para o caso.

O dever de obediência às orientações do tratamento, por sua vez, implica que o paciente deva seguir rigorosamente a prescrição médica, inclusive quanto a restrições alimentares, proibições de esforço físico e de exposição a fontes de luz ou calor (etc.), bem como relatar a ocorrência de reações adversas ou a persistência dos sintomas, se for o caso.⁸⁶

Conclui-se que, havendo culpa exclusiva da vítima na produção da lesão, não há que se falar em responsabilidade civil, conseqüente que, por consequência, elide a obrigação de indenizar. Ademais, na ocorrência de culpa concorrente existe a responsabilização civil do agressor no limite de sua culpa, tendo que ambas as partes agem em qualquer das modalidades de culpa (negligência, imprudência e imperícia).

⁸⁴ Ibidem. p.166.

⁸⁵GODOY, Roberto. **A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, n. 777, p. 96, jul. 2000.

⁸⁶ Kallas, Elias Filho. **O fato da Técnica: Excludente da Responsabilidade Civil do Médico.** 2013. p. 142.

2.6.2 Caso Fortuito ou Força Maior

O dano sofrido pelo paciente decorrente do caso fortuito ou força maior exonera o médico da sua responsabilização do evento prejudicial. A força maior é o resultado de um acontecimento aquém das atribuições e possibilidades que o médico possui para o contrapor, como por exemplo, guerra, greve, etc. Já o caso fortuito se caracteriza como um fato imprevisível ou inevitável, pois é um acontecimento de ordem natural, por exemplo terremotos, inundação, entre outros.

Ao discorrer sobre esse ponto, Maria Helena Diniz afirma que:

Na força maior, conhece-se a causa que dá origem ao evento, pois se trata de um fato da natureza, como, por exemplo, incêndio; rio que provoca inundação, que danifica produtos; (...) No caso fortuito o acidente que gera o dano advém de (...) causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos (...)"

E ainda:

“o caso fortuito e força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se encontra na inevitabilidade do evento, e o subjetivo que é a ausência de culpa na produção do acontecimento.”⁸⁷

Acerca do tema, Raul Canal, entende o seguinte:

A diferença básica entre um fenômeno e outro é que o caso fortuito se caracteriza pela imprevisibilidade. Já a força maior, pela inevitabilidade. Sempre, portanto, que o fato médico gerado do dano ao paciente se revestir de imprevisibilidade, inevitabilidade, irresistibilidade ou invencibilidade, estará configura a excludente de responsabilidade civil do médico. Portanto, não haverá o dever de indenizar.⁸⁸

Continuando em conformidade com o lecionado por Raul Canal, para que haja a configuração de caso fortuito ou força maior, como anteriormente mencionado no art 393 do CC, faz-se indispensável que o acontecimento seja necessário, superveniente, inevitável e irresistível, de forma que o médico, durante sua prática, não tenha nenhum poder de decisão para modificar o resultado danoso.

⁸⁷ Diniz, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva. 2003. p.105.

⁸⁸ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014.p.71.

A título ilustrativo segue o exemplo da não configuração de erro médico em razão de caso fortuito, tendo em vista a não configuração em uma situação de risco previsível:

CIVIL - INDENIZAÇÃO - PACIENTE PORTADOR DE PCA (PERSISTÊNCIA DO CANAL ARTERIAL) - **ERRO MÉDICO NÃO CARACTERIZADO - INCAPACIDADE FÍSICA RESULTANTE DE CASO FORTUITO.** 1. O MÉDICO, EM SUA ARTE, DEVE SER CONHECEDOR DA CIÊNCIA PARA DAR SEGURANÇA AO PACIENTE, SENDO A SUA OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO, RELATIVAMENTE À TERAPIA E TRATAMENTO DO ENFERMO. 2. MOSTRANDO-SE O ATO CIRÚRGICO LEVADO A CABO O MAIS ADEQUADO E INDICADO PARA A CURA DO PACIENTE PORTADOR DE PCA (PERSISTÊNCIA DO CANAL ARTERIAL), INCOGITÁVEL FALAR-SE EM CULPA DO PROFISSIONAL, TANTO MAIS CONSIDERANDO QUE A CIRURGIA, PELA SUA PRÓPRIA NATUREZA E LEVANDO-SE EM CONTA A IDADE DO PACIENTE, PODERIA DESENCADear NUM PROCESSO DE HEMORRAGIA, COMO DE FATO OCORREU, SENDO CERTO TAMBÉM QUE, PARA CESSÁ-LA, NÃO HAVIA OUTRA OPÇÃO, SOB PENA DE ÓBITO DO PACIENTE, SENÃO INICIAR UM PROCESSO IMEDIATO DE INTERRUÇÃO DO FLUXO SANGÜÍNEO, CIRCUNSTÂNCIA ESSA, ALIÁS, QUE ACABOU AFETANDO A REGIÃO DA MEDULA DO PACIENTE E ACARRETOU A PARALISIA DOS SEUS MEMBROS INFERIORES. 3. ADEMAIS, SE PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA OS PROFISSIONAIS NÃO SE MOSTRARAM INCAUTOS, NÃO SE DESVIARAM DOS PROCEDIMENTOS NECESSÁRIOS AO SEU MISTER, AO REVÉS, PROVIDENCIARAM TODOS OS MEIOS ADEQUADOS PARA PRESERVAR A VIDA DO PACIENTE, TEM-SE QUE A MALFADADA CONSEQUÊNCIA HÁ QUE SER ENQUADRADA COMO CASO FORTUITO. 4. DESTARTE, NÃO RESTANDO DEMONSTRADO QUE A HEMORRAGIA OCASIONADA PELO ROMPIMENTO DO VASO SANGÜÍNEO RESULTOU DE IMPERÍCIA, IMPRUDÊNCIA E/OU NEGLIGÊNCIA DOS MÉDICOS OU, AINDA, QUE O PROCEDIMENTO PARA ESTANCÁ-LA SE DEU DE MANEIRA ERRÔNEA, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM CULPA E, PORTANTO, A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO ERA MEDIDA QUE REALMENTE SE IMPUNHA. 5. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-DF - AC: 20040150078576 DF, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 04/04/2005, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 04/08/2005 Pág. : 72)⁸⁹ (grifo nosso)

2.6.3 Fato de Terceiro

O fato de terceiro se concretiza quando o causador do dano fica isento tanto de sua responsabilidade quanto de seu dever de indenizar, devido a conduta de outrem (omissiva ou comissiva) produzida por agente totalmente alheio à relação do médico e paciente que resultou em prejuízo à vítima.

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Segunda Turma Cível). Apelação cível nº AC 20040150078576 DF. Apelante: Irineu Vieira Moreira. Apelada: Hospital Santa Lúcia S.A. Presidente e Relator: J. J. Costa Carvalho. Brasília (DF), 04 de abril de 2005. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2906888/apelacao-civel-ac-20040150078576-df> > acesso em 30/05/2018

Raul Canal menciona em sua obra uma passagem de Godoy Franco que nos é oportuna citar:

A única forma de o fato de terceiro prestar-se a excluir a responsabilidade civil do causador direto do dano é se este tiver se produzido exclusivamente em razão da conduta daquele, de modo a excluir o próprio nexos de causalidade existente entre a conduta do agente e o dano causado.⁹⁰

O retro autor nos instrui com os seguintes exemplos:

Exemplo clássico seria o enfermeiro que aplicou uma injeção pela via equivocada. Foi prescrito intramuscular e ele aplicou pela via endovenosa. Há uma casuística recente de um enfermeiro que ministrou o alimento pela via venosa em vez de fazê-lo pela sonda parenteral, provocando o óbito do paciente. Outro exemplo seria o nutricionista que indicou alimento salgado para paciente hipertenso, provocando um pico hipertensivo, com consequente acidente vascular cerebral.⁹¹

Na doutrina de Sílvio Rodrigues:

Quando o fato de terceiro é fonte exclusiva do prejuízo, desaparece qualquer relação de causalidade entre o comportamento do indigitado responsável e a vítima. Assim, o disparo, feito no interior da viatura por terceiro, exime o transportador de responsabilidade pelo dano experimentado pelo passageiro ferido com o projétil. Na verdade entre o passageiro e o transportador houve um contrato pelo qual este se obrigava a entregar aquele, incólume, no lugar do destino. É evidente que o contrato não foi cumprido. Entretanto, é inegável que o transportador foi impossibilitado de cumprir o prometido em virtude do fato de terceiro, que, disparando a arma de fogo, atingiu o passageiro. Tal fato, imprevisível e inevitável, partindo de terceiro, constituiu causa única do inadimplemento do transportador, que ficou alforriado do dever de reparar.⁹²

Nesta mesma linha e continuando na exposição das ideias do autor precedente, é oportuno fazer menção acerca de sua colocação na intervenção de terceiro: “temos que entender por terceiro, nessa premissa, alguém mais além da vítima e do causador do dano. Na relação negocial, é mais fácil a conceituação de terceiro, pois se trata de quem não participou do negócio jurídico”.

Para Venosa, a conceituação do terceiro, para a configuração do fenômeno, é alguém mais além da vítima e do causador do dano. Na relação negocial, diz ele, é mais fácil a conceituação de terceiro, pois se trata de quem não participou do negócio jurídico.⁹³

⁹⁰ Canal, op. Cit, p. 73.

⁹¹ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p. 73.

⁹² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.169.

⁹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p.48.

Salienta-se que, nas hipóteses anteriores, o resultado não desejado, o dano, ocorreu exclusivamente em virtude da intervenção de terceiro, não tendo o médico contribuído para o resultado adverso.

