

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

DRISSANA EMÍLIA DA SILVA CUNHA

LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

São Luís

2016

DRISSANA EMÍLIA DA SILVA CUNHA

LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Maria Tereza Cabral Costa
Oliveira

São Luís

2016

Cunha, Drissana Emília da Silva. LIMITES DA
RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA / Drissana Emília da
Silva Cunha. - 2017.

53 p.

Orientador(a): Maria Tereza Cabral Costa Oliveira.
Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade
Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Civil. 2. Limites. 3. Médica. 4.
Responsabilidade. I. Oliveira, Maria Tereza Cabral Costa.
II. Título.

DRISSANA EMÍLIA DA SILVA CUNHA

LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Maria Tereza Cabral Costa Oliveira (orientadora)

Especialista em Direito

Universidade Federal do Maranhão

Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)

Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)

Aos meus pequenos, Emyle e Frederico, por quem rogo a Deus amparar e inspirar por toda a vida. Ao meu, não mais pequeno, mas igualmente amado, Kevin, irmão, amigo e escudeiro. Ao melhor futuro médico que conheço e tanto amo, Igor. E aos meus pais, Dayne, Aparecida e Raimundo, alicerce e inspiração de uma vida inteira. Por vocês. Para vocês.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho simboliza o encerramento de um importante ciclo em minha vida, trata-se da consagração de um sonho idealizado desde menina, que fora amadurecido na adolescência e que por graça de Deus pode concretizar-se.

Bem verdade que a realidade em muito diferiu daquilo que um dia sonhei, mas todas as desconformidades fizeram com que chegar até aqui se tornasse ainda mais especial.

Entre a idealização e a materialização daquilo que sonhamos existe um longo caminho a ser percorrido, e não há quem consiga atravessá-lo sozinho. Agradeço a Deus pela dádiva da vida e pela oportunidade de chegar ao final da graduação que sempre sonhei, bem como, pelas pessoas que Ele colocou em meu caminho.

A minha chegada até aqui é devida àqueles que, por sorte, são as pessoas mais importantes da minha vida. Agradeço imensamente aos meus pais, Dayne, Aparecida e Raimundo, a quem devo tudo o que tenho e sou. Aos meus irmãos, Kevin e Emyle, que diariamente me servem de inspiração para me tornar alguém melhor. Ao meu maior incentivador e companheiro, Igor, pelo apoio de sempre. Grata a todos os meus familiares que me encorajaram a seguir em frente, e torceram pelas minhas conquistas.

Agradeço também aos meus amigos, em especial àquelas que dividiram comigo este sonho, Danielle, Êmile, Imaíra, Larissa, Letícia Cristina, Letícia Laura, Morgana, Priscilla e Vanessa, amigas cultivadas no seio acadêmico, mas que com convicção levarei para a vida.

Também não poderiam faltar, aqueles de longas datas, que sempre incentivaram minha empreitada e compreenderam minhas ausências. Anderson, Andrey, Isabella, Jordan e Luciane, vocês fazem partes desta conquista. Mesmo quando distantes vocês se fizeram presentes, não me permitindo fraquejar nos momentos de angústia.

Meu reconhecimento ao apoio e incentivo dado pelas minhas irmãzinhas, Ananda, Mariana e Victoria, que sempre me socorreram quando necessário, inclusive nesta reta final de produção monográfica.

Minha gratidão também, as duas excelentes experiências práticas que pude vivenciar no Escritório Lara, Pontes & Nery, Advogados e na Promotoria de Justiça Especializada do Idoso, locais onde pude obter um vasto crescimento pessoal e profissional, onde além de inspirações, conquistei grandes amizades. E assim serão lembradas com muito carinho e gratidão.

Por fim, mas não menos importante, meus agradecimentos a minha orientadora, professora Maria Tereza, que não somente nesta reta final, mas por toda graduação, foi a mim,

fonte de inspiração e ponto de paz em meio a tormenta. Alguém que sempre será lembrada como um exemplo profissional e de humanidade.

RESUMO

Este trabalho tem como propósito examinar e discutir a responsabilidade civil médica e seus fatores limitadores. Chama a atenção para a cobrança excessiva deste profissional frente o compromisso que assumem de preservação da vida humana. Propõe-se a demonstrar que sua atuação não ocorre de forma isolada, estando diretamente atrelada as condições de trabalho ofertadas em clínicas e hospitais, ao desempenho dos demais profissionais que compõem sua equipe e a própria conduta do paciente, apontando sua condição humana e passível de erros. Tenta distinguir o que é possível ser caracterizado como erro médico e o que não se pode entender como tal. Busca-se uma conclusão baseada no levantamento de enunciados e premissas, a partir da análise do ordenamento jurídico, por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental. Esta abordagem visa demonstrar que o compromisso dos médicos não está adstrito à cura do doente, mas sim a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão, de tal modo que as condutas danosas, quer de sua responsabilidade ou de terceiros, são passíveis de indenização.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil – Responsabilidade Médica – Limites – Culpa – Deveres do Médico

ABSTRACT

This study aims to examine and discuss the medical civil responsibility and its limiters factors. It draws attention to an excessive demand of this profession related to their commitment to the preservation of human life. It is proposed to demonstrate that their performance does not occur in isolated way, it is directly linked with their work conditions in hospitals and clinics, it is also related to the performance of the other professionals who take part of the team and the patient's own behavior that point out their human condition and capability of making mistakes. It tries to distinguish what can be considered as a medical error and what cannot be considered as an error. It seeks to a conclusion based on the statements and premises, from the analysis of the legal system, through a bibliographical and documentary research. This approach aims to demonstrate that the commitment of the doctors is not related to the cure of the patient, but rather to the procedure according to the rules and methods of the profession. In such way that harmful conducts that can be committed by doctors and other people involved are subject of indemnity.

Key words: Civil responsibility- Medical responsibility – Limits – Guilty - Doctor's duties

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CEM – Código de Ética Médica

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CFM – Conselho Federal de Medicina

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMA – Tribunal de Justiça do Maranhão

SUMÁRIO

| | | |
|------------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 | RESPONSABILIDADE | 13 |
| 2.1 | Responsabilidade e ato ilícito | 14 |
| 2.2 | Responsabilidade e obrigação | 15 |
| 2.3 | Responsabilidade contratual e extracontratual | 16 |
| 2.4 | Responsabilidade civil e penal | 18 |
| 3 | RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA | 23 |
| 3.1 | Evolução histórica | 23 |
| 3.2 | Natureza jurídica | 25 |
| 3.3 | Responsabilidade de meio ou de resultado? | 26 |
| 3.4 | Dos deveres do médico | 29 |
| 4 | DOS FATORES DE LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA | 33 |
| 4.1 | Excludentes da responsabilidade médica | 34 |
| 4.1.1 | Iatrogenia | 34 |
| 4.1.2 | Fato de terceiro | 35 |
| 4.1.3 | Erro escusável..... | 37 |
| 4.1.4 | Intercorrência médica | 37 |
| 4.1.5 | Culpa exclusiva da vítima..... | 38 |
| 4.1.6 | Caso fortuito e força maior | 39 |
| 4.2 | Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares | 40 |
| 4.3 | Ato médico – lei nº 12.842 de 10 de julho de 2013 | 43 |
| 4.3.1 | Histórico do ato médico..... | 44 |
| 4.3.2 | Pontos controvertidos | 47 |
| 5 | CONCLUSÃO | 52 |
| | REFERÊNCIAS | 54 |

1 INTRODUÇÃO

Desde o início das civilizações, quando o ser humano viu a necessidade de regulamentar as relações com seus semelhantes, ao estabelecer normas de conduta social cogentes, a ideia de responsabilização pelas lesões causadas, está presente.

Com a evolução dos povos e a estruturação social, alguns conceitos norteadores do direito foram adotados, de modo a regular as relações humanas, dentre os quais se destaca o da responsabilidade, que traz a noção de uma conduta anterior ilícita, originadora de um dano a alguém, ocasionado através da violação de uma norma jurídica preexistente, seja ela legal ou contratual, impondo ao seu autor o dever de suportar as consequências de seu ato.

A Responsabilidade Civil é tema recorrente na seara jurídica, não deixando o direito de apreciá-la no que tange as diversas áreas profissionais, optando-se aqui pelo enfoque da responsabilidade civil médica, matéria de abrangência doutrinária e de debate nos tribunais.

Na seara médica, desde a antiguidade, buscou-se técnicas de cura e diagnósticos dos males que atormentavam a saúde humana, levando os indivíduos a tratarem os médicos como verdadeiras entidades divinas. Tal superestima fora se revertendo, na medida em que se tornaram recorrentes e de conhecimento público casos de erros profissionais e de insucesso quanto aos tratamentos e procedimentos adotados, passando-se a reconhecer a existência do médico enquanto ser humano falho.

Ocorre que a crescente busca pela responsabilização dos médicos frente às falhas na prestação do serviço, levou ao aumento da judicialização destas questões, discutindo-se junto ao judiciário, a incidência de má prática médica, quais as condições de trabalho em que estes profissionais atuam e se cabível ou não sua responsabilização e a consequente reparação pelo evento danoso.

Frise-se que nem todo mal resultado é sinônimo de erro médico, pois estes, assim como quaisquer outros profissionais, e nem sempre os hospitais, casas de saúde e similares oferecem boas condições de trabalho.

Busca-se assim, diferenciar as hipóteses em que ocorrem a má prática médica, em que cabe o justo reparo aos pacientes ou familiares destes, e aquelas em que incidam as excludentes de ilicitude, ou demais fatores que lhes escusem de responsabilidade.

É sob essa perspectiva originadora de discussões judiciais, que se definiu pelo tema sobre o qual se expõe, não buscando o esgotamento das discussões, mas sim, respostas com embasamento jurídico e doutrinário para a temática que se propõe, qual seja, entender quais os limites da responsabilidade civil médica.

2 RESPONSABILIDADE

A palavra responsabilidade tem origem no termo em latim *respondere*, que pode ser entendido como “responder, prometer em troca”, possuindo ligação direta com o conceito de obrigação de natureza contratual originária do direito romano. Neste sistema a responsabilidade vinculava o devedor ao credor por meio de um contrato realizado verbalmente, com perguntas e respostas (AZEVEDO, 2008, p. 276). Desta forma, aquele tido como responsável por uma situação ou por alguma coisa, terá que responder caso algo ocorra fora do previsto.

Dentre os preceitos fundamentais que orientam o Direito tem-se o do *neminem laedere*, do latim, que significa “não lesar ninguém”, consistindo em princípio jurídico basilar segundo o qual, aquele cuja ação ou omissão lesar direito de outrem, deverá repará-lo, a fim de garantir-lhe a justiça, ao restaurar o *status quo ante*.¹ (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011)

Em tempos primitivos, diante da inexistência do Estado, prevalecia a vingança privada, contexto no qual se destacou a Lei de Talião, critério que surgiu diante da necessidade humana de regulamentar suas relações com os demais indivíduos. A referida norma preceitua que a retribuição do mal pelo mesmo mal estabelecia uma medida reparatória a ser adotada. Tratando-se de um critério originado espontaneamente no meio social, consagrado posteriormente em várias legislações da época, inclusive na Lei das XII Tábuas. (NADER, 2014, p. 345)

Assim, desde os primórdios da humanidade, quando o ser humano viu a necessidade de regulamentar suas relações com seus semelhantes, a ideia de responsabilidade pelas lesões causadas está presente, agindo o indivíduo em busca de estabelecer normas de conduta social coercitivas, capazes de impeli-los ao cumprimento das obrigações acordadas.

