

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIA DE NAZARÉ ROCHA DE ANDRADE CALIL

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

CURITIBA

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIA DE NAZARÉ ROCHA DE ANDRADE CALIL

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Monografia apresentada, no curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito de Conclusão do Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin.

CURITIBA

2008

Dedico este trabalho à memória de meu pai e a minha querida mãe, que sempre atentos ao desenvolvimento moral e intelectual dos filhos estiveram sempre ao meu lado apoiando; ao meu esposo e companheiro que sempre me incentivou para que eu voltasse a estudar. Meus filhos, que suportaram e compreenderam a minha ausência em alguns momentos por estar atarefada e imbuída em realizar a conclusão do curso.

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram com minha formação, funcionários e professores da UFPR. Os meus sinceros agradecimentos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1. RESPONSABILIDADE CIVIL, BREVE HISTÓRICO.....	7
2. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	10
2.1 Conceitos, definições e pressupostos.....	10
2.2. Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	11
2.3. Responsabilidade e Dano.....	13
2.4. Responsabilidade objetiva.....	15
2.5. Responsabilidade subjetiva e a teoria do risco.....	16
2.6. Responsabilidade civil médica.....	18
3. CULPA E RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	2
4. RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE MÉDICO E PACIENTE.....	26
5. A PRÁTICA DA MEDICINA: OBRIGAÇÃO JURÍDICA E PARECER DE CONSCIÊNCIA.....	33
6. ÔNUS DA PROVA. E IMPUTABILIDADE	36
7. NEXO CAUSAL E PRESUNÇÃO.....	38
8. VÍNCULO OBRIGACIONAL- EXTENSÃO E VALOR.....	42
9. EXCLUSÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	51
CONCLUSÃO.....	53
JURISPRUDÊNCIA.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

RESUMO

O objetivo desta monografia é apresentar uma visão geral sobre a responsabilidade civil médica. Tratando desde o seu início histórico com suas raízes no direito romano até os dias atuais. Abordando conceitos e classificações da responsabilidade civil, indicação da responsabilidade civil médica e suas características e a relação médico-paciente, obrigação e parecer de consciência; a culpa médica; nexo causal; imputabilidade e ônus da prova e, por fim apontando para realidade da profissão que vai depender de uma análise do caso concreto para definir e concluir a materialidade da responsabilidade civil do profissional médico.

INTRODUÇÃO

As primeiras atividades médicas nasceram da necessidade do homem aliviar suas dores, curar suas enfermidades. Inicialmente essas atividades foram exercidas por leigos, que usavam de conhecimento empírico para curar as patologias existentes. Considerados poderosos, e assim vistos, com capacidade sobrenatural de promover a cura, vistos como espertos e até feiticeiros, mas se, no entanto, não ocorria a cura, eram passíveis de receber punições previstas quando lhe imputando culpa relativa do insucesso da prática médica.

A palavra, médico, tem como origem o verbo grego: *medeo*, que quer dizer: "cuidar de". Indica que o médico é aquele que cuida. Hipócrates acentuou bem a finalidade da atuação do médico: do latim, *primo non nocere*, ou seja, "primeiro não prejudicar". No mesmo sentido vai o adágio latino corrente no direito brasileiro, em termos de Responsabilidade Civil: *naeminem laedere* - "não lesar ninguém". Assim, se na sua atuação o médico causar dano a alguém, estará indo de encontro ao ditame maior da sua profissão, qual seja, não prejudicar o paciente com sua atividade profissional.

O Código de Ética Médica (Resolução nº 1.246, de 8 de janeiro de 1988, do Conselho Federal de Medicina), no Capítulo III, que aborda, a responsabilidade profissional, determina que : "É vedado ao médico:", especificando em seu artigo 29: "Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência". Portanto, segue o disposto, no terreno da Responsabilidade Civil, de não ser causado prejuízo ao paciente.

A medicina tem uma grande importância para a sociedade. É necessário que os serviços prestados pelos profissionais à sociedade deva ser efetivamente reconhecido por instituições aptas e legalmente autorizadas a dar validade ao curso desse profissional. Em virtude disso o exercício dessa atividade torna-se um monopólio médico, e embora esse fato não possa isentar o médico de responder por algum dano ou prejuízo causado aos seus pacientes, quando se apresentar requisitos legais para sua imputação. O judiciário ainda é pouco procurado pelas vítimas de

erro médico, devido a diversas dificuldades que as pessoas encontram em razão das circunstâncias que envolvem o fato. A maioria da população desconhece seus direitos e de como buscá-lo.