Outrossim, é de nosso interesse citar o julgamento do TJDFT posto por Raul Canal e sua reflexão sobre o caso, o qual nos diz:

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao julgar a apelação cível número 00343343-53.2000.8.07.0001, de quem foi relator o Desembargador ASDRÚBAL NASCIMENTO LIMA, em que o autor, vítima de acidente de trânsito, reclamava erro médico, pois, vários dias após o atendimento médico a que fora submetido em virtude das lesões provocadas pelo acidente, encontrara fragmentos de vidro dentro do joelho. Entendeu o tribunal não haver responsabilidade do hospital e da equipe médica, pois a lesão foi atribuída a fato de terceiro, no caso, o motorista que provocara o acidente e que era parte estranha à relação processual.⁹⁴

Assim dispõe o referido julgamento:

INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - ERRO MÉDICO NÃO CONSTATADO - IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

01.No tocante à alegação de que restou comprovada a responsabilidade objetiva por parte do Estado, conforme preceitua o artigo 37, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, **tal não se aplica ao caso em análise, levando-se em consideração que a lesão sofrida pelo Autor, ora Apelante, ocorreu em face de acidente de trânsito a que esteve envolvido, tendo sido lesionado por terceiro, que não faz parte da relação processual.** 02.O fato de que fora encontrado fragmento de vidro dentro do joelho do Apelante após decorridos vários dias do atendimento realizado no nosocômio público, por si só, não tem o condão de imputar a responsabilidade civil alegada. Por outro lado, não restou comprovado que a permanência do fragmento de vidro foi a causa determinante de sua deformidade. 03.Os fatos alegados não são idôneos a imputar a responsabilidade objetiva ao demandado, em razão de ausência de comprovação. 04.Ao beneficiário da assistência judiciária aplica-se o disposto no art. 12 da Lei 1060/50. 05.Apelação provida em parte. Unânime. (Acórdão n.233595, 20000110343434APC, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA, Revisor: ASDRUBAL NASCIMENTO, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/09/2005, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 12/01/2006. Pág.: 84)⁹⁵ (Grifo nosso)

2.7 Natureza da Relação Médico-Paciente

Existe um embate jurídico em torno da caracterização da natureza da relação médico-paciente ser contratual ou extracontratual. A divergência de opiniões se dá em duas correntes, sendo que a primeira proclama que a responsabilidade médica é sempre de natureza contratual,

⁹⁴ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p.74.

⁹⁵ Disponível em: < <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 31/05/2018.

e a segunda consagra ser em alguns casos, excepcional, de maneira extracontratual. Essa oposição advém do fato de que nos casos de erro médico a responsabilidade civil se daria em razão da antijuridicidade do ato, ensejando na sua indenização, e não pela inobservância ou descumprimento de obrigação previamente assumida.

Sobre esse ponto, importante salientar a doutrina de Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza que preconiza que:

O aludido dispositivo⁹⁶ encontra-se no campo dos atos ilícitos, no capítulo II do título VIII do Código Civil brasileiro. No entanto, cumpre ressaltar que a natureza da responsabilidade civil médica é contratual, não havendo, na verdade, maiores controvérsias acerca do tema. A relação jurídica existente entre o médico e o paciente é obrigacional, vale dizer, “ex contractu”. Portanto, não obstante encontrar-se aludido dispositivo no campo dos atos ilícitos, mister que se tenha em mente que dúvida não há acerca da natureza jurídica da responsabilidade civil médica, que é contratual, com assente na melhor doutrina.⁹⁷

Caio Mário da Silva Pereira, concordando com o posicionamento anterior, assevera que embora o Código Brasileiro insira a responsabilidade médica em dispositivo que diz à responsabilidade aquiliana, esta há de ser considerada como responsabilidade contratual.⁹⁸

Com relação à bipartição entre essas duas formas de responsabilidade, Fernando Noronha pontua que a “responsabilidade contratual” e “extracontratual” remonta ao século XVIII, no qual a atenção era voltada às transações comerciais e às obrigações assumidas no âmbito da autonomia privada (contratuais) e que, hoje, a responsabilidade extracontratual não é “simplesmente aquela que fica para além dos contratos”, sendo “bem mais importante (...), o regime-regra da responsabilidade civil” (2013, p.455).

Segundo a corrente majoritária da doutrina pátria, a responsabilidade civil do médico é de natureza contratual. Salienta Hildegard Tagessell Giostri que a opinião dominante em relação à natureza jurídica da responsabilidade médica opta por sustentar que, em regra, os profissionais liberais estão unidos a seus clientes por um vínculo contratual.⁹⁹

⁹⁶ Os autores fazem referência ao **artigo 1.545 do Código Civil**: Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou da imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

⁹⁷ COUTO, Antonio Ferreira Filho. SOUZA, Alex Pereira. **A improcedência no suposto erro médico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.27.

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Forense. Rio de Janeiro. 2016. p.150.

⁹⁹GIOSTRI, Hildegard Tagessell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 2002. p.59.

De acordo com Décio Policastro, o profissional de saúde terá como marco inicial da responsabilização a aceitação do tratamento do paciente, surgindo nesse momento um vínculo, podendo ser de natureza contratual ou extracontratual. O autor vai além e nos instrui acerca da diferenciação da natureza entre os tipos de responsabilidade a qual nos convém exemplificar:

Será contratual quando convencionam a prestação dos serviços verbalmente, por escrito ou tacitamente (subentendido, não expresso formalmente, implícito)¹⁰⁰. Será extracontratual quando, embora sem prévia existência de contrato, um acontecimento imprevisto e grave cause situação de emergência tal, que obrigue o médico intervir para dar assistência de urgência a alguém. Exemplo: Vítimas de mal súbito, acidente ocorrido em via pública, desastres, calamidades.¹⁰¹

No que tange à intercorrência resultante de resultado adverso, no sentir de Canal, é imprescindível que haja uma investigação para averiguar a qual dos agentes e em quais limites e condições deverá ser imputada a responsabilização da ocorrência danosa. Assim dispõe o autor:

Nesse aspecto o ponto central e nevrálgico da investigação se norteara em saber se era exigível ou não do médico conduta diferente daquela praticada. A inexigibilidade de conduta diversa afasta de pronto a responsabilidade do profissional, quando falamos de responsabilidade subjetiva ou contratual, que é a predominante no Brasil. Para tanto não se poderá estabelecer um padrão de conduta universal, mas sim analise-se o caso concreto. A investigação deverá ser ampla, pois a mesma conduta prática por um médico em um grande hospital metropolitano, aparelhado tecnologicamente e com todos os recursos da farmacopeia e dos meios de estabelecimento de diagnósticos não poderá ser exigível de um médico, em hipótese idêntica, no interior do sertão nordestino ou numa pequena cidade fronteiriça ou da selva amazônica, totalmente desprovido de equipamentos fármacos e meios de estabelecimento de diagnósticos.¹⁰²

Em nada se afasta a doutrina de Sergio Cavaliere Filho:

A responsabilidade médica é, de regra, contratual, em razão da forma como se constitui a relação paciente-médico. Normalmente, o paciente procura o médico, escolhe o profissional de sua confiança, constituindo com ele vínculo contratual. Resta, todavia, uma vasta área para a responsabilidade médica extracontratual, como, por exemplo, nos casos de atendimento de emergência, estando o paciente inconsciente, ou quando o médico se recusa a atender o paciente nesse estado 6 emergencial; tratamento desnecessário, cirurgias sabidamente indevidas, experiências médicas arriscadas, etc. Há, ainda, casos, até, de ilícito penal perpetrado por médicos que realizam aborto fora dos casos permitidos em lei, desligam aparelhos para apressar a morte do paciente, receitam tóxicos ou substâncias entorpecentes indevidamente etc.¹⁰³

¹⁰⁰ Código Civil: “ Art.107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir.” E ainda, segundo o Código de Ética Médica: “É vedado ao médico: (...) Art. 90. Deixar de ajustar previamente com o paciente o custo provável dos procedimentos propostos, quando solicitado. Art. 91 – Firmar qualquer contrato de assistência médica que subordine os honorários ao resultado do tratamento ou à cura do paciente”.

¹⁰¹ POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. São Paulo. 2009. p.02.

¹⁰² CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p.34.

¹⁰³ CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo. Editora Atlas. 2001. p.272.

2.8 Natureza Contratual da Relação Médico-Paciente

A relação médico-paciente será de natureza contratual quando for derivada de um contrato estabelecido espontaneamente entre paciente e profissional, sendo na grande maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da medicina privada, isto é, ao profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente.

Canal assevera que no primeiro critério, o agente causador do dano somente será responsabilizado pelas consequências se sua conduta for caracterizada como culposa, através de uma ou das três modalidades de culpa: negligência, imprudência e imperícia.¹⁰⁴

Acentua o autor acerca do tema:

A primeira corrente, à qual se filia a larga maioria, se estriba no fato de que o paciente (ou algum responsável legal ou representante em seu nome), quando procura o médico, sendo que este aceita tratá-lo, firmam, entre si, um negócio jurídico. O contrato de prestação de serviços do médico dispensa formalidades, caracterizando-se, quase que uniformemente, em contrato verbal, também conhecido como contrato tácito. Para seu aperfeiçoamento, suficiente o acordo uníssono com o Código Civil e exige a caracterização da culpa para aferição da responsabilidade civil.¹⁰⁵

No mesmo sentido o argumentado por Gomes:

Para configurar a responsabilidade contratual faz-se necessário existir um contrato válido, que o prejuízo resulte da inexecução de obrigação originária do contrato e, finalmente, que o contrato relacione o responsável com a vítima. Caberá ao credor, apenas, demonstrar que a obrigação não foi cumprida.¹⁰⁶

A reflexão de Fabrício Zamprogna Matielo traz significativa contribuição ao entendimento dessa relação contratual:

Essa espécie de contratação não encontra espaço particular na legislação nacional ou como previsão consagrada pela autonomia, sendo, então, figura atípica, inominada, mas nem por isso com menor tutela jurídica. Para vigorar não necessita de forma especial, nem de definição exata quanto ao objeto em suas minúcias, tampouco preço e condições de pagamento. A forma, como visto, é absolutamente livre, sendo suficiente que se prove a existência do liame das partes entre si, o que gerará os direitos e as obrigações pertinentes. Por objeto do contrato não se deve entender uma cirurgia, ou a ministração deste ou daquele medicamento, mas a atividade médica globalmente considerada, isto é, a aplicação zelosa de todos os meios que se fizerem necessários e estiverem razoavelmente disponíveis.¹⁰⁷

¹⁰⁴ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p. 34.