Com a evolução da vivência em sociedade, e a conseqüente diversificação das interações e relações humanas, bem como dos possíveis danos ocasionados pelas ações e omissões dos indivíduos, o modo de reparação também se alterara. A concepção segundo a qual a responsabilidade civil somente existiria diante da comprovação do *animus* do agente foi cedendo espaço em decorrência da impossibilidade de comprovar, em determinadas situações, o elemento subjetivo, evitando que estes acontecimentos ficassem irreparáveis.

¹É uma expressão em latim que significa literalmente, "o estado em que as coisas estavam antes". O *status quo ante* nada mais é ou se apresenta, como uma expressão utilizada para restabelecer o equilíbrio promovido na vida de alguém.

No Código Napoleônico² fora substituída a ideia de pena adotada na vingança privada pela reparação do dano sofrido, dada a inserção da noção de culpa. Esta noção também fora incorporada pelo Código Civil de 1916 onde a teoria da responsabilidade civil, embora pouco explorada, focou-se na doutrina da culpa.

Observamos que o art. 159 do Código Civil de 1916 *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”* exprime quase que literalmente o disposto nos artigos 1.382 e 1.383 do Código Civil Francês de 1804, conforme se vê:

Artigo 1382 Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano.

Artigo 1383 Cada um é responsável pelo dano que provocou não somente por sua culpa, mas ainda por sua negligência ou por sua imprudência.³

Nota-se que tanto na legislação pátria, quanto nos dispositivos do Código de Napoleão, a responsabilidade surge diretamente relacionada a ideia de prejuízo. Infere-se das referidas normas que um indivíduo que por meio de uma conduta danosa viola uma norma e/ou direito de outrem, descumprindo uma obrigação, e ocasionando consequências indesejadas deverá repará-las.

Certo é que a responsabilidade traz a noção de uma conduta anterior ilícita, causando um dano a alguém, violando uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual) e impondo ao seu autor o dever de suportar as consequências de seu ato. Tem, pois, como finalidade a restauração do equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Expressando, pois, a ideia de restauração, contraprestação e reparação de dano. (Gonçalves, 2015. p. 19)

Em outras palavras, responsabilidade consiste no dever de reparar o dano decorrente de fato do qual se é autor, seja direto ou indireto.

2.1 Responsabilidade e ato ilícito

O ato ilícito é fonte de obrigações que consiste em ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que contraria a lei, viola o direito e causa dano a outrem, ainda que este seja exclusivamente moral⁴. É fato originador do dever de indenizar, relacionando-se com a responsabilidade pelo dever de reparar, podendo resultar de danos causados à pessoa ou

² Trata-se do Código Civil Francês ou *Code Civil des Français*, na língua materna, que fora outorgado por Napoleão Bonaparte em 1804.

³ No texto original em francês, tem-se: Article 1382 Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Article 1383 Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

⁴ Conceito extraído do que prevê o Código Civil brasileiro de 2002.

ao patrimônio, gerando um encargo de recomposição da situação, restituição da coisa ou indenização pela sua perda, caracterizando o que se entende por responsabilidade civil.

Nas palavras de Tartuce “*o ato ilícito é a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém.*” (2016, p.486)

O nosso Código Civil (CC) traz em seu artigo 186 a definição de ato ilícito ao dizer 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*”.

Nas palavras de Stoco:

A obrigação de reparar o dano representa o preço da responsabilidade de viver em sociedade e interar com seus pares, pois cada um de nós é detentor de direitos, mas deve sempre respeitar o direito do próximo e agir segundo as regras que a própria sociedade consagrou e o direito positivo estabeleceu. (2007, p. 113)

Também define Tartuce:

[...]o ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a nonna jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei. (2016, p. 486)

Porém, apesar da intrínseca relação entre a responsabilidade civil e os atos ilícitos, não se pode depreender que estes produzam unicamente o efeito indenizante. Em verdade, trata-se da consequência mais comum, aquela que gera o dever de reparar o dano provocado, mas outros efeitos também podem decorrer do ilícito civil, tais como a invalidação de um ato (efeito invalidante) ou a autorização para a prática de algum ato jurídico (efeito autorizante). Tem-se como exemplo, a inexecução de um contrato em face de seu objeto ilícito e o que prevê o art. 557 do CC quanto à revogação de doação, respectivamente.

De outro modo, não somente os atos ilícitos geram o dever de indenizar. Consoante dispõe o art. 929 do CC, ainda que acobertado por uma excludente de ilicitude (CC/02, art. 188, II), impõe-se ao agente o dever de reparar o dano. Havendo, entretanto, possibilidade de regresso contra o causador da situação de perigo (CC/02, art. 930).

Assim, é possível concluir que não paira apenas sobre a ilicitude ou não do ato a caracterização do dever de indenizar. Tanto os atos lícitos como os ilícitos, na ordem jurídica brasileira, podem dar ensejo à indenização.

2.2 Responsabilidade e obrigação

Faz-se importante a distinção entre responsabilidade e obrigação. Enquanto a primeira traduz um dever jurídico sucessivo, decorrente da violação do segundo, esse último trata de um dever jurídico originário.

Para melhor entender as diferenças existentes entre os dois institutos, seguem as palavras de Cavalieri Filho:

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

Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E, sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação (a imagem é de Larenz), sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de observar a quem a lei imputou a obrigação ou dever originário. (2008, p. 20)

Neste sentido, também são os ensinamentos de Gonçalves:

A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, *obrigação* e *responsabilidade*. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. (2015, p. 20/21)

Posto isto, compreende-se a responsabilidade como consequência jurídica decorrente do inadimplemento de uma prestação originária, seja ela legal ou contratual, diferenciando-se da obrigação que consiste no dever de prestar alguma coisa consubstanciada numa atitude positiva (dar ou fazer) ou negativa (não fazer), que, particularmente no campo da responsabilidade civil, seria o dever negativo de não lesar a outrem.

No Código Civil de 1916, a responsabilidade era alicerçada em um único conceito: o de ato ilícito (art. 159). Por outro lado, no Código Civil de 2002, baseia-se em dois conceitos: o de ato ilícito (art. 186) e o de abuso de direito (art. 187).

É também nesta esteira os dizeres 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 que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados. (2011, p. 45)

Assim, é possível compreender a conexão existente entre responsabilidade e obrigação sob o prisma dos deveres jurídicos, onde o descumprimento da relação obrigacional originária leva a necessidade de reparação.

2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual

O Código Civil de 2002 manteve a dualidade presente no CC de 1916, que diferencia a responsabilidade contratual da extracontratual. Enquanto a responsabilidade contratual (art. 389 e ss. e 395 e ss.) paira sobre o descumprimento de uma convenção prévia (inadimplência), a extracontratual configura-se pelo ato ilícito ou abuso de direito (art.186 a 188; 927 a 954).

Conforme César Rossi e Cassone Rossi, a responsabilidade será contratual quando:

[...] quando tiver origem na mora ou inadimplemento de uma obrigação derivada de um negócio jurídico, seja unilateral ou bilateral. Referida modalidade de responsabilidade civil “baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte”. (2007, p. 16/17)

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, subsiste a responsabilidade extracontratual ou *aquiliana*⁵, hipótese em que se aplica a disposição do art. 186 do CC, segundo o qual, todo aquele que causar dano a outrem, por culpa ou dolo, tem a obrigação de repará-lo.

Assim, há responsabilidade extracontratual quando o agente infringe um dever legal. Em outras palavras “ocorre a inobservância da lei ou a lesão de um direito sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica” (ROSSI; ROSSI 2007, p. 24).

Em ambas existe violação de um dever jurídico preexistente, sendo que a contratual possui origem na convenção e a extracontratual na inobservância do dever genérico de não lesar.

Como ensinou Cavalieri Filho:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito *aquiliano* ou absoluto. (2008, p. 15)

Estas estão entre as espécies de dever jurídico, onde o dever contratual se caracteriza pela obrigação de cumprir a prestação pactuada, decorrente do ajuste de vontade das partes, visando à produção de efeitos jurídicos determinados. Seu inadimplemento faz surgir outro dever consistente na assunção das consequências decorrentes, qual seja o dever extracontratual, que tem origem na norma jurídica, surgindo a partir do descumprimento do dever genérico de não lesar a outrem.

Gagliano e Pamplona Filho ensinam que:

⁵ Recebe este nome dada a *Lex Aquilia*, suscitada pelo tribuno Aquilius, por volta da metade do século III a.C. (FRANÇA, 1983, p.267)

Como já visto, quem infringe dever jurídico *lato sensu* fica obrigado a reparar o dano causado. Esse dever passível de violação, porém, pode ter como fonte tanto uma obrigação imposta por um dever geral do Direito ou pela própria lei quanto uma relação negocial preexistente, isto é, um dever oriundo de um contrato. O primeiro caso é conhecido com responsabilidade civil aquiliana, enquanto o segundo é a epígrafada responsabilidade civil contratual.

E quais as diferenças básicas entre essas duas formas de responsabilização? Três elementos diferenciadores podem ser destacados, a saber, *a necessária preexistência de uma relação jurídica* entre lesionado e lesionante; *o ônus da prova quanto à culpa*; e *a diferença quanto à capacidade*. (2011, p. 59/60)

Na responsabilidade contratual o ônus da prova compete ao credor, que apenas atende-se a apontar a cláusula que fora descumprida é capaz de fazer seu direito valer, enquanto na extracontratual o ônus probante recai sobre o devedor. A fonte contratual subsiste através da convenção das partes, na extracontratual no dever genérico de não lesar.

Depreende-se, pois, que na responsabilidade civil contratual as partes já se vincularam anteriormente por um vínculo obrigacional e a culpa contratual é presumida, recaindo sobre o ofensor o ônus probante. Já na culpa *aquiliana* não há uma relação anterior entre as partes e a comprovação de culpa é feita pela vítima, fundada no dever negativo de não causar dano a ninguém.

2.4 Responsabilidade civil e penal

Da importante distinção entre a responsabilidade civil e penal, cumpre pontuar um breve histórico, que perpassa pela evolução das interações humanas, pelas constituições imperiais e pela evolução jurídica das legislações.

Inicialmente, no Direito Romano não havia distinção entre responsabilidade penal e civil, havendo, contudo, uma pena imposta ao causador do dano. A culpa não era elemento essencial para a caracterização da responsabilidade, sendo adotada a vingança privada.

Posteriormente surge a ideia de composição que, coexistindo com a vingança privada, trazia a noção de compensação econômica. Com o passar dos anos houve a vedação da justiça com as próprias mãos, e a composição passou de voluntária à obrigatória. Há então um aperfeiçoamento das indenizações e uma conseqüente diferenciação entre delitos públicos, nos quais os valores das indenizações eram recolhidos aos cofres públicos, e delitos privados, hipótese em que indenização era paga para a vítima.

Esse aprimoramento da ideia de pena e reparação propicia uma melhor distinção entre as responsabilidades civil e penal.

Do Direito Francês extrai-se a como importante a distinção entre a culpa delitual e

culpa contratual, inseridas no referido ordenamento através do Código Napoleônico (arts. 1.823 e 1.824).

No Brasil, o Código Criminal de 1830 deu lugar a um código civil e criminal, cujo regramento trouxe, em primeiro momento, a ideia de reparação condicionada à condenação criminal do agente. Somente anos mais tarde, quando estabelecida a independência das jurisdições, que fora mais bem delineada a distinção entre responsabilidade civil e criminal.

O Código Civil de 1916 aliou-se a teoria da responsabilidade subjetiva, exigindo prova de culpa ou dolo do agente causador do dano para obrigá-lo a arcar com a indenização.

Com o advento do Código Civil de 2002, mesmo a teoria subjetiva sendo mantida como basilar, a noção jurídica de responsabilidade civil passa a ser mais bem formulada, pressupondo uma atividade danosa de alguém que, atuando ilicitamente, viola uma norma preexistente (legal ou contratual), devendo, pois, subordinar-se às consequências de seu ato.