Com o crescimento de oferta de cursos de medicina que não apresentam a devida estrutura educacional inadequadas ao aparelhamento do curso o tornando deficiente. A não contratação professores capazes; falta de material didático inapropriado ao nível de ensino para formação dos profissionais, inviabilizando sua atuação nessa área tão rica e necessária para o ser humano o que confirma, e contribuem com a baixa qualidade de ensino das faculdades existentes no Brasil.

Alguns alegam que a punição dos médicos sem a necessária verificação de culpa, de forma sacralizada, levaria um temor por parte dos médicos e causaria entraves ao processo científico, a medicina seria uma ciência realizada de forma rotineira e tímida. Os profissionais se veriam obrigados a prática médica sem ousadia.

Deve-se ater que a prática médica sempre está vinculada a um sistema frágil e deve obedecer aos requisitos e procedimentos aceitáveis. A falha do profissional da medicina pode acarretar conseqüências irremediáveis, o profissional médico deve está atento a proceder com respeito ao paciente e a dignidade humana. O médico deve estabelecer com seu paciente não só uma relação contratual, mas também a consideração ao ser humano como seu semelhante. Assim a sociedade exige que o médico exerça a profissão utilizando-se de procedimentos dignos, éticos para atender aquele que necessita de seus préstimos e conhecimentos técnicos para aliviar dor e salvá-lo da morte.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL – BREVE HISTÓRICO

A evolução histórica da responsabilidade civil se deu a partir do início da humanidade. Em um primeiro período histórico havia a vingança privada, o ser humano em razão de sua natureza reagia contra o dano que outrem lhe causasse tomando providências pelas próprias mãos, época essa considerada como época de barbárie. Posteriormente transformações ocorridas nas relações sociais criam novas formas de entendimento de se ver e responsabilizar aquele que de alguma forma prejudicar terceiros.

A alteração da obrigação contratual já era aceita pelo Código de Hamurabi na Lei 48, onde um evento futuro, elucidando a ocorrência de uma tempestade que destruísse uma plantação de trigo, isentava o devedor agricultor de dar a colheita e de pagar juro ao credor. A modificação da obrigação ocorria, não por vontade das partes contratantes, mas por eventos que independiam de suas, vontades. O erro médico, que foi tratado pela primeira vez, pelo código de Hamurabi, 1790-1770 a.C. Continha preceitos gerais sobre a conduta médica. Alguns desses artigos dessa lei (225 e ss.) estabeleciam, para as operações difíceis, uma compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Impunha-se ao cirurgião máxima atenção e perícia no exercício da profissão; em caso contrário, desencadeavam-se penosas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito. Os preceitos gerais determinados pelo código de Hamurabi corroboram com a inexistência de culpa, num sentido jurídico moderno, vigorava, no entanto à responsabilidade objetiva, que coincidia com o entendimento atual.

Mais tarde o direito romano auferiu os princípios genéricos, que assumia a incumbência de punir o agressor que causasse dano a outrem.

Surge então a lei das XII tábuas que determinava o valor da pena a ser paga pelo agressor. Mas foi com a lei de Aquilia, que deu início à generalização da responsabilidade civil, que previa até pena de morte ou deportação do médico culpado por falta profissional. Formulou o conceito de culpa, e fixou algumas espécies de delitos que os médicos poderiam cometer erros derivados de imperícia e de experiências perigosas. Gerando como consequência a obrigação de reparar o dano,

limitando-o ao prejuízo econômico, não considerando o dano moral como se entende atualmente, nos nossos dias.

Em Roma o direito Canônico, trouxe mandamentos, que possibilitou alcançar proveitoso exame da responsabilidade médica; vindo mais tarde influenciar todas as legislações modernas. A Lei das XII Tábuas contribuíram com os princípios gerais da responsabilidade. A lei Aquilea iniciou os primeiros elementos de uma responsabilidade médica.

Outras leis sobrevêm, entre as quais a Lei Aquília, que tratava a responsabilidade civil de forma generalizada. Correia e Sciascia,¹ que em Roma esclareciam que a prática de um ato ilícito demandava o pagamento de indenização. A Lei Cornélia definia critérios para que houvesse aplicação de penas, de acordo com a prática médica.

Ulpiano (Dig.1.18,6,7), afirmava, “assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-lhe imputar-lhe o que houver cometido por imperícia”.² Está caracterizado que a responsabilidade do médico decorria de danos causados aos pacientes por falta de habilidade ou conhecimento profissional.

Na antiguidade, havia uma formalidade solene, positivada do direito, característica estas, que evoluíram com passar do tempo, no direito Romano, deu inicio o entendimento de que as partes podiam contratar verbalmente, baseando-se a contratação na boa-fé. O contrato era considerado como lei entre as partes, "*pacta sunt servanda*". Assim como a elaboração pelos pós-glosadores da cláusula *rebus sic stantibus*, dizia que todos os contratos dependentes de prestações futuras possuíam uma cláusula subentendida de decisão, se as condições se alterassem profundamente. O médico não recebia uma remuneração como pagamento o que se tinha muitas vezes era uma retribuição espontânea em agradecimento a aquele que se dispunha a salvar vidas.