¹⁰⁵ Ibidem. p.39.

¹⁰⁶ GOMES, Fernando Correia Lima. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. 2012. p.34.

¹⁰⁷ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzato,1998. p.46.

Acentua Décio que as relações do prestador de serviços de saúde contratado por entidades públicas e privadas com as pessoas atendidas por elas, são consideradas de natureza extracontratual.¹⁰⁸

2.9 Natureza Extracontratual da Relação Médico-Paciente

Para uma melhor compreensão da matéria é conveniente mencionar os artigos 186 e 927 do Código Civil, que estabelecem:

Artigo 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.

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Insta salientar que este último parágrafo não se aplica à relação de médico-paciente. Ressalta-se que a nova lei desprezou a modalidade culposa da imperícia, a qual existia no Código Civil precedente. E, como bem esclarece Gomes:

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana deriva do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém, observados os arts. 186 e 927 do Código Civil. No caso, o credor será obrigado a provar todos os pressupostos da responsabilidade civil.

Cumprir registrar a ideia preconizada por Raul Canal:

Nem sempre, todavia, será considerado apenas o critério da culpa, que caracteriza a responsabilidade subjetiva. Poderá ser levado em conta também o critério do risco, que caracteriza a responsabilidade objetiva ou extracontratual. Nesta última hipótese, são tomados em conta apenas o dano e o nexo causal, sem que seja investigada a hipótese de culpa ou não do agente causador do dano”.

“ (...) basta que a atividade do agente se insira entre aquelas que representam o risco e ele por esse risco responde e assume a responsabilidade de produzir um resultado indesejado ou diferente daquele pactuado ou esperado pela vítima do dano. Trata-se da responsabilidade objetiva ou extracontratual.¹⁰⁹

¹⁰⁸ POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. São Paulo. 2009. p.03.

¹⁰⁹ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p. 34

Hildegard Taggesell Giostri elenca algumas das situações que acabam por modificar a natureza da responsabilidade médica, transferindo-as para o campo da extracontratualidade, as quais cumpre-nos citar:

- 1) Casos em que os serviços prestados pelo facultativo o sejam de forma espontânea, sem intervenção alguma da vontade do paciente. Por exemplo, quando o médico dá atendimento à vítima de acidente, ou de mal súbito, em via pública. É Indubitável que o paciente está sem condições de doar seu consentimento, não há como conjecturar-se a existência de um contrato, já que este pressupõe um acordo de vontades coincidentes e exteriorizadas.
- 2) O atendimento médico a incapaz de fato, sem poder comunicar-se com seu representante legal a fim de obter a devida autorização.
- 3) A atividade do facultativo desenvolvida contra a vontade do paciente, *verbi gratia*, nos casos de suicida que recebe assistência antes da consumação do fato.
- 4) No caso de serviços médicos requeridos por pessoa distinta do paciente, sempre e quando aquela não se apresente como representante legal ou voluntária do paciente, o que obrigaria contratualmente ao último.
- 5) Quando o feito médico configurar, sem prejuízo da ilicitude civil, um delito penal eivado de dolo. Como exemplo, uma mutilação inútil ou um experimento sem fim curativo.
- 6) Quando o contrato celebrado entre facultativo e paciente for nulo, *lato sensu*, por carecer de alguns elementos essenciais ou pela presença de qualquer outro defeito ou vício.
- 7) O atendimento por intermediário do serviço público patrocinado pelo Estado, e que caracteriza responsabilidade objetiva para a entidade e extracontratual para o profissional.
- 8) Os efeitos de um incêndio no consultório ou os prejuízos materiais ou morais quem podem advir de uma visita médica.¹¹⁰

Deste modo, há de se comungar com a ideia de Maria Helena Diniz, que admite a possibilidade de eventual da responsabilidade extranegocial do facultativo:

Realmente nítido é o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão. O médico, *p. ex.*, responderá extracontratualmente quando: a) fornecer atestado falso; b) permitir a circulação de obra por ele escrita com erros de revisão relativos à dosagem de medicamentos, o que vem a ocasionar acidentes ou mortes; d) não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhora nas condições em que o cliente está sendo tratado; e) operar sem estar habilitado para tal; f) lançar mão de tratamento cientificamente condenado, causando deformação no paciente.¹¹¹

¹¹⁰GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 62-64.

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**, p.457.

2.10 Obrigação de meio e de resultado

É imprescindível para o trabalho a correta diferenciação entre a obrigação de meio e de resultado em razão de que muitas vezes elas são utilizadas para diferenciar uma prestação de serviço¹¹². Assim sendo, no entendimento de Fernando Gomes a responsabilidade civil faz parte do Direito obrigacional, haja vista que o autor de um dano adquire a obrigação de repará-lo. A obrigação seria, então, diz o autor, o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação, respondendo este com o próprio patrimônio pelas suas obrigações.¹¹³

Dessarte, as obrigações serão classificadas como obrigação de meio ou de resultado, a depender da sua natureza, objeto ou conteúdo. E, ainda, no que tange a sua aplicabilidade, haverá de ser no campo da responsabilidade civil por danos no exercício da profissão, cuja natureza jurídica, segundo a doutrina majoritária, é de natureza contratual. Theodoro Júnior pontua sobre o tema:

[...] na obrigação de resultado, o contratante se obriga a alcançar um determinado fim, cuja não consecução importa em descumprimento do contrato. Já na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo.¹¹⁴

Gomes exemplifica bem:

Será de resultado a obrigação do transportador, quer de cargas ou pessoas, do mecânico, do arquiteto, do construtor; e, no geral, de meio, a obrigação do advogado, do professor, do publicitário e do médico. Na obrigação de meio, o objeto ou conteúdo da obrigação é o comportamento do devedor, não se cogitando o resultado final, e o ônus da prova caberá ao credor. Na obrigação de resultado, o objeto ou conteúdo da obrigação é o resultado da atividade do devedor, cogitando-se o resultado final, e o ônus da prova caberá ao devedor.¹¹⁵

A obrigação de meio determina uma conduta do profissional, o obriga a agir em conformidade com a técnica e ética da sua ciência. Ele deve se comprometer a utilizar de todos os meios possíveis para atingir o resultado, devendo ser zeloso e diligente.

¹¹²SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico – Inversão do Ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2016. p.112.

¹¹³GOMES, Fernando Correia Lima. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. 2012. p.35.

¹¹⁴THEODORO, Júnior Humberto. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. **Revista dos Tribunais**, São paulo, a.88,v.760,p.41,fev.1999.

¹¹⁵GOMES, Fernando Correia Lima. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. 2012. p.35.

Mister, pois, uma passagem, ainda que célere, pelas ideias fundadas por Giostri sobre a diligência da conduta médica, o qual explica que:

O Código Civil não especifica o que seria diligência, mas pode-se bem entender – em especial no caso do profissional médico – que ela se traduz pela observância às normas técnicas e que, aquele que as cumpre, realiza uma prestação tecnicamente perfeita, ainda que o melhor resultado não seja atingido.¹¹⁶

Por fim, cumpre registrar que conforme os ensinamentos de Canal o profissional de Medicina tem que se ater à observância do dever de prudência, diligência, perícia, cuidado e atenção no exercício da sua atividade, não se responsabilizando, entretanto, pelas causas anteriormente citadas, as quais excluem a sua responsabilidade. Isso se deve ao fato de que, como explanado anteriormente, a responsabilidade do médico se enquadra na categoria da obrigação de meios, e não de resultado. Assim, nas palavras do retro autor:

Isso decorre porque a obrigação assumida pelo médico perante seu paciente se configura numa obrigação de meios e não de resultados. Ou seja, o médico deve empregar toda a sua expertise, todo o seu conhecimento acumulado, toda a sua perícia, toda a sua atenção, todo o seu interesse, toda a sua força intelectual, todos os recursos tecnológicos e da farmacopeia, enfim, tudo o que estiver ao seu alcance para salvar a vida, restabelecer ou preservar a saúde de seu paciente. Todavia, não se obriga a atingir aquele resultado, mas sim a empregar todos os meios possíveis e disponíveis para tanto. Se porventura o resultado não for atingido, sem que tenha havido dolo ou culpa do Médico, não há a obrigação de reparar, indenizar ou compensar. Tal dever somente nasce se houver uma conduta omissiva ou comissiva do médico, caracterizada por culpa ou dolo e que tal conduta tenha contribuído de forma causal e consequente para o atingimento daquele resultado, diverso e adverso do esperado, proposto ou desejado.¹¹⁷

2.11 De quem é a obrigação de provar o erro médico. O Código de Defesa do Consumidor

Como bem esclarece Décio Policastro o sistema legal brasileiro baseia-se na livre convicção do juiz para o julgamento da ação. Assim, a prova produzida no processo é que fornecerá os elementos necessários ao seu convencimento para decidir a favor ou não da vítima e, indicar quem deverá ressarcir o dano.¹¹⁸

¹¹⁶ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2002.