A Responsabilidade Civil gira, pois, em torno de duas teorias: a subjetiva e a objetiva. A responsabilidade subjetiva é aquela que depende da existência de dolo ou culpa por parte do agente causador do dano. Desta forma, a obrigação de indenizar e o direito de ser indenizado surgem apenas se comprovados.

Para Cavalieri Filho:

A responsabilidade subjetiva é assim chamada porque exige, ainda, o elemento culpa. A conduta culposa do agente erige-se, como assinalado, em pressuposto principal da obrigação de indenizar. Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica. A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que conformar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo. Vem daí a observação: “a irresponsabilidade é a regra, a responsabilidade a exceção” (De Page). (2008, p. 29)

A teoria objetiva, de seu turno, tem pressupostos diversos da subjetiva, pois prescinde da culpa para existir. Nesta teoria, não há dependência da comprovação do dolo ou da culpa do agente causador do dano, apenas o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado à vítima, ou seja, mesmo que o agente causador não tenha agido com dolo ou culpa, deverá indenizá-la.

O responsável pelo dano causado tem o dever de reparar, nos casos especificados em lei ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos aos direitos de outrem.

A propósito, ensina Gonçalves que:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja

isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (2015, p.49)

Quanto à responsabilidade *ex lege*, caracteriza-se como autônoma em relação à teoria do risco. Certamente que o risco pode estar presente, mas ele não é elemento essencial. É o que se vê no artigo 933 do CC/02, bem como nos casos de responsabilidade dos pais pelos filhos menores, do empregador pelos empregados e do patrão pelo preposto (súmula 341 do Supremo Tribunal Federal).

A responsabilidade objetiva não pode se confundir com a responsabilidade por culpa presumida. Nesta, a responsabilidade é subjetiva, e o elemento subjetivo é presumido, havendo inversão do ônus da prova e cabendo ao ofensor, para se eximir da responsabilidade, provar que não agiu com culpa. Assim, se o réu não conseguir provar alguma das excludentes da responsabilidade, será considerado culpado, tendo em vista que sua culpa é presumida.

Gonçalves, sobre o tema, ensina:

Nos casos da responsabilidade objetiva, não se exige a prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível.

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. É o caso, por exemplo, previsto no art. 396 do Código Civil, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculte a prova das excludentes ali mencionadas (culpa da vítima ou força maior), com inversão do *onus probandi*. (2015, p. 48)

No que tange à responsabilidade objetiva não há que se falar em elemento subjetivo (culpa), ou seja, provado o dano e o evento danoso, impõe-se o dever de indenizar, de modo que as questões envolvendo a culpa não eximem a responsabilidade do agente. Contudo, apesar do crescente avanço da responsabilidade objetiva, a responsabilidade civil subjetiva persiste como referência fundamental.

Analisando o art. 186 do CC, temos quatro elementos da responsabilidade civil: conduta humana, nexos de causalidade, dano ou prejuízo e culpa ou dolo do agente.

A conduta é o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. É o ato do agente ou de outro que esteja sob sua responsabilidade, que produz resultado danoso seja por dolo, negligência, imprudência ou imperícia. Este ato gera a obrigação de reparar.

Conforme leciona Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 69) o núcleo fundamental da

conduta humana é “*a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz*”.

Para acarretar responsabilidade civil, esta conduta deve comprovadamente causar danos ou prejuízo à vítima, trata-se do segundo elemento caracterizador da responsabilidade civil subjetiva. Seja qual for a espécie de responsabilidade, sem a existência de um dano real, efetivo e concreto, não há que se falar em responsabilidade civil, pois sem ele não há o que reparar.

A relação de causalidade, por seu turno, é o liame entre o ato lesivo do agente e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. Se o dano sofrido não for ocasionado por ato do agente, inexistente a relação de causalidade. Portanto, não basta que a vítima apenas sofra dano, é preciso, ainda, que este passe a existir a partir do ato do agente para que reste configurado o dever de compensação.

A existência de culpa ou dolo, essenciais a caracterização da modalidade subjetiva de reparação, caracterizam-se quando o causador do dano não tinha intenção de provocá-lo, mas por imprudência, negligência, imperícia causa dano e deve repará-lo ou houve a vontade de cometer a violação de um direito, respectivamente.

Sob esta perspectiva, a responsabilidade civil em muito se distingue da responsabilidade penal. Gagliano e Pamplona Filho pontuam que:

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano), enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex.: prisão), restritiva de direitos (ex.: perda da carta de habilitação de motorista) ou mesmo pecuniária (ex.: multa). (2011, p. 46).

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) determina quais as espécies de penas são admissíveis em caso de repressão pela prática de infrações penais, vigorando o princípio da legalidade. É sob este fundamento que só haverá que se falar em crime ou contravenção se houver lei prévia que os defina, e que dentre as penas admitidas pelo sistema jurídico vigente, uma esteja ali previamente cominada, na medida de relevância dos bens jurídicos por ele tutelados.

No mais, ressalte-se que na esfera criminal vigora o princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*, segundo o qual somente merece a tutela do Direito Penal aqueles bens jurídicos indispensáveis e de relevância incontestável para o meio social, demonstrando o seu caráter fragmentário e sua subsidiariedade no sistema, ou seja, se os outros ramos do Direito

possibilitarem uma proteção eficaz não há porque se utilizar das reprimendas penais.

Enquanto na responsabilidade penal o interesse lesado é o da sociedade e o agente infringe uma norma de direito público, na civil, o interesse diretamente lesado é o privado, podendo a pessoa prejudicada pleitear ou não a reparação.

Noutra banda, alguns ilícitos permitem a incidência tanto da responsabilidade criminal quanto da responsabilidade civil e é nesse aspecto que ganha relevância o tema da independência de instâncias.

O julgamento de um mesmo fato pode se dar tanto na esfera criminal quanto na esfera cível, sem que uma, em regra, influa na outra. Isso quer dizer que as soluções nas esferas cível e criminal são independentes, permitindo a avaliação do caso por ambas as instâncias, tal qual prevê o artigo 64, *caput*, do Código de Processo Penal (CPP).

Tal independência é, portanto, relativa, e encontra-se regulamentada nos artigos 65, 66 e 67 do CPP, bem com, no artigo 935 do CC, ao dizer que “a responsabilidade civil é independente da criminal”.

Contudo, a coisa julgada do processo criminal pode produzir efeitos no processo civil, ocorrendo nas hipóteses em que a autoria e a materialidade se acharem definitivamente decididas no juízo penal. Isto se dá porque no processo penal vigora o princípio da verdade real no qual a prova para a condenação deve ser imaculada, longe de dúvidas, em razão da presunção da inocência do réu, vigorando o brocardo do *in dubio pro reo*.

Porém, com o fito de evitar decisões completamente divergentes, ferindo a segurança jurídica tão almejada pelo Direito, a lei permite ao magistrado a suspensão do processo civil enquanto não decidido o fato no processo penal, tratando-se de verdadeira questão prejudicial. É o que se pode inferir do artigo 313, V, *a*, do Código de Processo Civil (CPC) e o que literalmente diz o parágrafo único do art. 64 do CPP.

Assim, apesar da independência existente entre as duas formas de responsabilização, civil e criminal, a histórica relação existente entre a elas, bem como a busca comum pela proteção de direitos, as mantém autônomas, porém interligadas.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil é assumida pelo médico quando presta serviços a um paciente. Trata-se da obrigação que este profissional de saúde tem de reparar um dano que por ventura cause a outrem no exercício de sua profissão, contemplando-se nesta hipótese, tanto a responsabilização do profissional liberal, quanto dos estabelecimentos de saúde em geral.

O ponto de partida para a responsabilidade ocorre quando o médico se dispõe a assistir o doente em busca da cura, de minorar os efeitos da doença ou de controlar a enfermidade.

3.1 Histórico

Desde os primórdios, a humanidade tem sofrido com problemas de saúde e vem buscando meios necessários e adequados para tratá-los. As primeiras atividades desenvolvidas voltaram-se para a cura das patologias e não necessariamente para seu estudo e compreensão.

Na Mesopotâmia, a Medicina estava intimamente ligada à religião ou à mágica, o que fazia a figura médica ser tratada como um mago dotado de poderes curativos e não como cientista. (KFOURI NETO, 2001)

O surgimento da Medicina nos moldes científicos ocorreu à época do Império da Babilônia, ocasião em que eram feitas cirurgias simples e adotavam-se tratamentos com medicamentos. Nesta época haviam grandes recompensas aos que obtinham sucesso e severas punições àqueles que fracassavam.

Um dos primeiros documentos históricos a tratar sobre o erro médico é o Código de Hamurabi⁶ (1.790 – 1.770 a.C.), que previa graves sanções aos cirurgiões que incorressem em erro.

Segundo Nehemias Domingos de Melo:

[...] o primeiro documento histórico que tratou especificadamente do erro médico e, portanto, da responsabilização do profissional foi o Código de Hamurabi. Esse código impunha ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão, caso contrário, poderia o profissional sofrer severas penas que podiam significar, inclusive, a amputação de sua mão. Tais penas eram aplicadas nos casos de morte ou lesões graves aos pacientes homens livres, pois se referisse a escravo ou animal a previsão de pena era apenas ressarcimento do dano. (2008, p. 04)

O referido código já apresentava algumas previsões sobre a responsabilidade civil do médico. A morte de um paciente, por exemplo, era punida independente de culpa,

⁶ Conjunto de leis escritas originárias da Mesopotâmia, atualmente exposto para visitação pública no museu do Louvre, em Paris na França.

caracterizando assim uma responsabilização objetiva.

As severas punições levam a acreditar que apenas procedimentos simples eram realizados à época, dado o fundado receio de punição em caso de erro, e o restrito conhecimento acerca da anatomia humana.

Na era clássica, a Grécia destacou-se no estudo da saúde, trazendo nos escritos de Hipócrates noções de uma medicina permeada de elementos racionais e científicos, não apenas empíricos. Dado este momento no qual a noção de que a culpa médica não se é presumida pelo insucesso do procedimento, mas sim, com base na conduta adotada pelo profissional.

Em Roma, a medicina era inicialmente praticada por curandeiros e sacerdotes. É época em que se praticava a justiça pelas próprias mãos, pautada em uma regra primitiva de que toda ação merece reação.

Na época da República Romana, promulgada a *Lex Aquilia*, houve a substituição de multas fixas por penas proporcionais aos danos causados. Com previsões de penas de morte e deportação para os casos mais graves.

Com o passar dos anos a profissão fora alcançando maior nível de reconhecimento e dignidade, estruturando-se em um sistema de proteção da saúde pública e codificação.

É neste sentido que Nehemias Domingos de Melo ensina:

Os primeiros registros da responsabilidade dos médicos nos moldes que conhecemos atualmente pode ser encontrado no Direito Romano, especialmente no texto de Ulpiano, de onde se extrai: “*sicut medico imputareeventusmortalitatis non debet, ita quod per imperitiamcomptare ei debet*” (assim como não se deve imputar a médico evento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por imperícia). (2008, p.04)

Na era moderna, toma-se como referência a França, país cuja legislação apresentou contornos mais semelhantes aos norteadores jurídicos que temos atualmente.

A partir dos fundamentos e conceitos advindos do Direito Romano, o Código Civil francês, que o padrão das legislações modernas e cuja influência se encontra presentes em todos os códigos civis das nações cultas, proclamou a responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada. É a essência da responsabilidade aquiliana que continua a ser norte o norte das legislações modernas.

É exatamente no direito francês e na construção doutrinária e jurisprudencial que os autores e as Cortes francesas formaram ao longo dos dois últimos séculos os fundamentos da responsabilidade civil do médico nos seus atuais contornos. (2008, p.05)

Foi na França que se estabeleceram as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica, assentando as bases de uma jurisprudência e de uma doutrina que serviu de parâmetro para um grande número de nações, inclusive o Brasil.

3.2 Natureza jurídica

A relação estabelecida entre médico e paciente constitui um contrato *sui generes*, na qual compete ao médico utilizar de todos os recursos disponíveis e empenhar-se ao máximo para obter os melhores resultados em prol do paciente.

Na legislação brasileira, o advento do CDC apresenta a natureza da responsabilidade médica de dois modos, a responsabilidade pessoal do médico apurada mediante a verificação de culpa, e a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, que é analisada sob a perspectiva objetiva, tal como a responsabilidade Estatal.

Conforme os ensinamentos de Cavalieri Filho:

A responsabilidade médica foi muito discutida no passado quanto à sua natureza jurídica: se era contratual ou extracontratual; se gerava obrigação de meio ou de resultado. Entendo que após o Código do Consumidor essas discussões perderam a relevância. Hoje a responsabilidade médica/hospitalar deve ser examinada por dois ângulos distintos. Em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc. (2008, p. 369/370)

Sendo assim, a responsabilidade pessoal do médico nos dias atuais segue a teoria da culpa, cabendo ao profissional de saúde a obrigação de indenização somente se restar provada a sua culpa no resultado danoso.

A responsabilidade civil médica tem três pressupostos: a conduta culposa de um agente, a existência de um dano e a relação de causalidade entre aquela conduta e o dano.

Nestes casos, o médico só será responsabilizado quando for provada quaisquer das modalidades de culpa dentre a negligência, a imprudência e a imperícia.

A negligência configura-se pela falta de atenção ou cuidado, dada a inobservância de deveres e obrigações. Caracteriza-se pela inércia, passividade e indolência do profissional. Agirá com negligência o médico que deixar de praticar atos ou não determinar o atendimento hospitalar ou de enfermagem necessário, tendo em vista o que recomenda as boas práticas da ciência médica e o estado em que se encontra o paciente.

A imperícia consiste na falta de experiência ou de conhecimentos práticos necessários ao exercício da profissão. Pode-se chamar de despreparo profissional ou desconhecimento técnico da medicina. É o que acontece quando um médico recém-formado, dada sua inexperiência ou inabilidade realiza procedimentos para os quais ainda não se encontra apto.

A imprudência por sua vez, é o ato de agir perigosamente, com falta de moderação ou precaução. Ocorre quando mesmo conhecendo os riscos, daquela ação, decide agir. O

profissional age de maneira não justificada, precipitada, sem usar a cautela que se espera do bom médico.

Por seu turno, o dano é o elemento gerador do dever de indenizar, podendo-se afirmar que jamais haverá responsabilização civil sem a existência de um dano, que poderá ser físico, patrimonial ou moral. Os danos físicos assumem maior importância, sendo aqueles que acarretam em lesões corporais, perda de membros ou mutilação de órgãos, por exemplo. Os danos patrimoniais surgem em consequência aos danos físicos, são as despesas médicas, medicamentos, exames, lucros cessantes entre outros. Os danos morais atingem os bens ligados aos direitos fundamentais do homem, sua honra e integridade moral, envolvem, pois, a dor sofrida, o sentimento de tristeza, o constrangimento e os danos estéticos.

Além do dano, deverá haver também uma relação entre a ação ou a omissão culposa do agente e o dano à vítima. A demonstração de que o ato lesivo é a causa do dano concreto é imprescindível, e é esse laço que une a conduta ao dano, o nexo causal.

Daí surge uma questão que não é simples, qual seja encontrar com o máximo de certeza a causa que enseja a responsabilização.

3.3 Obrigação de meio ou de resultado?

Aqui se discute qual a espécie de obrigação assumida pelo profissional da medicina ao atender um paciente.

Via de regra, o compromisso médico não é com a cura do enfermo, mas em agir de acordo com as técnicas e regras da profissão, com zelo e fazendo uso de recursos adequados, configurando assim, uma obrigação de meio.

A obrigação de meio é aquela na qual o médico não assume o risco de determinado resultado, mas sim, o dever de agir com diligência e prudência, de acordo com práticas mais adequadas ao caso.

Assim, poderá ser responsabilizado somente mediante prova de que tenha agido segundo umas das modalidades de culpa, quais sejam a negligência, a imprudência e/ou a imperícia, nos termos do que prevê o artigo 14, § 4º do CDC, “*A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*”.

A prova de que o profissional agiu com culpa caberá, em princípio, aos prejudicados, sendo facultativa ao juiz a inversão do ônus da prova em favor do paciente, dada a incidência do previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Portanto, nestas hipóteses caberá à vítima comprovar não só o dano e o nexo causal, mas também a culpa do profissional.

A prova da negligência, imprudência ou imperícia, na prática, é um verdadeiro tormento para as vítimas e seus familiares, devido à hipossuficiência econômica e técnica, sendo certo que o médico se encontra em melhores condições do que a vítima, para trazer aos autos elementos suficientes a comprovar sua responsabilidade (GONÇALVES, 2015).

De certo, há um rigor jurisprudencial na caracterização da prova do erro médico, sendo estes casos delicados e de difícil comprovação, dada a pertinência de questões que requerem um conhecimento técnico científico. Assim, sendo o magistrado leigo no assunto, se torna, por vezes, indispensável a produção de prova pericial.

A perícia exerce papel importante no processo em que se discute um erro médico. Caberá ao juiz analisá-la, ponderando acerca das explicações e conclusões dos peritos, examinando detidamente a fundamentação dos laudos e, diante de todo um conjunto probatório, decidir se deve acatá-lo ou não.

Nesse sentido são os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior:

O perito é apenas um auxiliar da Justiça e não um substituto do juiz na apreciação do evento probando. Seu parecer não é uma sentença, mas apenas fonte de informação para o juiz, que não fica adstrito ao laudo e pode formar sua convicção de modo contrário a base de outros elementos ou fatos provados no processo. (2013)

Destarte, restando presente a negligência, imprudência ou imperícia, restará configurada a culpa do profissional e, por conseguinte haverá o dever de indenizar.

Frise-se que, sob essa perspectiva da obrigação de meio, a responsabilidade do médico consiste no atendimento adequado do paciente e na observação de inúmeros deveres específicos, sendo válido pontuar que a ciência médica é, assim como as demais, incompleta e em decorrência disto, haverá casos em que mesmo com a utilização de todos os meios e técnicas necessárias pelo médico, o paciente venha a sofrer reações adversas em virtude de uma característica peculiar própria ou de outros fatores que lhe são alheios, podendo o paciente sofrer lesões irreversíveis ou até mesmo vir a óbito. Hipóteses em que haverá a exclusão da responsabilidade do médico, conforme será abordado a seguir.

Em suma, a incumbência médica abrange não somente seus atos particulares, como aqueles praticados por terceiros que estejam sob suas ordens. Cabendo em ambas as hipóteses a prestação de um atendimento adequado, o cumprimento de deveres específicos, e a obediência ao dever geral de cautela, muito mais nas hipóteses em que o médico em questão possuir especialização em determinada área de atuação.

Na obrigação de resultado, por sua vez, há um compromisso do contratado com um resultado específico, para atender ao que se obrigou com o contratante.

Na hipótese médica, esta modalidade de responsabilização poderá ser configurada em

situações específicas, tais como as cirurgias plásticas.

Esse entendimento é hoje consenso quase absoluto na doutrina pátria, podendo-se invocar os ensinamentos de Rui Stoco:

A obrigação do médico pode ser de meios, como geralmente é, mas também pode ser de resultado, como quando faz um Raio X, um *checkup*, aplica ondas de calor, dá uma injeção, faz transfusão de sangue, procede a determinada esterilização necessária ou, como já nos referimos, no caso da cirurgia plástica estética. Também há possibilidade da obrigação do médico ser de resultado quando assume expressamente a garantia da cura. (2011, p.556/557)

Ademais, na obrigação de resultado, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao contratado provar que não agiu com culpa e que o resultado esperado e prometido não ocorreu por razões alheias à sua atuação, por força de quaisquer das causas excludentes de responsabilidade.

Não se pode, porém, presumir-se a culpa só porque estamos diante de um contrato. O que se deve levar em conta é o tipo de obrigação assumida. Em se tratando de obrigação de resultado, o contratado, caso não atinja o acordado, será presumidamente culpado.

Tratando-se da cirurgia plástica, por exemplo, a obrigação do médico é entendida como de resultado, diante da expectativa do paciente em modificar esteticamente parte de seu corpo que não lhe agrada. Sendo assim, se estiverem presentes os requisitos da responsabilidade civil (conduta do agente, dano e nexos causal), caberá indenização por danos morais e materiais ao paciente que teve, em cirurgia estética, resultado diverso e pior do que o natural anterior.

Em setembro de 2013, a 3ª turma do STJ analisou o caso de um paciente que teve de se submeter a três cirurgias plásticas de rinoplastia para corrigir um problema estético no nariz. Ele não ficou satisfeito com o resultado das duas primeiras operações e decidiu buscar o Poder Judiciário para receber do cirurgião responsável indenização por danos materiais e morais (REsp 1.395.254).

Neste sentido, aponta-se outro importante julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, § 4º, DO CDC. 1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013. 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova. 3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a

presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. 6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Replac 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1395254 SC 2013/0132242-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2013)

A obrigação principal do médico, aqui, não se traduz na simples prestação de cuidados, mas sim em realizar uma obra material, como uma análise de sangue, uma prótese, uma intervenção cirúrgica estética. Assim explicita Tereza Ancona Lopes “(...)ninguém se submete a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, isto é, a melhoria de uma situação que pode ser, até aquele momento, motivo de tristezas.” (p. 62)

Pontua-se, contudo, que nos casos em que os pacientes em questão forem vítimas deformadas por acidentes graves ou doentes congênitos, há maleabilidade na configuração da responsabilidade do cirurgião plástico enquanto de meio. Haja vista as particularidades de cada caso.

Conclui-se, então, que como critério geral pode-se afirmar que quando o médico promete um resultado concreto, responderá por este quando não o produzir.

3.4 Deveres do médico

Em seus artigos, o Código de Ética Médica – CEM⁷ apresenta diversos deveres deste que é considerado importante profissional na preservação da vida humana no enfrentamento das diversas doenças que acometem os indivíduos.

Dentre as recomendações previstas no referido texto, pode-se apontar o dever de informar, previsto no art. 34 do CEM. Fundamentado na ideia de que o entendimento a respeito da moléstia e do tratamento são os principais atormentadores da pessoa doente, cabendo ao médico o dever de informar e aconselhar o paciente, seus familiares e responsáveis legais sobre a enfermidade e suas peculiaridades, dos riscos existentes, complicações que possam surgir e dos efeitos colaterais provocados pelo tratamento.

Tal previsão é corroborada nos artigos 6º, III, e 31 do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
I – [...]
II – [...]

⁷ Instituído pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931 de 17 de setembro de 2009. Contém normas de conduta, a serem observadas pelos profissionais da medicina no exercício de sua profissão.

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade de preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

[...]

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Rui Stoco explicita de que forma o dever de informar influencia nos procedimentos cirúrgicos:

Ora, a falta de informação acerca das consequências do tratamento ou da intervenção cirúrgica poderá conduzir à realização do procedimento, com o surgimento de sequelas ou incômodos ou outras intercorrências que poderiam não ser assumidas pelo paciente se tivesse a informação prévia e adequada. [...] E se tal ocorrer por falta de informação prévia e adequada, o resultado deve ser considerado insatisfatório e danoso, a ensejar reparação tanto do dano material como moral. (2011, p.625)

Um meio através do qual o direito à informação do paciente consubstancia-se é o termo de consentimento livre e esclarecido, a ser prestado pelo médico. Consistindo em um documento que deve ser obtido junto ao paciente, livre de qualquer vício, em linguagem acessível, relatando pormenorizadamente todos os tratamentos e riscos que compõem a terapêutica a ser empregada, para que o paciente possa decidir se quer ou não se submeter ao procedimento médico informado, garantindo-lhe o exercício de sua autonomia privada.