¹¹⁷ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p.38.

¹¹⁸ POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. São paulo. 2009.p.88.

É importante ter em mente a definição do conceito de *provar* que, segundo Chiovenda, assegura que provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. Inexistindo a exata noção dos fatos, a solução jurídica é difícil.¹¹⁹

Importante mencionar as formas pelas quais o fato jurídico pode ser comprovado. Assim sendo, como dispõe o artigo 212 do Código Civil:

Art. 212. "Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V - perícia."

Deste modo, o fato jurídico pode ser provado mediante as formas estabelecidas anteriormente e também através de qualquer outro meio legal para convencer o juiz. Como institui o artigo 369 do Código de Processo Civil:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

E ainda, continuando com os ensinamentos de Décio Policastro sobre o encargo do ônus da prova:

É regra de direito que os fatos afirmados em juízo devem ser provados por quem alega (ônus da prova). O ônus (obrigação, dever) de provar a existência do fato (dano) no qual o autor da ação baseia seu direito de ser indenizado, compete a ele, vítima direta ou indireta do dano (Código Processo Civil, art.372,I). Pode existir erro médico sem dano. Sem dano material ou moral, não há o que reclamar. Ao imputado causador do dano (réu), incumbe demonstrar a inexistência do direito invocado pelo autor ou a existência de qualquer acontecimento impeditivo do exercício daquele direito (Código Processo Civil, art. 372, II). No caso de erro médico, cabe ao paciente ou quem o representa, provar o fato e a conduta médica que o vitimou.¹²⁰

Para Wambier, Almeida & Talamini, prova é o modo pelo qual o magistrado toma conhecimento dos fatos que embasam a pretensão das partes".¹²¹ Nesta mesma linha, Consuelo

¹¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2002. p.109.

¹²⁰ POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. São paulo. 2009.p.89 (*passagem adaptada para o novo CPC*).

¹²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. et al. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.v.I. p.479.

ressalta a importância dos poderes instrutórios do juiz, pois é através da prova, e com base nela, que o juiz formará o seu convencimento, para posteriormente proferir uma sentença.¹²²

Em face da abordagem do ônus da prova no Código de Processo Civil¹²³, e para uma melhor visualização do tema, mister é a passagem do artigo 373 do Novo CPC:

Art. 373.º O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

Em sua obra, Consuelo retrata que as relações entre as pessoas se intensificaram¹²⁴, o que contribuiu para o aumento de conflitos. Sobre o tema, o autor esclarece que:

Estas relações são regidas não somente pelas normas de direito privado e de direito público e pelas normas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, mas ainda e naturalmente pelas normas ligadas à classe médica, como o Código de Ética Médica e disposições do Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina, uma vez que se está a tratar de prestação de serviços: de um lado, como prestador de serviços, o profissional liberal da área médica; de outro, como tomador da prestação de serviços, o paciente.¹²⁵

Muito se questiona se o médico desenvolve ou não uma atividade de prestação de serviços. Segundo Raul Canal, a resposta seria afirmativa, tendo em vista que sua atuação é oferecida em um mercado de consumo. Sobre essa questão, Canal assinala que:

¹²² SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico – Inversão do Ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2008. p.57-58.

¹²³ BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

¹²⁴ SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico – Inversão do Ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2008. p.61.

Forçoso admitirmos, após muita reflexão, que as relações médico-paciente sejam sim, relações de consumo, porque o médico, efetivamente, é um prestador de serviços, ou, num linguajar mais próximo ao do Código, um fornecedor de serviços e porque os oferece ao mercado mediante remuneração, que poderá ser suportada pelo destinatário final ou por terceiros, como convênios, seguro saúde, plano de saúde ou pelo próprio Estado em suas três esferas. Não vemos como diferenciar o médico do advogado, do cirurgião dentista, do engenheiro, do eletricitista, do bombeiro hidráulico, do pedreiro ou do arquiteto. Muito embora a matéria prima com que lida o médico – vida e saúde do ser humano – seja muito mais preciosa, muito mais delicada, muito mais valiosa, muito mais sutil e muito mais suscetível a vulnerabilidade do acaso, é a atividade do médico que está sendo analisada e não a matéria prima com a qual ele trabalha. De outra banda, como tomador desses serviços e remunerador deles – direta ou indiretamente, temos o paciente, que é o destinatário final de tal atividade, e que busca o médico, o contrata e o remunera para que cuide, preserve ou restabeleça a sua saúde ou, ainda, que salve a sua vida. O paciente é o destinatário final e, portanto, deve ser classificado como consumidor.¹²⁶

Dessarte, o médico é um fornecedor de serviços, o seu trabalho não é um produto, mas sim um serviço, e, em consequência disso, o paciente é um consumidor de serviços de saúde.

Assim, o Código do Consumidor será aplicável na relação médico-paciente e, portanto, depreende-se que o prazo prescricional será de três anos, de acordo com artigo 206, §3º, inciso V do Código Civil. Ademais, segundo o estabelecido pelo Código do Consumidor em seu artigo 27, acerca do prazo legal:

Art.27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço previsto da Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Consoante os ensinamentos de Raul, outra consequência é em relação ao ônus probatório que recai ao autor que necessita comprovar, em juízo, o fato constitutivo de seu direito¹²⁷. E assim, no viés contrário, caberá ao réu trazer a carga probatória invertida – como os fatos modificativos ou impeditivos do direito alegado pelo autor- a fim de formular sua devida defesa.

Mister, pois, a passagem do ônus da prova formulada por Cabral acerca dos processos indenizatórios de responsabilidade civil do médico:

Temos, então, que nos processos indenizatórios que envolvam a responsabilidade civil do médico, o juiz somente poderá inverter o ônus da prova relativamente ao dano e sua extensão e ao nexo de causalidade. Relativamente à culpa do médico pelo agir imprudente, imperito ou negligente, caberá sempre ao autor (paciente) demonstrá-la e prova-la, mesmo que haja a inversão do ônus da prova.

¹²⁶ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p.215.

¹²⁷ *ibidem*. p.218.

A inversão do ônus da prova jamais poderá atingir a discussão a propósito da culpa. Limitar-se-á ao dano e ao nexa causal.¹²⁸

Embora tenhamos falado que a relação médico-paciente é uma relação de consumo, há exceções, como bem estabelece Raul Canal:

Não há, pois, a nosso sentir, como fugir da conclusão de que a relação médico-paciente, por mais sui generis que seja, por mais peculiaridades que guarde, se comparada a outras atividades profissionais ou de prestação de serviços, é sim, uma relação de consumo e, como tal, está regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Exceções à regra, que não podem ser olvidadas, seriam quando o paciente é atendido gratuitamente ou através do Sistema Único de Saúde, porquanto, em não havendo remuneração pelos serviços, não há de se falar em relação de consumo.¹²⁹

2.12 Liquidação do Dano

O profissional médico, que atuar de forma culposa, caracterizada como negligente, imprudente ou imperita, provocando no paciente consequências danosas, como já explanado, terá o dever de indenizar. E, assim, na ótica de Canal:

O dano (ou danos) provocado no paciente não se caracteriza apenas e unicamente por aqueles danos que limitem ou inibam suas atividades físicas ou laborais. Mede-se o dano por todas as restrições, rejeições, angustias, sofrimentos, aborrecimentos, insônias, tristezas, incapacitações, limitações e *minusvalias* que o paciente venha a experimentar no futuro, decorrentes do resultado da má prática do profissional ao qual entregou seu corpo, sua saúde, e sua vida em custódia plena.¹³⁰

Sendo assim, a indenização será configurada na medida em que forem os prejuízos ocasionados pela atuação médica, podendo o dano afetar tanto o bem jurídico patrimonial quanto o moral. Importante mencionar que a doutrina divide os danos patrimoniais ou materiais, que abrangeriam o dano emergente e o lucro cessante, conforme exposto pelos artigos 402 e 403 do Código Civil, e em extrapatrimoniais ou morais.

Assim dispõem os artigos 402 e 403 do Código Civil:

Artigo 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

¹²⁸ Ibidem. p.220.

¹²⁹ Ibidem. p.223.

¹³⁰ Ibidem. p.51.

Artigo 403. 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.

A Constituição Federal¹³¹ garante o direito de reparação por dano provocado por ação de terceiro, em seu artigo 5º, inciso X, que assim institui:

Art. 5, inc X: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Conforme estabelece o artigo 944 do Código Civil:

*Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano."
Parágrafo único. "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização".*

Corroborando tal entendimento, Sergio Cavaliere Filho assevera que:

*A indenização mede-se pela extensão do dano". É o velho princípio da *restitutio in integrum*, a própria razão de ser da indenização. Busca-se com ela recolocar a vítima, tanto quanto possível, na situação anterior à lesão. A indenização é proporcional ao dano sofrido pela vítima, já que o objetivo de indenização - tornar indene - é reparar o dano o mais completamente possível. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto.¹³²*

E, ainda, seguindo essa mesma linha de pensamento, o jurista João Carlos Maldonado de Carvalho preconiza que o dano patrimonial, como preceitua o art. 402 do Código Civil, abrange o que a vítima “efetivamente perdeu” (dano emergente) e o que ela “razoavelmente deixou de lucrar” (lucros cessantes). Ele há de ser, portanto, segue o autor, uma consequência direta e imediata da conduta ilícita do agente, cujos efeitos se projetam para o futuro (art. 403 do CC).¹³³

Sendo assim, o dano material terá uma característica de maior facilidade na quantificação desse prejuízo, em virtude de serem danos mensuráveis e terem parâmetros objetivos para dimensioná-los pecuniariamente, cabendo ao juiz determinar a quantificação produzida pela prova material.

Na ótica de Raul Canal:

¹³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹³² CAVALIERI Sergio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo. Editora Atlas. 2015. p.128.

¹³³ IATROGENIA E ERRO MÉDICO **sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005. p.130.

Então, o dano material ou patrimonial se configura de fácil aferição, posto que palpável, mensurável, dimensionável, avaliável e provável documentalmente. Dentro do conceito de danos materiais, poderá ainda haver a fixação de um pensionamento mensal, configurado pelo pagamento de uma obrigação periódica de determinado valor fixado pelo juiz, durante toda a sobrevivência da vítima ou por determinado período.¹³⁴

Continuando com os ensinamentos do referido autor, mister, pois, sua explicação acerca da quantificação do dano moral:

Ao fixar o valor dos danos morais, que são totalmente subjetivos, o julgador vai se valer de alguns parâmetros objetivos. Ele levará em conta, basicamente três ingredientes, quais sejam, a extensão dos danos sofridos, o nível social e econômico da vítima dos danos e o nível social e econômico do autor dos danos. Na extensão dos danos sofridos, se avaliará o quanto os danos influenciaram e repercutiram no universo total da vítima, seja na intensidade das dores físicas, psíquicas e espirituais que sofreu, o quanto de constrangimento, de vergonha, de assédio, de frustração, de tristeza, de baixo astral, de vazio interior, enfim, de negatividade, os danos lhe propiciaram.¹³⁵

E assim, no dano extrapatrimonial, especialmente o *quantum doloris* e o dano estético, encontra-se "uma valoração pericial tipicamente subjetiva ou duplamente subjetiva. Em primeiro lugar é o próprio dano em si que é intrinsecamente subjetivo; em segundo lugar há o omnipresente subjetivismo da apreciação pericial".¹³⁶

Verifica-se que em nosso ordenamento é admitida a indenização por prejuízo material e reparação por dano moral. Sendo as duas cumuláveis, quando originadas do mesmo fato, assim dispõe a Súmula 37 do STJ: "*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*"

Feita a perícia, a qual permitirá a quantificação do dano material e moral, recomenda-se o reembolso das despesas hospitalares que deram a causa prejudicial à vítima. Além disso, como bem salienta Fernando Oliveira Sá, deverá ser feita a "*a inclusão dos parâmetros de valorização médico-legal do dano em direito civil*" consistentes nos seguintes: (a) incapacidade temporária, (b) incapacidade permanente, inclusive laborativa, (c) o *quantum doloris*, (d) o dano estético e, por fim, insistindo no (e) prejuízo de afirmação pessoal".¹³⁷

¹³⁴ CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p. 87-88.

¹³⁵ *Ibidem*. p.90.

¹³⁶ SÁ, Fernando Oliveira. **Clínica Médico-Legal da Reparação do Dano Corporal em Direito Civil**. Coimbra: APADAC. 1992.

¹³⁷ *Ibidem*.

3. ANÁLISE DOS JULGADOS

Como forma de análise e maior entendimento acerca do tema, se mostra conveniente destacar casos concretos e seus respectivos fundamentos, em especial na análise do fator culpa e na eventual responsabilização do profissional médico. A escolha dos 3 julgados deu-se de maneira aleatória, mediante pesquisa no site do TJDFT por meio da ferramenta de consulta processual do mesmo, em Jurisprudência, através da busca como "Erro Médico". Dessa forma, tecidos os comentários acerca dos pressupostos que embasam a responsabilidade civil por erro médico, far-se-á um breve estudo de três julgados do TJDFT.

1º JULGADO

Ementa

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CASO FORTUITO. AUSÊNCIA DE ERRO MÉDICO.

I - A prova pericial foi conclusiva de ter sido adotada a melhor técnica no procedimento anestésico, inexistindo falha ou erro na prestação do serviço, bem como em relação à reversão da parada cardiorrespiratória.

II - Ausência denexo causal entre a conduta da médica anestesiológica e as sequelas apresentadas pela autora, tratando-se de risco inerente ao procedimento anestésico - caso fortuito.

III - Negou-se provimento ao recurso.

(TJ-DF 20110112105669 DF 0051943-04.2011.8.07.0001, Relator: JOSÉ DIVINO, Data de Julgamento: 24/01/2018, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/02/2018 . Pág.: 538/563) ¹³⁸

O presente caso é uma ação de indenização de danos morais e materiais ajuizada por Fariba Sami Silva em face da Clínica Magna Especialidades Cirúrgicas SS Ltda, Hilda Maria, Fernandes Kusel e Christine Soares Tavares, por ocasião de cirurgia que seria realizada por Hilda Maria nas dependências da primeira ré. A terceira ré, anestesiológica, submeteu a paciente a uma anestesia peridural vindo a sofrer de parada cardiorrespiratória em decorrência de provável choque anafilático. E, em razão disso, a autora ficou incapacitada parcialmente de realizar movimentos voluntários todos os membros do corpo. Alega a autora que o evento caracteriza-se como erro médico e, portanto, tem o direito de ser indenizada.

Como abordado anteriormente, a obrigação de reparar o dano pressupõe prova inequívoca quanto aos elementos do ato ilícito. Ademais, a obrigação do médico, como

¹³⁸ TJ-DF – Apelação Cível 20110112105669, Relator: José Divino De Oliveira, Data de Julgamento: 24/01/2018, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: 06/02/2018. Acesso em 08/06/2018.

profissional liberal, é de meio, ou seja, o profissional assume o encargo de prestar os seus serviços de acordo com as regras, usando de sua capacidade e diligência, sem, contudo, se vincular a obter o resultado desejado. A culpa do médico só poderá ser admitida quando este prestar o serviço fora dos padrões técnicos.

Ademais, vale salientar que a responsabilização, por se tratar de uma relação de consumo, será apurada mediante a verificação de culpa. Isto exposto, relembremos o artigo art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. In verbis:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Assim, portanto, o lesado deverá provar a conduta ilícita do obrigado, ou seja, que o médico não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato.

Ressalta-se, ainda, que conforme exposto no julgamento - fl. 894, 926, item 21, 928, item 29, e 1.217- o perito chegou à seguinte conclusão:

Provavelmente o que ocorreu foi uma intoxicação por anestésico local durante uma anestesia peridural, o que gera neurotoxicidade(que justifica a crise convulsiva), e cardiotoxicidade (que explica a bradicardia e a parada cardíaca). A intoxicação é devida a uma absorção venosa do anestésico local, quando ele é injetado em um vaso sanguíneo.

Na anestesia peridural, o anestésico fica depositado no espaço entre o ligamento amarelo e a dura mater, e é absorvido lentamente para ser eliminado do organismo. Se, inadvertidamente, ele for injetado em um vaso sanguíneo (que está presente no espaço peridural), então ocorrerá intoxicação." "Sim, os sintomas podem ser semelhantes." "A descrição do que ocorreu no dia, ou seja, convulsão, bradicardia e parada cardíaca após a administração de anestesia peridural, reflete um quadro típico de injeção intravascular acidental de anestésico local, independente de quando tenha ocorrido."

"(...) a hipótese de ter sido choque anafilático não pode ser totalmente descartada, porém quando se relata o que aconteceu, ou seja, peridural seguida de convulsão, bradicardia e parada cardíaca, **a primeira hipótese diagnóstica deve ser intoxicação por anestésico local**. Mas independente da causa da parada cardíaca, o tratamento é o mesmo, proceder as manobras de reanimação. (grifos nossos).

Dessarte, constata o perito que, embora o choque anafilático não tenha sido descartado (devido as semelhanças dos sintomas entre as duas hipóteses em questão), a segunda possibilidade (injeção intravascular acidental) teria mais chances de ter sido a causa da parada cardiorrespiratória sofrida pela autora. Ressalta-se que o laudo pericial é prova científica e

fundamental para resolver conflitos, sendo um dos meios probatório mais efetivos. E, consoante o especialista em questão:

(...) a intoxicação por anestésico local na anestesia peridural é um evento que pode ocorrer, e é descrito, **apesar de todos os cuidados para evitar**. Portanto, é um evento previsto, mas não desejável. **Um caso fortuito e não um erro**. O médico anestesista é o responsável pelo seu ato anestésico e suas consequências fl. 897.¹³⁹

E conclui (fl. 1.037):

Houve um procedimento médico que provocou dano ao paciente, **não intencional**. Porém, este resultado ruim pode ser **atribuído a um acidente que não pode ser evitado**, a injeção intravascular de anestésico local, **que mesmo tomando todos os cuidados, pode ocorrer**. Este acidente gerou uma parada cardíaca e consequentemente um resultado incontrolável, ou seja, as manobras de reanimação podem ser totalmente efetivas, e o paciente acordar sem sequelas, ou podem não ser efetivas e levar ao óbito do paciente. Vários fatores estão envolvidos neste processo. No caso em questão, houve reanimação, porém com sequelas neurológicas. Portanto, pelo exposto, não tenho como caracterizar o episódio como erro médico. A ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia somente poderá ser caracterizada ao final do competente processo, o que poderia caracterizar se houve ou não erro médico." (grifos nossos).