O Código Civil em seu art. 15 e o CEM no capítulo XXI destinado aos princípios fundamentais, especificamente em seus artigos 22, 24 e 31 consagram outro importante dever do médico, qual seja o de respeitar o direito do paciente e de seus familiares ou responsáveis legais de decidir livremente sobre o procedimento a ser realizado e sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo na iminência de risco de morte, obtendo o seu consentimento para execução do tratamento cabível.

Dentre outros importantes deveres médicos previstos no Código, pode-se mencionar o de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado, previsto no art. 17 o supramencionado código, visando assegurar ao enfermo que a conduta adotada pelo médico que lhe atende está devidamente pautada nas diretrizes pertinentes ao caso.

Cabe também ao médico assegurar o respeito ao interesse e a integridade física e mental do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido (arts. 27 e 28), cabendo

inclusive o uso de todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, que deverão ser utilizados em seu favor (art. 32).

Com base nesta linha de entendimento, caso um médico constate algum fator de risco em um paciente e os exames necessários para sua resolução não sejam realizados, ele poderá arcar juridicamente com as consequências de tal atitude, dada a obrigatoriedade da medicina de usar todos os meios possíveis para garantir a saúde do paciente.

O médico deverá usar os meios necessários cabíveis para cada ocasião, estando diante do exercício regular de direito, uma vez feito um juramento de salvar vidas, cabendo habilitação para o exercício da específica função.

É dever do médico atender ao paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço em condições de fazê-lo (art. 33).

A manutenção do sigilo profissional também está entre os principais deveres médicos, cabendo manter a discrição de fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente (art. 73).

O segredo médico ou sigilo médico remonta-se como uma das mais acentuadas características da profissão médica, sendo inclusive considerado o princípio ético mais rígido e respeitado pela categoria. Somente podendo ser revelado em situações excepcionais, tais como o dever legal, justa causa ou a autorização expressa do paciente.

Assim admite-se por justa causa um interesse de ordem moral ou social que justifique o não cumprimento da norma, contanto que os motivos apresentados sejam, de fato, capazes de legitimar tal violação. Entende-se por esta definição de justa causa que é um termo que abrange tantos fatos quanto possível, sendo, portanto, uma excludente da guarda do segredo por motivos peculiares de cada caso. A justa causa não está prevista em lei. O ambiente da justa causa preza principalmente pelo bom senso do médico e do juiz que possa vir a julgar qualquer processo contra aquele quando a justificativa apresentada não é suficiente ao ver do paciente que move a ação.

A compreensão de dever legal consiste na sua aplicação como desobrigação do sigilo, quando o tem a obrigação de revelá-lo por força de disposição legal expressa que assim determina. Casos como o do atestado de óbito, notificação compulsória de doença, ocasiões em que somente revelará o diagnóstico e não tecerá outros comentários.

O médico deve manter o segredo médico mesmo após a morte do paciente ou em hipótese de ser intimado a testemunhar, e neste último, caso tenha que revelar sigilo médico, comparecerá perante a autoridade e se declarará impedido, ressalvadas as situações anteriormente elencadas.

Pontua-se também o dever de fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta (art. 86), devendo também dar acesso ao paciente de seu prontuário, lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros (art. 88).

Assim, ao atender um paciente o médico exerce, obrigatória e simultaneamente, seus direitos e deveres, sendo estes não somente os explanados no presente tópico, mas também tantos outros previstos no Código de Ética Médica e demais dispositivos pertinentes.

4 DOS FATORES DE DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

O médico, enquanto profissional liberal de pertinente atuação na vida humana, vem buscando desde os primeiros momentos da civilização a preservação da saúde e a cura de diversas doenças, entretanto, está suscetível a cometer erros tal como quaisquer outros profissionais ou indivíduos dada sua natureza humana, o que gera ampla discussão acerca da responsabilidade de sua atuação.

Com o passar dos tempos o médico de uma figura mítica tornou-se uma classe objeto de constantes críticas e fiscalizações morais-sociais. O próprio juramento de Hipócrates⁸ aflora questões da responsabilidade do médico suscitadores de debates na vida social à época. Fora, contudo, o Código de Hamurabi, na Grécia, que primordialmente trouxe a responsabilidade do médico de forma normativa.

Com brevidade, Luzia Chaves Vieira pontua a mudança de percepção da figura médica pelo paciente:

[...]durante muitos séculos, a medicina esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos designos de Deus a saúde e a morte. Neste contexto, não se responsabilizava o médico que apenas participava de um ritual, talvez inútil, mas dependentemente da vontade Divina. O médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência, médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O ato do médico se resumia na relação entre uma confiança e uma consciência" Os tempos mudaram e, radicalmente, mudaram. A vida do final do século XX, início do século XXI determinou nova visão na relação médico-paciente. As expectativas dos pacientes se ampliaram através da rede de seguridade social, planos de saúde, convênios e com elas as obrigações e cobranças impostas pelo paciente ao médico. Os conceitos éticos, punjantemente garantidos pelos Conselhos, não mais são o limite da responsabilidade do profissional da medicina. A lei, que desde o Código Civil de 1916, estipulava responsabilidade, elevou a incidência do dever profissional, determinando que o médico venha, com maior freqüência se ver a frente de processos acusados de erros médicos. (1999)

⁸ Eu juro, por Apolo, o médico, por Esculápio, Higeia e Panacéia, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: Estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; Fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; Ter seus filhos por meus próprios irmãos; Ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; Fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Aquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.

A legislação e o acesso à Justiça evoluíram com o passar dos tempos e o advento da Constituição de 1988, do Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil criaram condições legais amplas para a discussão da atuação dos profissionais liberais em geral. Engenheiros, Advogados e Médicos enfrentam hoje, em inúmeros processos, questionamentos acerca dos procedimentos que fazem uso, de suas atuações, responsabilidades e de seus erros.

O Direito não vilipendiou nenhuma das profissões liberais. Possibilitou, em verdade, ao cidadão comum a discussão judicial de seu alegado direito, até para que não reste dúvidas, no seio social, acerca do procedimento realizado pelo profissional. Assim, a busca da responsabilidade civil do médico ganhou uma nova dimensão.

Busca pontuar-se aqui, que não se pode partir da ideia de que o médico sempre será responsável por toda e quaisquer consequências de um procedimento cirúrgico ou tratamento que conduz, havendo muitos fatores a serem considerados quando da judicialização da responsabilidade médica que visa discutir um possível erro, passando a analisá-los a seguir.

4.1 Excludentes da responsabilidade médica

Se um médico comete erro grosseiro ou manifesto, nada mais justo que seja compelido a indenizar o paciente lesado. Porém, haverá causas nas quais a culpabilidade do médico poderá ser excluída, gerando a improcedência da ação penal e conseqüente extinção da punibilidade do agente.

Dentre as principais causas de excludentes da responsabilidade, tem-se a iatrogenia, o fato de terceiro, o erro escusável, a intercorrência médica, a culpa exclusiva da vítima e o caso fortuito e força maior.

4.1.1 Iatrogenia

Por muitas vezes um tratamento médico correto, ao ter um desdobramento infeliz é rotulado como erro porque confunde-se o serviço do médico, que consiste no empenho máximo em busca da cura (meio), com a cura propriamente dita (resultado). Ou seja, a responsabilização do médico passa a ser feita sem que haja a análise de seu comportamento profissional.

Ocorre que, mesmo nas ocasiões em que o médico seja diligente ao longo do tratamento, empregando a melhor técnica no seu atendimento, ministrando até mesmo medicamentos de última geração, há o risco de que o paciente sofra alterações patológicas e, por consequência, um resultado infeliz.

Etimologicamente, iatrogenia significa uma alteração patológica ou complicações causadas no paciente resultantes do tratamento médico que lhe foi ministrado. De forma mais simplória entende-se como danos causados ao paciente em razão do tratamento ao qual fora submetido.

A iatrogenia consiste, pois, em um prejuízo inevitável, provocado por ato médico em pacientes sadios ou doentes, cujos transtornos são irreversíveis e inesperados. A lesão iatrogênica, via de regra, não gera a responsabilidade para o médico e hospital, salvo quando ocorrer descumprimento do dever de informação ou quando resultar de uma omissão ou atuação culposa.

Nesse diapasão, têm-se os ensinamentos de Nehemias Domingos de Melo:

A maior gama de iatrogenias não implica a responsabilidade profissional, tendo em vista que são previsíveis ou decorrentes de fatores individuais e próprios de cada paciente. Sabemos que as pessoas são diferentes entre si, em maior ou menor proporção. Ademais, o estado físico e psicológico de cada doente varia em razão das especificidades orgânicas, de tal sorte que a sensibilidade e reação podem ocorrer, sem qualquer relação de causa e efeito com a atuação do médico, à técnica empregada ou ao medicamento ministrado. Desde que o paciente tenha consentido, desde que tenha sido previamente informado e esclarecido sobre as possíveis conseqüências iatrogênicas, ainda que venha a ocorrer dano, não se poderá falar em responsabilizar o profissional. (2008, p. 127)

Para Rui Stoco, existem três tipos de iatrogenia:

1. lesões previsíveis, sabendo-se que o procedimento implica em seqüela (Exemplos: cirurgias mutiladoras, como amputações de membros (visíveis), gastrectomias, colecistectomias, apendicectomias (não visíveis));
2. lesões previsíveis, porém inesperadas, podendo o procedimento acarretar lesões inerentes à técnica (Exemplos: reação alérgica em decorrência do uso de contrastes radiológicos);
3. lesões decorrentes da falha do comportamento humano no exercício da profissão, caso em que as falhas são passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico (Exemplo: confusão da veia safena com a artéria femoral durante cirurgia de varizes, levando à gangrena). (2007, p. 588)

Observa-se, pois, que dentre as hipóteses elencadas, há de distinguir-se aquelas em que as lesões são intrínsecas ao tratamento adotado, ou ao menos dadas como possíveis de ocorrer, e aquelas cujo acontecimento se dá através de falha do profissional.

Nesta cabe a averiguação da conduta adotada e a discussão da responsabilização ou não do médico. Naquelas não haverá ato ilícito, posto que se tratam de lesões não oriundas de um atuar negligente, imperito ou imprudente, mas sim de medidas imprescindíveis para salvar uma vida. Não havendo porque falar em dever médico de indenizar.

4.1.3 Fato de terceiro

Ocorre a exclusão da responsabilidade civil do médico por fato de terceiro nos casos em que a ação seja ela dolosa ou culposa partiu de alguém que não seja o médico.

Necessário se faz esclarecer quem seria o “terceiro” quando da análise da responsabilidade civil. Trata-se de pessoas estranhas a relação médico-paciente, ou seja, qualquer pessoa que não seja o paciente e que não mantenha qualquer ligação com o corpo médico. Como por exemplo, familiares, farmacêuticos ou laboratórios.

Nos casos em que o agente causador do dano fizer parte do corpo clínico, sendo um enfermeiro, auxiliar ou instrumentador, a responsabilidade do médico ainda assim incide, pautada nos preceitos do art. 932, III, do Código Civil, que prevê a responsabilização do empregador por atos de seus empregados ou prepostos no exercício do seu trabalho, ou em razão dele. Sendo tal incidência ratificada pela Súmula 341 do STF, que dispõe: “*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.*”

Da referida revisão excetua-se a figura do anestesiológico, a quem a atual doutrina e jurisprudência tratam como um profissional independente, dada a marcante delimitação na divisão dos trabalhos deste e do médico chefe da equipe, não cabendo, portanto, atribuir ao médico cirurgião a responsabilidade de dano causado por outro profissional.