Assim, observa-se que a partir do momento em que houve fatores decorrentes de um caso fortuito, um evento imprevisível e inevitável, deu-se o afastamento da responsabilidade do médico, tendo em vista que não estava no universo de suas atribuições e possibilidades prevê-lo ou evitá-lo. Adentramos nos exemplos das excludentes da responsabilidade civil médica.

Dessa forma, a autora deixou de demonstrar que o médico teria atuado contrariamente ao direito, não tendo assim o sustentáculo probatório e, por tal, não foi possível o acolhimento do seu pedido.

Assim, in casu, não tendo o agente praticado nenhum ato ilícito, não há, portanto, dever de reparação.

2º JULGADO

CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. UTI. ALTA INDEVIDA. MORTE. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. NEXO CAUSAL. NÃO COMPROVADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1 - Em se tratando de ato praticado por agente público a responsabilidade é objetiva, cuja comprovação da culpa prescinde, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição da República. Esta responsabilidade pode ser ilidida diante da existência de culpa exclusiva da vítima ou, mitigada, quando presente a culpa concorrente. 2 -

¹³⁹ TJ-DF – Apelação Cível 20110112105669, Relator: José Divino De Oliveira, Data de Julgamento: 24/01/2018, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: 06/02/2018. Acesso em 08/06/2018. Acórdão folha 9/13.

Ao aferir provável erro médico, exige-se prova contundente com o escopo de corroborar que da conduta praticada pelo médico decorreu o dano sofrido, sem o qual estará inviabilizado o reconhecimento do dever de indenizar do Estado, por ausência de nexos causal. 3 - Conferido em perícia médica que todos os procedimentos adotados respeitaram a literatura médica, não há que se falar em responsabilidade do Estado, ainda que o resultado não tenha sido o esperado. 4- Negado provimento ao apelo. (TJ-DF 00352074920148070018 DF 0035207-49.2014.8.07.0018, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 31/01/2018, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/02/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)¹⁴⁰

Trata-se, aqui, de uma ação indenizatória impetrada por Carlos André Ribeiro Alves Dos Santos contra o Distrito Federal. A motivação da ação foi uma suposta falha na prestação de serviço hospitalar prestado à genitora do autor – Ismênia Ribeiro Chagas –, a qual foi admitida no Hospital Regional do Gama em razão da necessidade de tratar seu quadro de colescistopatia calculosa. Entretanto, após ser submetida ao procedimento cirúrgico, o pós-cirúrgico não transcorreu bem, sendo necessária sua internação na UTI. Posteriormente, sem que ocorresse uma melhora em seu quadro clínico, recebeu alta, sobrevivendo momentos depois seu óbito.

O autor afirmou na exordial que houve omissão do Estado no tratamento de sua mãe em duas situações distintas: (1) no acompanhamento do pós cirúrgico; (2) da retirada de sua genitora da UTI, sem ter, contudo, ocorrido uma melhora clínica.

Argumenta o autor que se encontra presente a imperícia por parte do Hospital, tendo em vista que Ismênia veio a óbito menos de 24h após ter recebido alta da UTI e de ter sido transferida para a enfermaria do mesmo Hospital.

Durante a análise de mérito foram expostos os seguintes argumentos:

Na hipótese sub examine, faz-se imperativo estatuir que a genitora do apelante buscou atendimento médico para realização de procedimento cirúrgico para tratar colescistopatia calculosa (retirada da vesícula). Conforme constam dos documentos juntados aos autos, a princípio a cirurgia seria realizada por vídeo laparoscopia, todavia, em razão da existência de aderência foi necessária realizar incisão. Apesar do autor discorrer sobre a responsabilidade do Estado que teria exposto sua mãe a perigo concreto de grave dano à sua saúde, **importa rememorar que o quadro clínico da Sra. Ismênia se mostrou complicado já no momento da cirurgia**, conforme afirmou o perito ao relatar que “quando se depara com um quadro com aderências a conversão de via laparoscópica em via aberta convencional é mandatória” (ID 2726940, p. 4, item 8).

¹⁴⁰ TJ-DF – Apelação Cível 00352074920148070018, Relator: Leila Arlanch, Data de Julgamento: 31/01/2018, 7ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: 15/02/2018. Acesso em 08/06/2018

Ainda de acordo com o referido expert, o quadro clínico inflamatório apresentado pela genitora do autor corrobora a possibilidade de intercorrências, aumentando o risco de lesão, ou seja, **além do risco normal para qualquer cirurgia de retirada de vesícula biliar, estes são potencializados em pacientes com quadros inflamatórios agregados à aderências que motivam a utilização da técnica incisiva.** Nos documentos referentes ao prontuário médico não se verifica omissão no atendimento da genitora do autor, porquanto esta obteve acompanhamento como determina a literatura médica (ID 2726940, p.3, item 5).¹⁴¹ (grifos nossos)

Assim, verifica-se que a genitora do autor já se encontrava em um quadro complicado no momento da cirurgia em razão de estar configurado um diagnóstico inflamatório e, conforme exposto, potencializaria os riscos inerentes ao procedimento cirúrgico. Ademais, constatou-se no laudo pericial que não houve omissão no atendimento à mãe do autor. Vale ressaltar o exposto no Manual de Orientação Ética Disciplinar do Conselho Federal de Medicina o qual afirma que: *“Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior”.*

Ressalta ainda o expert:

Quanto a alta médica da Unidade de Terapia Intensiva – UTI para enfermaria cirúrgica, no prontuário médico (ID 2726871, pp. 1/32), o médico Dr. Pedrosa, chefe da referida unidade, afirmou que o estado geral da paciente era estável, não havendo outros elementos que permitissem aferir de modo diverso, sendo este o mesmo entendimento do perito (ID 2726940, pp. 1/6), eis que a genitora do autor respirava sem auxílio de aparelhos e estava com boa oxigenação, de modo que apesar da mesma ter sofrido parada cardiorrespiratória, por mais penoso que seja constatar, tal deveu-se à fatalidade, já que as manobras que seriam realizadas na UTI foram efetivadas na enfermaria.

Ademais, apesar do resultado morte ter ocorrido menos de 24 horas após a alta da UTI, o quadro clínico descrito no prontuário da paciente demonstra que houve melhora, não havendo outros elementos, nos autos, que apontassem a necessidade de mantê-la em unidade de terapia intensiva ou se poderia permanecer na enfermaria, como indicado pelo médico que a acompanhava.

Nesta toada, afastada a culpabilidade do réu e excluído onexo causal pelo evento morte da paciente Ismênia, genitora do autor, não há que se falar em dever de indenizar, como postulado na exordial.¹⁴² (Grifos nossos)

E, ainda, há de se comungar com o exposto por Raul Canal em relação ao dever do profissional médico:

Compreendemos, pois, que ao profissional da Medicina é e deve ser exigida a observância do dever de prudência, diligência, perícia, cuidado e atenção no exercício de sua atividade profissional, não se responsabilizando, todavia, pelos infortúnios, complicações, fatos inevitáveis ou de força maior que venham a causar danos ao

¹⁴¹ TJ-DF – Apelação Cível 00352074920148070018, Relator: Leila Arlanch, Data de Julgamento: 31/01/2018, 7ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: 15/02/2018. Acórdão Fls. 05/08

¹⁴² Ibidem. Acórdão Fls. 05/08.

paciente e que estejam fora de seu controle e independam de sua conduta ou ultrapassem os limites da conduta que lhe é exigível no caso concreto.¹⁴³

Acrescentando a ponderação feita por Décio Policastro:

Agindo com zelo e da maneira certa ao caso, o médico não será responsabilizado pelo desempenho, mesmo quando o resultado desejado for desagradável. Para propor uma demanda indenizatória, será insuficiente a mera frustração do paciente e de seus familiares pela ineficácia do tratamento. Assim, somente será possível considerar a hipótese decorrente de falha médica, quando a utilização de técnica intolerada pela prática médica ou a falta de prudência forem apuradas pericialmente.¹⁴⁴

Nessa ótica, o médico Dr. Pedrosa agiu diligentemente e em conformidade com os procedimentos técnicos, tendo o lamentável curso tomado no pós-cirúrgico descrito pelo autor integrado a seara dos riscos inerentes à própria cirurgia realizada, os quais, portanto, não decorreram de erro médico. E, em conformidade com a sentença proferida:

Portanto, **ausente o nexo causal** quanto a eventual conduta culposa do Distrito Federal no atendimento conferido à genitora do autor, não se infere a responsabilidade donde exsurgiria o dever de reparar o dano.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao apelo, para manter a decisão objurgada nos seus devidos termos.

Nos termos do art. 85, §11, do CPC, majoro os honorários de sucumbência para 10,5%, cuja exigibilidade é mantida suspensa ante os benefícios da justiça gratuita concedidos ao apelante. É como voto. (grifo nossos).¹⁴⁵

Por fim, cumpre registrar a advertência feita pelo aludido doutrinador:

Não se olvide, todavia, que essa regra se aplica única e exclusivamente ao profissional liberal, pessoa física. Quando envolvemos os planos de saúde, os hospitais e clínicas, esses respondem objetivamente, sem se verificar a existência ou não de culpa por parte dos profissionais que atuaram. No caso de pessoa jurídica basta que se demonstre o dano e o nexo de causalidade. Não se discute a culpa.¹⁴⁶

Desta forma, não restou comprovada a existência do nexo causal entre a conduta culposa do Distrito Federal e os danos suportados pelo autor, não ensejando, portanto, responsabilização.

¹⁴³CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014. p.38.

¹⁴⁴POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. São Paulo. 2009. p.06.

¹⁴⁵TJ-DF – Apelação Cível 00352074920148070018, Relator: Leila Arlanch, Data de Julgamento: 31/01/2018, 7ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: 15/02/2018. Acórdão Fls. 07-08/08.