A esse respeito, transcreva-se o exemplo citado por Nehemias Domingos de Melo:

Vamos supor um exemplo bizarro: que um paciente internado em determinado hospital e seus desafetos o estejam procurando em busca de vingança. Na hipótese de invasão de hospital pelos delinquentes com eventuais consequências danosas para os demais pacientes, poderemos qualificar tal ilícito com fato de terceiro, pois inteiramente imprevisível e estranho ao objeto do contrato de prestação de serviços que foi entabulado entre os pacientes e a entidade hospitalar. Nesse caso estaria caracterizando aquilo que chamamos de fortuito externo, ensejando a lição de que, não tendo ilícito resultado da ação do hospital, nem de qualquer fato conexo com a sua atividade, a responsabilidade ou culpabilidade estaria inteiramente afastada ante a excludente derivada do fato de que os danos experimentados por seus pacientes decorreram de fato praticado por terceiro, que não guarda qualquer conexão com as obrigações derivadas dos serviços ajustados. (2008, p. 52)

O fato de terceiro está previsto no Código de Defesa do Consumidor, no art. 12, § 3º, III, bem como no art. 14, § 3º, II. Cabendo citar também o art. 393 do Código Civil e seu parágrafo único, que diz que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior, cujo efeito não era possível evitar ou prever. Apesar do referido dispositivo não incluir o fato de terceiro expressamente, a equiparação deste instituto às excludentes citadas é defendida pela doutrina.

Nesta linha de pensamento aponta-se o defendido por Sergio Cavalieri Filho “[...] *o fato de terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável.*”

Nas hipóteses de incidência de estes casos, uma força externa a relação médico-paciente quebra o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo, já que a conduta não parte do médico. Somente se configura o fato de terceiro se a conduta de terceiro for o fator predominante da lesão.

4.1.4 Erro escusável

As hipóteses de erro escusável são particularmente consideradas as de mais difícil comprovação, haja vista a subjetividade de reconhecimento.

O erro profissional, também chamado de erro de diagnóstico escusável é uma falha de conduta que não se pode atribuir ao médico, mas sim as limitações evolutivas da própria ciência médica.

Trata-se da falha humana, contudo, enquanto o erro médico é reflexo de uma conduta culposa, seja por imprudência, negligência ou imperícia, no erro profissional o médico agiu com adequação e zelo, dentro dos ditames éticos e científicos de sua atividade, sendo levado ao insucesso em razão de fatores que lhe fogem do controle e que não podem ser exigidos pela impossibilidade imposta pelas naturais limitações técnicas de sua ciência

Conforme já explicitado pelo fato de médicos lidarem com a vida humana, o seu erro muitas das vezes se torna “inaceitável”, porém em algumas situações será este escusável, casos nos quais o médico não poderá ser responsabilizado.

Ademais, conforme ensina Nehemias Domingos de Melo (2008, p. 84), temos que partir da premissa de que o erro médico condenável “*é aquele que decorre de um desvio, fazendo supor uma falta de prudência ou diligência esperada para o caso concreto*”.

Trata-se, pois, de um exercício regular de sua atividade, que acarreta, contudo em um acidente funesto.

4.1.5 Intercorrência médica

Também conhecida como complicação, a intercorrência médica é definida pela ocorrência de um evento em um procedimento médico, que não poderia ser, em geral, previsto ou alertado ao paciente.

A intercorrência distingue-se da lesão iatrogênica, posto que esta é causada ao paciente por um ato médico correto, realizado dentro do recomendável, sendo previsível e esperada, porém inevitável. Já aquela se consubstancia num evento danoso, mas que decorre não de um ato médico específico, mas de uma série de fatos, tais como reação adversa do organismo da pessoa, pouca resistência imunológica etc.

Todo e qualquer procedimento, desde o mais simples até o mais complexo, está sujeito a complicações inesperadas, o que não incorre necessariamente em erro médico.

Embora o médico possa realizar o procedimento corretamente, seguindo todos os padrões de segurança e todas as normas técnicas, as reações orgânicas dos pacientes ao tratamento podem variar de pessoa para pessoa, podendo o paciente ser mais susceptível que outros a infecções ou mesmo podendo ter variações anatômicas imprevisíveis em relação à normalidade, que são genéticas e impossível de se prever.

4.1.6 Culpa exclusiva da vítima

A culpa da vítima se dá nos casos em que o fato gerador do dano é causado pelo próprio paciente, sem interferência médica. Se o médico em nada contribuiu para a ocorrência do evento danoso, não haverá nexos causal entre a ação praticada e o resultado, não incidindo a responsabilidade civil médica.

É comum sua ocorrência quando o paciente não segue o tratamento prescrito ou os cuidados pós-operatórios recomendados pelo médico.

Colhe-se da doutrina de Nehemias Domingos de Melo um conceito esclarecedor:

A culpa exclusiva da vítima no caso de erro médico será identificado como aquele comportamento sem o qual o evento danoso não teria se materializado. Se o paciente adota posturas que agravam o seu estado de saúde ou descumprir deliberadamente as prescrições, e com isso não obtém o restabelecimento e ocorre o óbito, evidente que o insucesso do tratamento não se poderá imputar ao médico, tendo em vista que foi a conduta do paciente a causa determinante do resultado funesto. Logo, não haverá nexos de causalidade entre atividade médica e o evento danoso que pretenda indenizar. E há toda uma lógica para assim se considerar. Se foi a vítima quem provocou o evento danoso, tendo o agente sido tão somente instrumento pelo qual o mal se materializou, evidentemente que não há falar-se em indenização. Neste caso, não há liame de causalidade entre a ação perpetrada e o resultado lesivo, sendo o caso de irresponsabilidade do agente. (2008, p. 51)

Nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, o paciente exime o médico de toda e qualquer responsabilidade pelo dano que experimentou, haja vista a ausência de nexos causal entre a conduta adotada pelo médico e o dano sofrido, desde que restando provado ter agido com adequação e zelo, dentro dos ditames éticos e científicos de sua atividade.

Quando, por exemplo, após uma cirurgia ortopédica o médico prescreve ao seu paciente, que por um determinado tempo que ele caminhe somente com o auxílio de muletas e faça sessões de fisioterapia e este descumprir suas recomendações pós-operatórias, deixando de praticá-las, fazendo-as sem dedicação, ou mesmo de forma errônea, e em consequência disso tem uma má cicatrização óssea, ou até mesmo uma atrofia muscular, o dano experimentado pelo paciente não poderá ser imputado ao cirurgião. Neste caso, não haverá o que se falar em

culpa médica, conseqüentemente, não haverá o dever de indenizar.

Como se vê, quando da culpa do paciente pela ocorrência da lesão, exonera-se o médico da responsabilização civil.

4.1.7 Caso fortuito e força maior

Também se encontram no rol das excludentes da responsabilidade médica o caso fortuito e a força maior, haja vista que quebram o elo entre o ato do agente e o evento lesivo advindo.

No caso fortuito e na força maior não existe ação ou omissão culposa por aparte do médico. O que ocorre é um fato imprevisível, incapaz de ser evitado, não só pelo médico, mas por qualquer outro que estivesse em sua situação.

O caso fortuito é intrínseco a ação humana, e na relação médico-paciente não é esperado e nem previsto, desta forma, não pode ser evitado. Sua ocorrência não depende da conduta do médico ou do paciente. Já a força maior pode ser entendida como a ocorrência fora da relação entre o médico e seu paciente, que, mesmo identificada, não pôde ser evitada pela ação do médico.

Nesse diapasão afirma Nehemias Domingos de Melo:

O caso fortuito está diretamente relacionado com os eventos alheios à vontade das partes, tais como: greves, motins, guerras, dentre outros. Já a força maior é fato que decorre de eventos naturais, como, por exemplo, raios, inundações e terremotos. De toda sorte, o Código Civil trata os dois institutos da mesma forma, na fazendo nenhuma distinção entre eles, ao preceituar: “*O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*” (art. 393, parágrafo único). (2008, p. 53)

Considera-se como caso fortuito os fatos estranhos ao procedimento médico que ocorrem apesar da conduta correta do mesmo, e que não poderiam ser previstos ou impedidos por ele, acabando por causar danos ao paciente, são, pois, as ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade e à ação do médico.

Cita-se a explanação de Sergio Cavaliere Filho, que esclarece a distinção entre caso fortuito e força maior, reafirmada pela majoritária doutrina:

O Código Civil, no parágrafo único do citado art. 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome o diz. É o act of God, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível.

A imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade o é da força maior. (p. 90)

Portanto, podemos concluir que, tanto o caso fortuito como a força maior, qualificam-se por ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade e a ação do profissional, observando as características da imprevisibilidade, da inevitabilidade e/ou da irresistibilidade.

Ambos, então, fazem cessar a obrigação médica de indenizar, uma vez que o profissional poderia até prever o dano, mas não teria condições de impedi-lo.

4.2 Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e similares

Na qualidade de fornecedores de serviços os estabelecimentos hospitalares respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. Conforme dispõe o CDC, no *caput* de seu art. 14, imputa-se ao prestador de serviços em geral, a responsabilidade de ressarcir os danos causados pelos maus serviços prestados:

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.

Como se vê, o CDC impõe a obrigação de indenizar, não cabendo discutir sobre eventual culpa da conduta médica, do pessoal auxiliar ou de falhas dos equipamentos ou outro serviço, situação assim aplicável aos hospitais, clínicas, casas de saúde e similares.

Logo, estes estabelecimentos respondem pelos atos médicos dos profissionais que o administram e daqueles que sejam seus empregados. Não respondendo quando o médico apenas fizer uso das instalações do hospital para a internação e tratamento dos seus pacientes. Devendo-se observar se o médico atua no respectivo hospital mediante contrato de prestação de serviços, para que assim possa ser considerado seu preposto.

Frise-se que o fato de os hospitais e similares responderem objetivamente pelo erro médico, não significa dizer que sejam previamente condenados por todo e qualquer evento danoso, pois para se isentar do dever de indenizar, basta o hospital comprovar de que não houve falhas, defeito ou inadequação do serviço prestado, ou que o evento somente ocorreu em face de culpa da própria vítima ou de terceiros (art. 14, § 3º, I e II d CDC) (Melo, 2008).

O CC, em seu art. 927, parágrafo único, admitiu a teoria do risco para consagrar a responsabilidade civil objetiva dos agentes empreendedores, ao dizer que: *“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, riscos*

para o direito de outrem”.