¹⁴⁶CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014.p. 38.

3º JULGADO

APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO. CIRURGIA. OBJETO ESTRANHO DEIXADO NO CORPO DA PACIENTE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. SOLIDARIEDADE DO HOSPITAL. DANOS MORAIS ARBITRADOS DE FORMA PROPORCIONAL. JUROS DAMORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A responsabilidade civil dos profissionais liberais é subjetiva, por expressa previsão legal, nos termos do parágrafo 4º, do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

2. Ao contratar a prestação do serviço médico, a paciente cria um liame subjetivo diretamente com o cirurgião, o qual assume o dever de resultado. Para tanto, esse profissional conta com o apoio de uma equipe de médicos e enfermeiros, os quais agem sob sua liderança e em uma relação de subordinação, a fim de concretizar todos os protocolos necessários.

3. Embora o médico não possa, diretamente, realizar tarefas atribuídas aos demais componentes da equipe, tem a obrigação de zelar pelo bom desempenho de todos, utilizando-se de todas as ferramentas ao seu alcance para se certificar da adequada realização dos procedimentos pelos seus subordinados.

4. Nos casos de profissionais médicos sem vínculo trabalhista ou de subordinação, não se trata de pura e simples responsabilidade objetiva, mas sim de solidariedade, a qual não se apresenta independentemente da responsabilidade médica quando os fatos apresentados nos autos estão estritamente relacionados ao resultado obtido pela realização da cirurgia.

5. No caso de danos morais decorrentes de relação contratual prévia, os juros da mora incidem desde o momento da citação. Precedentes deste Tribunal de Justiça.

6. Recursos conhecidos e desprovidos.¹⁴⁷

Cuida-se de apelação cível interposta por João Carlos de Araújo e Hospital Alvorada Taguatinga Ltda, contra sentença deferida pelo Juízo da Segunda Vara Cível de Taguatinga, formulada por Maria Aparecida de Oliveira, na qual obteve êxito ao formular uma Ação Indenizatória condenando os réus em caráter solidário ao pagamento de danos morais, fixados em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Consta dos autos que a paciente passou cerca de oito meses sofrendo com intensas dores, necessitando passar por três procedimentos cirúrgicos em razão de erro no serviço prestado pelos recorrentes. O médico, em sua defesa, fez as seguintes colocações:

Em suas razões recursais (folhas 319/335), o médico JOÃO CARLOS DE ARAÚJO, de início, alega a ausência de provas da sua culpabilidade, imputando o dano sofrido pela recorrida a ato de terceiros.

¹⁴⁷ TJ-DF Apelação Cível: 20120710352717APC, Relator: Eustáquio De Castro, Data de Julgamento: 05/04/2018. 8ª Turma Cível, Data de Publicação: 12/04/2018.

Sustenta que, em caso de erro médico, a responsabilidade do profissional de saúde é subjetiva, defendendo não existir, no caso concreto, provas suficientes da sua culpabilidade, pois o dano sofrido pela paciente deve ser imputado a terceiros.

Narra que o dever de contagem do instrumentar antes da sutura do paciente é da equipe de enfermagem, e não do médico cirurgião, cabendo a esse último tão somente a assinatura do prontuário no qual se registra que o procedimento foi feito.

Sustenta, ainda, que o valor arbitrado a título de danos morais mostra-se desproporcional diante de sua hipossuficiência econômica frente ao hospital. Por fim, afirma que o termo inicial para a incidência dos juros da mora deve ser o dia da prolação da Sentença, momento a partir do qual a condenação passou a ter expressão pecuniária.

Salienta-se que, conforme estudado, para que haja a configuração da responsabilidade pelo médico, segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, faz-se necessário que esteja configurada a culpa médica. E, consoante o instituído no § 4º do art. 14: *“A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”*

Além disso, em relação à equipe médica, a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal dispõe: *“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”*. Ou seja, segundo o disposto pela Súmula, em regra, o chefe da equipe médica responderia pelos atos praticados pelos profissionais que compõem a sua equipe.

E analisando a fundamentação arguida no julgamento, depreende-se que o médico, enquanto cirurgião e chefe de equipe, possuía o encargo de preencher o prontuário ao final do procedimento, tendo assim atestado que todos os protocolos foram devidamente seguidos e, dessa forma, caracterizando como culposa a sua conduta. Foi esse o entendimento disposto no julgamento, que assim dispõe:

Para tanto, esse profissional conta com o apoio de uma equipe de médicos e enfermeiros, os quais agem sob sua liderança e em uma relação de subordinação, a fim de concretizar todos os protocolos necessários.

Sendo assim, ainda que o médico não possa, diretamente, realizar tarefas atribuídas aos demais componentes da equipe, tem a obrigação de zelar pelo bom desempenho de todos, utilizando-se de todas as ferramentas ao seu alcance para se certificar de que os procedimentos foram devidamente realizados pelos seus subordinados.

Ao assinar o relatório, no qual atestou a devida contagem do instrumental utilizado durante a cirurgia, o médico assumiu para si, enquanto chefe da equipe, a pela realização adequada do procedimento, antes de fechar o paciente. Sua responsabilidade e seu dever de zelo sobre os subordinados tornam-se ainda maiores ao lidar com equipe escolhida pelo hospital e com a qual não se configura uma relação de confiança. Nesse caso, o médico, sabendo de sua responsabilidade para com a vida do paciente, deveria verificar as informações de forma segura, baseando-se não apenas em uma resposta afirmativa. Sua obrigação, enquanto profissional especializado em lidar com vidas humanas é de questionar exatamente quantas gases cirúrgicas foram utilizadas e quantas foram retiradas da cavidade torácica da paciente.

Trata-se da conduta esperada de um profissional que prática com habitualidade procedimentos invasivos capazes de pôr em risco a vida de terceiros e que, de maneira simples, poderiam evitar danos de grande vulto.

Não há como afastar, nesse caso, a responsabilidade do médico por sua postura negligente, por não ter cumprido sua obrigação, enquanto chefe da equipe, de valer-se de todas as formas possíveis para tratar com segurança da vida de sua paciente. (grifos nossos)¹⁴⁸

O hospital também negou qualquer responsabilidade pelo ocorrido, afirmando não existir nexo causal que ensejasse sua responsabilidade em virtude de não existir uma relação de preposição ou de trabalho, tendo meramente disponibilizado o local para a realização da cirurgia. Todavia, não foi esse o entendimento dos desembargadores, vejamos:

É certo que existe uma cadeia de fornecimento de serviço entre o hospital e o médico, porquanto a estrutura fornecida pelo nosocômio é o que viabiliza a realização do procedimento cirúrgico.

Com efeito, apesar da responsabilidade do profissional liberal, no caso o médico, ser subjetiva, a responsabilidade civil do hospital é objetiva, conforme a regra geral do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Porém, nos casos de profissionais médicos sem vínculo trabalhista ou de subordinação, não se trata de pura e simples responsabilidade objetiva, mas sim de solidariedade, a qual não se apresenta independentemente da responsabilidade médica quando os fatos apresentados nos autos estão estritamente relacionados ao resultado obtido pela realização da cirurgia.

Segundo Genival Veloso de França, sobre a responsabilidade solidária:

Diz-se que há responsabilidade solidária ou solidariedade passiva quando qualquer um dos sujeitos passivos venha responder juntamente com os demais com mesma intensidade em um determinado ato.¹⁴⁹

Assim, como a ocorrência do dano não foi originada estritamente pela conduta do médico hospital – embora sua ação tenha sido comprovada como culposa –, tendo sido por falha da equipe de enfermagem escolhida pelo hospital, ficou demonstrada a relação ensejadora de responsabilidade solidária. *In specie*, o entendimento exposto advém da clareza da norma do art. 14 do CDC, que estabeleceu responsabilidade objetiva solidária para todos os prestadores de serviço, e portanto, reconheceu a responsabilidade solidária do hospital diante da comprovação da culpa do médico e pela caracterização da cadeia de fornecimento.

¹⁴⁸ TJ-DF 20120710352717APC Relator: Eustáquio De Castro Data de Julgamento: 05/04/2018 8ª Turma Cível, Data de Publicação: 12/04/2018. Acórdão Fls. 7-8/11.

¹⁴⁹ FRANÇA, Genival Veloso De. **Direito Médico**. 2017. p.317.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, no presente trabalho acadêmico, buscou-se demonstrar as repercussões, na seara cível, do conhecido erro médico. Para tanto, foi necessário demonstrar o contexto histórico no qual se desenvolveu a reparação civil, no que tange a responsabilização decorrente de dano. Ressalta-se que, inicialmente, não existia uma distinção entre a responsabilidade civil e penal, ao contrário dos dias atuais quando já há uma noção individualizada.

Ademais, visou-se abordar como se deu a evolução da responsabilização do dano, no que tange a sua forma de ressarcimento. A justiça, na Antiguidade, era frequentemente resolvida com as próprias mãos, como, por exemplo, pelo estabelecido no Código de Hamurabi. Assim, verificou-se que o ofensor respondia à reparação perante a lei do Talião, - o qual girava em torno do princípio "olho por olho, dente por dente" - ao contrário dos dias atuais, quando a pena só alcança o patrimônio do ofensor.

Posteriormente, discorreu-se acerca dos pressupostos que embasam a responsabilidade civil no Brasil, como o conceito da culpa, conduta, nexos de causalidade e o dano. Ademais, em virtude de adotarmos, em nosso ordenamento pátrio, a teoria da responsabilidade subjetiva, faz-se imprescindível perquirir acerca do dolo ou culpa do ofensor, não sendo a culpa presumida.