Sobre o tema, explicita Nelson Nery Júnior:

Não são profissionais liberais as empresas ou pessoas jurídicas em geral, ainda que explorem serviços de procuração judicial, medicina, engenharia, etc., como hospitais, casas de saúde, empreiteiras, construtoras, escolas, etc. A relação de consumo é celebrada com profissional liberal, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, 14, § 4º, se o for intuito personae. Na hipótese de o consumidor procurar a empresa onde presta serviço o profissional liberal, ou, ainda, procurar os serviços de qualquer profissional liberal, não o contratando pela sua própria pessoa, a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor é objetiva. (2004, p.1.359)

Assim também Fábio Ulhôa Coelho:

No que se refere a proteção daqueles que se relacionam com hospitais, clínicas, ou qualquer entidade fundada para prestar serviços médicos e hospitalares, incide a teoria da responsabilidade objetiva. Nesse contexto incluem-se as sociedades de médicos que exploram a medicina de maneira empresarial, pois se os médicos perdem a pessoalidade da prestação de serviços, são tratados como fornecedores, subordinando-se à responsabilidade objetiva. (2012, p. 282)

É neste sentido que o Tribunal de Justiça do Maranhão – TJ-MA tem decidido, sob a ótica de que a responsabilidade dos hospitais e similares é objetiva. Assim, aponta-se os seguintes julgados:

APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. HOSPITAL. ERRO MÉDICO. OBSTRUÇÃO DO OLHO ESQUERDO. REMOÇÃO DOS CÍLIOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. OBEDIÊNCIA AOS LIMITES DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. I. 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. (Art. 14, do CDC). II. "Quando o paciente procura o hospital para tratamento, principalmente naqueles casos de emergência, e recebe atendimento do médico que se encontra em serviço no local, a responsabilidade em razão das conseqüências danosas da terapia pertence ao hospital". (STJ, 3ªT, REsp 400843/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 17.02.2005, DJ 18.04.2005 p. 304). III. Ter o olho obstruído, por si só, certamente é motivo de aflição, insegurança e medo que autorizam o deferimento da pretensão indenizatória por danos morais. IV. No intuito de inibir a prática de atos dessa monta e em razão do o poder econômico do ofensor e o caráter educativo da sanção entendo por bem majorar o quantum indenizatório, sendo obedecidos os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. V. Primeiro apelo não provido e segundo recurso provido. (Ap 0133882008, Rel. Desembargador(a) ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, julgado em 18/11/2008, DJe 28/11/2008)

EMENTA DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INCIDÊNCIA DO CDC. CONTRATÓ DE ADESÃO PARA APRESENTAÇÃO DE ARTISTA GOSPEL. NÃO COMPARECIMENTO NO EVENTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. UNANIMIDADE. I. Incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor, vez que a apelante enquadra-se como fornecedora de serviços, enquanto os apelados figuram como consumidores, nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/90. II. Para que haja a configuração do dever de indenizar são necessários os seguintes elementos: a conduta, o nexo de causalidade e o dano. III. Falha na prestação de serviços configurada. Não comparecimento de artista gospel em evento. Pagamento de despesas com cachê e

passagens aéreas comprovadas. IV. Danos materiais e morais configurados V. Sentença mantida. VI. Apelação conhecida e improvida. Unanimidade. (Ap 0170722016, Rel. Desembargador(a) RAIMUNDO JOSÉ BARROS DE SOUSA, QUINTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 13/06/2016, DJe 17/06/2016)

Em face do que aqui se pontua é de se concluir equivocadamente o posicionamento daqueles que defendem ser subjetiva a responsabilidade dos hospitais e similares. O médico enquanto profissional liberal sim, tem compatibilidade no que tange a apuração de sua responsabilidade com a comprovação de culpa (responsabilidade subjetiva), porém tal circunstância não encontra comunicabilidade à pessoa jurídica, visto que a proteção legal recai apenas sobre a pessoa física. Quando um profissional liberal presta serviços integrando uma pessoa jurídica, não se pode falar em apurar a responsabilidade da pessoa jurídica a partir da apuração de culpa do profissional, pois não trata mais de responsabilidade pessoal, tendo em vista que esta característica estará ausente, caso em que estaremos diante de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que o agrega ou emprega (Melo, 2008).

Nota-se também que a responsabilidade do médico e dos estabelecimentos de saúde poderá ser solidária, em razão do que prevê os arts. 7º, parágrafo único e 25, § 1º, do CDC, tendo em vista tratar-se de matéria de reparação de danos por fornecimento de produtos ou serviços. Assim, transcreve-se:

Art. 7º (...)

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Art. 25 (...)

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

Necessário esclarecer que mesmo quando tratar-se tratando de estabelecimentos públicos, incidirá a responsabilidade objetiva da mesma forma. Todos respondem por eventuais danos decorrentes de defeito no serviço, tanto o hospital quanto o profissional que nele atua.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Maranhão:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PÚBLICO. MORTE DE FETO. DEMORA NA REALIZAÇÃO DE CESARIANA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. REDUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. ALTERAÇÃO DE EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM QO NAS ADIS 4357 E 4425. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. "A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o "eventus damni" ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica" (RE 495740-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, STF, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008, DJe 14/08/2009). 2. A indenização fixada a título de danos morais em razão da morte de filho por demora na realização de cesariana, no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), mostra-se razoável e em conformidade aos valores estabelecidos pelo STJ. 3. É pertinente a redução do percentual dos honorários de sucumbência arbitrados em sentença, fixando-os no patamar de 10% (dez por cento) do valor da condenação, de acordo com o art. 20, §

3º, do CPC. 4. Considerando as disposições do art. 1-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, e o julgamento das ADIs 4357 e 4425 (Inf. 697 e 779) pelo STF, os juros de mora e correção monetária incidentes nas condenações impostas à Fazenda Pública serão regulamentados por esse dispositivo legal, com a ressalva de que esta última, a partir de 25/03/2015, será regulada pelo IPCA, motivo pelo qual a sentença merece ser corrigida de ofício quanto a esses pontos. 5. Apelo parcialmente provido. (Ap 0389712015, Rel. Desembargador(a) KLEBER COSTA CARVALHO, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015)

Tratando-se de serviços prestados por entes públicos, consoante dispositivo Constitucional, a responsabilidade do Estado será objetiva.

Diz o § 6º do art. 37, da CRFB:

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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No decorrer da prestação de serviços públicos de saúde, se ocorrer dano produzido por algum de seus agentes, o Estado ficará obrigado a indenizar, bastando à vítima demonstrar a ocorrência do dano e o nexos causal existente entre esse e a conduta do agente.

No mais, embora a responsabilidade seja objetiva, a mesma não é integral, havendo a possibilidade de o Estado se eximir do dever indenizatório, total ou parcialmente, desde que demonstrado a ocorrência de caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiros, tal como nas hipóteses cabíveis aos médicos.

4.3 Ato médico – lei nº 12.842 de 10 de julho de 2013

O ato médico é entendido como todo procedimento de competência e responsabilidade exclusivas do médico no exercício de sua profissão, buscando o benefício do ser humano individualmente ou da sociedade como um todo, a preservação da saúde, a prevenção das doenças, a identificação dos estados mórbidos, o tratamento e a reabilitação do enfermo.

Na função de cuidar e tratar dos enfermos o ato médico consiste basicamente na formulação do diagnóstico e na instituição do tratamento mais indicado para o paciente. Devendo fundamentar-se na história clínica passada e presente do paciente, ou seja, na anamnese, no exame físico do paciente, na evolução do quadro clínico e na interpretação crítica dos exames complementares porventura necessários, sejam estes exames de laboratório, registros gráficos ou métodos de imagem. Consiste na tomada de decisão quanto à melhor conduta terapêutica a ser seguida, que poderá ser de ordem clínica, cirúrgica ou mesmo psiquiátrica.

Em muitas ocasiões, o paciente poderá necessitar do concurso de um especialista, ou ser hospitalizado, submetido a uma intervenção cirúrgica ou a procedimentos invasivos que encerram algum risco calculado. Nos casos de tratamento clínico a prescrição é da competência e responsabilidade exclusivas do médico, muito embora a sua execução possa ser efetuada por outro profissional da área de saúde.

Em qualquer caso, o paciente deve receber a orientação e os esclarecimentos necessários sobre a sua doença, respeitando-se a sua autonomia para decidir se aceita ou não as medidas propostas, tanto na fase de elaboração do diagnóstico, quanto na execução do tratamento.

O médico se distingue dos demais profissionais da área de saúde por sua formação acadêmica de maior amplitude e abrangência, que o capacita a ter uma visão global do organismo humano em sua totalidade, desde a sua estrutura anatômica ao funcionamento dos diferentes órgãos.

Esboça-se atualmente em vários países a política de incentivo à formação do médico geral ou clínico geral no mesmo patamar de valorização do especialista, ou seja, em nível de pós-graduação. Neste sentido, o médico geral seria a primeira instância a quem deveria recorrer o enfermo, que seria encaminhado, sempre que necessário, ao especialista mais indicado. A participação da enfermeira ou de outro profissional da área de saúde na execução do ato médico não exime o médico da sua inteira e total responsabilidade por qualquer dano causado ao paciente.

4.3.1 Evolução histórica do Ato Médico

Nos tempos primitivos, em que a medicina tinha o caráter mágico-sacerdotal, e as doenças eram atribuídas a causas sobrenaturais, como castigo dos deuses, o ato médico consistia de magias, ritos e encantamentos de toda ordem, associados a práticas empíricas tradicionais.

Somente no século V a.C., com o surgimento da medicina hipocrática na Grécia, houve a separação da religião e do apelo ao sobrenatural.

Até que se chegasse a realidade dos cursos médicos oficiais, na idade Média, o ensino da arte médica era informal e se fazia de mestre a aluno através das gerações, fato constante no juramento de Hipócrates.

A medicina só foi institucionalizada a partir da idade Média, com a fundação da escola de Salerno e das primeiras universidades europeias (Bullough, 1966, pp. 49-72). Também na medicina árabe do oriente, que se encontrava em seu apogeu em plena idade Média, houve preocupação com a institucionalização e fiscalização da profissão médica e, no ano 931 d.C.,

as autoridades governamentais promoveram em Bagdá o primeiro exame público para credenciamento dos médicos em exercício. Diz a história que compareceram a este exame 860 candidatos (Major, 1954, p. 232).

A separação legal entre a medicina e a farmácia como profissões independentes se processou a partir da idade Média e com características próprias em cada país. Em nenhum deles, entretanto, atribui-se legalmente ao farmacêutico a prescrição de medicamentos, considerado um ato privativo do médico (Cowen e Helfand, 1988, pp. 52-74).

Diferentemente da farmácia, a odontologia tem suas origens na Antiguidade e sua vinculação à medicina é menos evidente, uma vez que a extração de dentes não constituía uma atividade própria dos médicos e sim dos cirurgiões-barbeiros. A moderna odontologia teve o seu berço na França, no século XVIII. As primeiras escolas de odontologia independentes foram fundadas no século XIX nos Estados Unidos e na França, o que conferiu a esse ramo a condição de profissão autônoma de que goza nos dias atuais.

O profissional que sempre colaborou com a profissão médica na realização do ato médico é o enfermeiro. Sua condição de profissão de nível superior é relativamente recente e teve origem na Inglaterra a partir da fundação da primeira escola de enfermagem por Florence Nightingale, em 1860, após a Guerra da Crimeia (Molina, 1973, pp. 58-64). No Brasil, a enfermagem era tradicionalmente exercida pelas irmãs de caridade nas Santas Casas de Misericórdia existentes nas principais cidades e, nos hospitais particulares, por atendentes treinadas em serviço. O curso superior da moderna enfermagem só teve início em 1921 por iniciativa de Carlos Chagas, quando diretor do Departamento nacional de Saúde, com a fundação da Escola Anna Nery, que serviu de modelo para as demais.

Aqui, a presença atuante do médico só se tornou realidade no século XIX. Eram pouquíssimos, sendo chamados físicos e tidos, em sua maioria, como cristãos-novos, ou seja, judeus recém-convertidos ao catolicismo para fugir à inquisição.

Com a vinda de D. João VI para o Brasil foram criadas, em 1808, as duas escolas médico-cirúrgicas (Bahia e Rio de Janeiro). Contudo, tornaram-se faculdades apenas em 1832, iniciando assim a formação de médicos brasileiros. As famílias mais abastadas mandavam seus filhos estudar na Europa e muitos formaram-se no exterior. O número de médicos no Brasil só aumentou no século XX, com a criação de novas escolas médicas.