Salienta-se que, segundo o princípio sacramentado pelo nosso ordenamento jurídico, todo aquele que causar danos a outrem tem o dever de repará-lo, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil. Assim, essas premissas são reforçadas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que regulamenta as relações de consumo, entre elas a dos profissionais liberais (relação médico - paciente).

Em que pese o critério da caracterização da culpa médica, para que haja a responsabilidade profissional exige-se a comprovação do nexo de causalidade entre a falha do médico e o mau resultado para o doente, e, ainda, das condições em que se verificou o dano. Ademais, a conduta descrita como culposa encontra-se inserida em dispositivos específicos, podendo ser imperita, imprudente ou negligente. Assim, é primordial que se perfaça uma concreta avaliação do dano, com vistas a se estabelecer o grau da culpa e a extensão da liquidação.

Aliado a isso, o estudo teceu comentários acerca das duas correntes que giram em torno da responsabilidade civil do médico: a teoria subjetiva e objetiva. Ficou demonstrado que atribuímos o erro médico dos profissionais liberais à teoria subjetiva, a qual tem como pilar fundamental o critério da culpa. Dessa forma, para esta vertente faz-se necessário que o autor comprove a conduta culposa, o dano e o nexos de causalidade. Dessarte, restou pacificada a responsabilidade subjetiva do médico, ou seja, a imprescindibilidade da comprovação da culpa para que se exija o dever de reparação. Já a teoria objetiva se concentra em exigir a responsabilização pela simples existência de dano e que se comprove a causalidade entre o ato e o dano.

Nesse passo, é importante salientar outro tema anteriormente exposto, em relação ao ônus probatório, segundo o qual cabe à vítima ou seus herdeiros a missão de provar os fatos constitutivos (ou seja, que o médico não observou a conduta técnica através de uma ação ou omissão culposas). E, caso haja a inversão do ônus probatório, caberá ao réu comprovar os fatos impeditivos, isto é, que não incorreu nas modalidades culposas da conduta negligente, imperita ou imprudente.

Ademais, no que tange ao contrato de prestação de serviços médicos, observou-se que a modalidade de obrigação adotada em nosso ordenamento é a de meios, e não a de resultados. Para a obrigação de meios o profissional se dispõe, contratualmente, a usar de todos os seus esforços, conhecimentos, meios e condutas. Já para a obrigação de resultado, é preciso que o prestador de serviços tenha se obrigado a oferecer um determinado resultado.

Posteriormente foi debatido acerca do resultado adverso, na medida que nem todo resultado diferente do esperado é sinônimo de erro médico. E é em razão da prática médica não ser uma ciência exata que não se pode esperar pela obrigação de resultado. Dessa forma, o médico não está adstrito à cura do doente, tendo como obrigação empreender os meios adequados, de agir com diligência e de usar seus conhecimentos com o objetivo de atingir um êxito favorável ao paciente, procedendo, portanto, de acordo com o regulamentado e preconizado pela profissão médica.

Outrossim, foi trazido à baila o estudo de três julgados do TJDFT, ocorridos no ano de 2018. O primeiro caso fez referência a uma ação de indenização, a qual foi indeferida por se tratar de uma das exceções à responsabilidade civil, como devidamente estudado, estando afastada por caso fortuito. Da análise do acórdão pôde-se ver que, no caso concreto, a não comprovação da culpa do profissional e a ausência do nexos de causalidade entre o dano e o ato

médico não incidem em responsabilização e, por conseguinte, não se pode falar em falha ou erro na prestação de serviço.

O segundo julgado, também uma ação indenizatória, girou em torno da uma suposta alta indevida da UTI, por meio da qual o autor requereu a responsabilidade objetiva do hospital. Após perícia médica, restou comprovado que os procedimentos foram diligentes e condizentes com a literatura médica. Sendo assim, não houve falha por parte nem do médico, nem do Estado. uma vez que restou incomprovado o nexo de causalidade entre a conduta do médico em dar alta à genitora do autor e seu posterior óbito.

E, por fim, o terceiro exemplo foi uma apelação cível interposta pelo médico e hospital contra sentença que obteve êxito em ação indenizatória que os condenou em caráter solidário ao pagamento de danos morais à autora. A apelação confirmou novamente o entendimento de primeiro grau quanto à configuração da responsabilidade subjetiva do médico, e solidária do hospital. Foi corroborado o entendimento da obrigação de resultado do médico quanto aos serviços cirúrgicos.

Concluindo, foram expostas questões que inquietam tantos aos profissionais da medicina quanto a nós todos, pois uma hora poderemos qualquer um de nós ser paciente. Foram abordados temas como: o momento em que surge a responsabilidade médica, o dever de reparação e excludentes; pressupostos da responsabilidade civil; teorias subjetiva e objetiva da responsabilidade civil; de quem é a obrigação de provar o erro; definição do erro médico; como se dá a relação médico-paciente, entre outros pontos pertinentes para o entendimento das consequências jurídicas no erro médico. Foram reunidas diversas opiniões de estudiosos e de juristas pátrios, além de trazer à tona casos recentes e reais, julgados pela justiça brasileira e que demonstram brevemente a tendência dos tribunais a respeito dos temas abordados.

Diante deste cenário, depreendeu-se do estudo que o profissional da Medicina se encontra em uma posição vulnerável, pois um resultado infeliz pode acontecer mesmo quando o procedimento foi realizado com aplicação rígida das técnicas disponíveis. Entretanto, o ser humano procura sempre um responsável, mesmo quando este é somente o destino. Assim, o profissional da Medicina precisa estar atualizado com essa nova realidade, adotando medidas preventivas e se preparando para enfrentá-las.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. São Paulo: Jurídica e Universitária. 1965.

ANÍBAL, Bruno, **Direito Penal**, parte geral, I, 1977

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Disponível em <www.portalmedico.org.br>. Acesso em 02/11/2004. A resolução nº 1.627/01 do Conselho Federal de Medicina, que conceitua Ato médico.

CANAL, Raul. **Erro médico e judicialização da medicina**. 2014.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2ª ed. rev., e ampl. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais 1994.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo. Editora Atlas. 2001., Id. 2012., Id. 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.246/88. Brasília: Tablóide, 1990. Disponível em: <<<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>>. Acesso em 08/06/2018

COUTO, Filho; PEREIRA, Alex. **A improcedência no suposto erro médico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTO, Filho; PEREIRA, Alex. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CREMESP Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. **O Médico e a Justiça.** 2006.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro Médico e o Direito.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Eduardo. **Direito Médico.** 2ª edição. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2001., Id. 2003., Id. 2005., Id. 2006., Id. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos.** 2ª. São Paulo: Saraiva, 1993. V.2.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 2ª. ed. rev., e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

Folha de S.Paulo. Cotidiano. **Deterioração causa aumento.** 22.08.1998.

FRANÇA, Genival Veloso De. **Direito Médico.** 14ª edição. 2017.

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Fernando Correia Lima. **Erro Médico e Responsabilidade Civil.** 2012

GOMES, J. C. M. et al. **Erro médico: um enfoque sobre sua origem e consequências.** Montes Claros (MG): Unimontes, 1999.

GONÇALVES, Carlos. **Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência.** 7^a.ed. atual.e ampl. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva – 2002., Id. 2003., Id. 2012., Id. 2015

GODOY, Roberto. **A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar.** **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, n. 777, jul. 2000.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação.** 1^a Ed., 2^a tiragem. Curitiba: Juruá, 2002.

JESUS, de Maria. **O erro Humano e a Segurança do Paciente.** 2006.

JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile.** 7^a.ed. Paris: Dalloz, 2007.

Kallas, Elias Filho. **O fato da Técnica: Excludente da Responsabilidade Civil do Médico.** 2013.

Kostelnaki, Marilise Baú. **O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil.** 2^a ed. 2001.

KFOURI, Neto. **Responsabilidade Civil do Médico.** 4^a ed. 2001

KFOURI, Neto. **Culpa Médica e ônus da Prova.** 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidad civil de los médicos.** t.I. 2^a Edición ampliada y actualizada. 2016.

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

MALDONADO, José. **Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e Justiça**. 5ª. Ed. Ver. E atual. São Paulo: RT, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I.

NEMETZ, Luiz, P. et al. **Estudos e Pareceres de Direito Médico e Saúde**. 1ª edição. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, 11ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2016.

POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. 2ª ed. São Paulo. 2009.

Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho, v. 2, n. 1/2012. Disponível em: <<http://revistas.santoagostinho.edu.br/index.php/Direito/article/view/98>>. Acesso em 08/06/2018.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Volume IV, Editora Saraiva, 19ª Edição, São Paulo, 2002., Id. 2003. , Id 2007., Id 2008

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. 2013

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004., Id. 2007

SENS, F. M. **A reparação do dano moral e a fixação do quantum indenizatório nas relações de consumo. 2009. Monografia (Bacharelado em Direito).** Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALE), Itajaí, SC, 2009.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro Médico – Inversão do Ônus da prova.** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SÁ, Fernando Oliveira. **Clínica Médico-Legal da Reparação do Dano Corporal em Direito Civil.** Coimbra: APADAC. 1992.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

THEODORO, Júnior Humberto. **Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico.** Revista dos Tribunais, São paulo, a.88,v.760,p.41,fev.1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 3ºed. São Paulo: Atlas S.A., 2003., Id. 2009.

VIVA, Rafael Quaresma. **Responsabilidade Civil Objetiva.** São Paulo: RCS Editora, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. et al. **Curso avançado de processo civil.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.v.I.