Até por volta dos anos de 1950, a classe médica se conduziu como profissão liberal, sem tomar consciência da necessidade de se organizar como categoria profissional na defesa de seus mais legítimos interesses e da própria profissão. A Associação Médica Brasileira fora fundada somente em 1951, tomando assim iniciativa no sentido de tentar fundar a ordem dos Médicos,

em semelhança à ordem dos Advogados, ideia essa que não vingou, sendo substituída pelos Conselhos de Medicina, Federal e Regionais, criados no governo do presidente Juscelino Kubitschek por meio da lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Somente a partir de então, com a estruturação dos conselhos, que a classe médica passou a contar com um fórum adequado para discussão das questões éticas da medicina.

Nos anos que sucederam a instituição dos conselhos, muito se discutiu sobre a responsabilização do profissional de medicina, bem como fora crescente o número de processos que discutissem a referida matéria.

Depois de 11 anos de tramitação do projeto nas casas legislativas e tantas discussões no seio social acerca da responsabilidade médica, chegou-se a definição legal do Ato Médico, consagrado através da Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, que dispõe sobre o exercício da Medicina.

Apesar do referido avanço persistiram as discussões, inclusive sobre os dez pontos objeto de veto pela Presidente Dilma Rousseff, mantidos pelo Congresso Nacional. Não restando pacífico o entendimento dos tribunais sobre os limites da responsabilização médica, e quais os atos privativos desta categoria profissional, volta-se à tona com a discussão com o Projeto de Lei do Senado nº 350, de 2014 que tinha por objetivo a alteração da Lei Complementar nº 12.842, ampliando o rol de atividades que possam ser desempenhadas exclusivamente por médicos, sendo, contudo, arquivado na mesa do senado em agosto do ano passado pela própria proponente.

A edição desta lei é um especificador de responsabilidades com resultados benéficos sobretudo para a sociedade. O objetivo dela é, primordialmente, a proteção e segurança do paciente, para que este não seja atendido por quem é inabilitado ou imperito para tratar de sua saúde.

O art. 5º estabelece como privativos de médicos: as perícias e auditorias médicas, a coordenação e supervisão vinculadas de forma imediata e direta a atividades privativas do médico, o ensino de disciplinas especificamente médicas, coordenação dos cursos de graduação em Medicina, dos programas de residência médica, dos cursos de pós-graduação específicos para médicos. Sanando assim, dúvidas que vinham sendo trazidas para a classe médica por conta de demandas judiciais.

Outro avanço fundamental: além de dirimir qualquer dúvida que existia em relação aos atos que podem ser praticados pelos profissionais médicos, a Lei nº 12.842/13 ratifica, por exemplo, a competência do CFM de ditar normas para definir o caráter experimental de procedimentos em medicina.

Após a entrada em vigor da Lei 12.842/13, que regulamenta a atividade médica, uma análise jurídica da norma confirma que dela emergiram vários pontos positivos para o exercício da medicina, que começam a se consolidar.

No seu artigo 4^a, a lei traz um rol de atividades privativas do médico, tais como a indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios, a indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias, a intubação traqueal, a coordenação da estratégia ventilatória inicial para a ventilação mecânica invasiva, bem como das mudanças necessárias diante das intercorrências clínicas, e do programa de interrupção da ventilação mecânica invasiva, incluindo a desintubação traqueal a execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral, a emissão de laudos dos exames endoscópicos e de imagem, dos procedimentos diagnósticos invasivos e dos exames anatomopatológicos, a determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico, a Indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde, a realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular, a atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas e a atestação do óbito, exceto em casos de morte natural em localidade em que não haja médico.

4.3.2 Pontos controvertidos

Ainda enquanto projeto de lei, e mesmo posteriormente, o texto era o objeto de crítica pelas demais categorias profissionais da saúde.

O projeto previa como exclusivo de médicos “*procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo acessos vasculares profundos, biópsias e endoscopia*”, redação que incluía “*invasão da pele atingindo o tecido subcutâneo da pele para injeção*”. Desta forma houve reação de acupunturistas e até mesmo de tatuadores, que temiam enfrentar restrição em seu campo de atuação por conta da interpretação de conceito de procedimento invasivo.

No tramitar do projeto, o relator manteve a norma, mas retirou da lista de atribuições exclusivas dos médicos a “*aplicação de injeções subcutâneas, intradérmica, intramusculares e intravenosas*”, mantendo apenas a recomendação de medicamentos a serem aplicados por injeção como uma prerrogativa médica.

Também havia o estabelecimento do diagnóstico doenças que acometem o paciente

como privativo dos médicos, o que levou psicólogos e nutricionistas reivindicarem o direito de também atestar as condições de saúde em aspectos psicológicos e nutricionais. Já fisioterapeutas e fonoaudiólogos desejavam ser responsáveis pelo diagnóstico funcional, que avalia a capacidade do paciente de realizar movimentos, articular sons, entre outros.

O relator manteve como privativa dos médicos a “*formulação de diagnóstico nosológico*”, para determinar a doença, mas retirou essa exclusividade para diagnósticos funcional, psicológico e nutricional, além de avaliação comportamental, sensorial, de capacidade mental e cognitiva.

Uma emenda aprovada na Câmara limitava aos médicos a emissão de diagnósticos de anatomia patológica e de citopatologia, que visam a identificação de doenças pelo estudo de parte de órgão ou tecido, o que gerou revolta em biomédicos e farmacêuticos, sob argumento de que a medida fere sua liberdade de atuação profissional, uma vez que análises laboratoriais requerem interpretação do material colhido e não diagnóstico médico.

A referida mudança fora rejeitada pelo relator, mantendo como tarefa restrita aos médicos a emissão de laudos de exames endoscópicos, de imagem e anatomopatológicos (de amostras de tecidos e órgãos).

O texto original estabelecia como tarefa exclusiva dos médicos a definição da estratégia para pacientes com dificuldade respiratória (intubação acoplada a equipamento que bombeia ar aos pulmões) e a forma de encerrar o procedimento. Os fisioterapeutas questionaram a norma, alegando que também atuam no atendimento a pacientes com dificuldade respiratória, especialmente nas unidades de terapia intensiva (UTI).

A crítica levou o relator a acolher a emenda da Câmara que atribui aos médicos a coordenação da estratégia ventilatória inicial e do programa de interrupção, assegurando a participação de fisioterapeutas no processo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa abordou a responsabilização pelos danos causados em casos de erro médico, tratando da responsabilidade pessoal do médico, dos estabelecimentos de saúde em geral, e do Estado como prestador de serviços de saúde.

Durante o trabalho, fora delineada a diferença entre responsabilidade e obrigação, bem como a classificação da responsabilidade enquanto subjetiva e objetiva, penal e civil, contratual e extracontratual.

Buscou-se compreender quais as circunstâncias médicas passíveis de indenização, bem como sobre quem além do médico, é possível recair a responsabilidade em casos de dano. Foram abordados os deveres do médico, dentre eles o de informar aos pacientes dos riscos do tratamento ou procedimentos adotados, e as possibilidades de excludentes da responsabilidade, como os casos de iatrogenia, erro escusável, fato de terceiro, intercorrência médica, caso fortuito e força maior e culpa exclusiva da vítima.

Chega-se à conclusão de que a responsabilidade na seara médica pode se dar de duas formas: a responsabilidade pessoal como profissional liberal e a responsabilidade médica dos estabelecimentos de saúde.

No que tange a responsabilidade pessoal do médico, foi visto que a obrigação deste profissional pode ser de meio ou de resultado, sendo que quando se tratar de obrigação de meio, esta será subjetiva, cabendo à vítima comprovar não só a conduta, o dano e o nexo causal, mas também a culpa do profissional. Porém, em se tratando de obrigação de resultado, a culpa será presumida, cabendo ao agente, comprovar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, apresentando na hipótese uma das excludentes da ilicitude.

Com relação à responsabilidade médica dos estabelecimentos de saúde, foi visto que esta será objetiva, dada a incidência das disposições do CDC, em especial o disposto no art. 14, caput. Podendo, contudo, ser afastada, desde que presentes as excludentes da responsabilidade previstas no §3º do mesmo artigo.

Por fim, pontuou-se acerca do ato médico em vigor, Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, buscando compreender de que modo a delimitação das atividades privativas da classe médica implica na preservação deste profissional em casos em que se discutam erro e responsabilização.

O desenvolvimento deste trabalho possibilitou analisar do ponto de vista jurídico, sob quais fundamentos se dá a responsabilidade civil médica dentro e quais obrigações devem cumprir estes profissionais para que sua conduta não seja passível de responsabilização mesmo

quando não logrado êxito na tentativa de salvar vidas ou na busca pela cura de uma enfermidade, tal como conhecer quais os parâmetros legais da atuação deste profissional.

Perceptível um cenário de hipervalorização da responsabilidade civil médica, dado o compromisso que estes profissionais possuem com a preservação da vida. Contudo, faz-se necessário entender que apesar da alta responsabilidade inerente ao desempenho da profissão, são os médicos sujeitos passíveis de erros, sem que sequer, por vezes, caiba a eles atribuí-los.

Assim, sendo a medicina uma das atividades mais sublimes exercidas pelo homem, e levando-se em conta a valoração da vida, deverá o médico atuar sempre com responsabilidade, sinceridade e respeito, mas nem por isso caberá sua crucificação quando do insucesso do procedimento ou tratamento.

REFERÊNCIAS

BULLOUGH, V. L. The Development of Medicine as a Profession. Basel, S. Karger, 1966.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Código de Ética Médica**. Resolução do CFM nº 1.931/2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm> Acesso em: 01 jan. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 de jan. 2017.

_____. **Lei nº 12.842**, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm> Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 350**, de 2014. Altera a Lei Complementar nº 12.842, de 10 de julho de 2013 que dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível em: < <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119167> >. Acesso em: 30 jan. 2016. Texto Original.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1395254/SC. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrigh. Brasília, 15 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24712655/recurso-especial-resp-1395254-sc-2013-0132242-9-stj>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível nº 0133882008. Segunda Câmara Cível. Relator: Antônio Guerreiro Junior. São Luís, 18 de novembro de 2008. Disponível em: < <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4706804/apelacao-civel-ac-221372006-ma/inteiro-teor-101734480> >. Acesso em: 07 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível nº 0389712015. Primeira Câmara Cível. Relator: Kleber Costa Carvalho. São Luís, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac0389712015-ma>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível nº 0170722016. Quinta Câmara Cível. Relator: Raimundo José Barros de Sousa. São Luís, 13 de junho de 2008. Disponível em: <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac0170722016-ma>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORRÊA J.A. **Ato médico: reflexões preliminares**. In: Saúde mais: publicação de Conselhos Profissionais da área de saúde sobre o Ato Médico. Belo Horizonte: Esdeva; 2003

COWEN, D. L. & Helfand, W. H. *Pharmacy: An Illustrated History*. new york, n. Abrams inc., 1988.

FIUZA, Cesár. **Direito Civil: curso completo**. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FRANÇA. *Code Civil des Français*. Paris, 1804. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

FROTA, Pablo Malheiros Cunha. *Responsabilidade por danos. Imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. IV.

GORDON, Richard. **A assustadora história da Medicina**. Rio Janeiro: Ediouro, 1996.

LOPES, Tereza Ancona. **O dano estético**. p. 62.

Major, R. H. **A History of Medicine**. oxford, Blackwell Scientific Publications, 1954.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: RT, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NETO, Miguel Kfoury. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil. Alguns Aspectos de sua Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REZENDE, JM. À sombra do plátano: crônicas de história da medicina [online]. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. **O ato médico através da história**. pp. 111-119. ISBN 978-85-61673-

63-5. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 37-45.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2016.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil médica** - Publicada no Juris Síntese nº 19 - SET/OUT de 1999.