Em França, com advento do Código de Napoleão por volta do século XIX, já apontava a importância dos contratos e os efeitos das obrigações contratuais. Em 1929, a Academia de Medicina de Paris, determinou que a profissão médica fosse

¹ CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano, **Manual de direito romano**, v.1, p 363 e ss.

² ITURRASPE, Jorge Mosset, *Op.cit.*, p.

immune a responsabilidades jurídicas, somente se comprovadamente houvesse uma falta grave, imprudência visível e demonstrar a presença de imperícia. Doutrina esta chamada por Iturraspe de “responsabilidade eufemística”.³ Diante dessa decisão é fundamental dizer que a França foi precursora doutrinária e jurisprudencial garantindo que os tribunais imputassem ao médico, à mesma condição atribuída ao cidadão comum em relação à prática de atos ilícitos, afastando assim a intocabilidade por imperícia, imprudência ou negligência, assim como o desconhecimento técnico do médico ou de qualquer profissional devesse ter. O código Francês serviu de base para outros códigos, promulgou em seu art. 1382, em relação à responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento à culpa real e comprovada, advinda de um dano ou prejuízo causado a outrem. O entendimento atual a respeito da responsabilidade médica está relacionado com os mesmos princípios que conduzem à responsabilidade civil em geral, fruto de uma consciência, liberdade e capacidade de ação do indivíduo que deve reparar qualquer dano ou prejuízo advindo de seu ato por culpa ou não.

³ ITURRASPE, Jorge Mosset, *Op. Cit.*, p. 67.

2. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

Conceito, definições e pressupostos

A responsabilidade é uma conseqüência da prática do ato ilícito, definido como a prática material de uma ação ou omissão, não condizentes com a lei, uns atos antijurídicos, que incorrerá na violação de um direito, causando prejuízo ou dano a outrem e em conseqüência responde civilmente ou penalmente pelo dano lhe imputado.

O ilícito como fato gerador de responsabilidade, segundo Carlos Alberto Bittar. “O ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos”.⁴ A liberdade e a racionalidade, que compõem a sua essência trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade.

A responsabilidade civil é a obrigação de compor o prejuízo ou dano, originado por ato do próprio agente (direta), ou ato ou fato sob o qual tutelava (indireta), ou seja, tem a incumbência de restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano ou prejuízo que deu causa a responsabilidade. A Responsabilidade é a obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, de compensar ou indenizar danos, agüentar sanções penais, manifestar sempre a obrigação de responder por alguma coisa, é o dever contraído pelo causador da ameaça de dano conato, de assumir diante a esfera pública, seja judicial ou extrajudicialmente, o prejuízo decorrente de seus atos. A responsabilidade pode ser oriunda da violação das normas jurídicas ou morais; de atos ou fatos pelos qual o agente adquire a obrigação de trazer o "*status quo ante*" de

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil nas Atividades Perigosas**. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.93-95.

volta, o ato praticado pode ser proibido pelo direito ou pela lei moral, com base religiosa, ou costumes.

Só se admite a responsabilização se houver um prejuízo e o que deu causa ao dano que deverá ser devidamente comprovado. A responsabilidade moral – explica Henri e Léon Mazeaud⁵ - se confina perante sua consciência, a prática da má ação acarreta um sentimento moral de responsabilidade perante Deus, a punição é internamente, de foro íntimo, quando se julga culpado pelos atos cometidos. Noção puramente objetiva. A regra de direito necessitaria de alicerce, caso não se prender à ordem moral. Mas, o direito pode ser considerado a expressão dos princípios definidos pela moral. A responsabilidade jurídica ao contrário da moral releva o consenso afim entre os homens fazendo prevalecer à ordem e assegurando a liberdade individual. O direito é um instrumento de controle contra a barbárie, criado pelos homens, para que estes possam viver em perfeita harmonia, essencial na atuação necessária e cogente.

Responsabilidade Contratual e Extracontratual

É comum fazer-se, na doutrina, a distinção entre responsabilidade por violação de obrigação derivada de um negócio jurídico, cujo descumprimento caracterizaria o fato ilícito civil gerador do dano, que abstrai a existência de um contrato previamente celebrado e a responsabilidade delitual, ou extracontratual, que decorre de um ato ilícito absoluto, violador das regras de convivência social e causador de um dano injusto é fundamentada em dois dispositivos: um primeiro, no artigo 1.056 do código civil de 1916. “Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devido, responde o devedor por perdas e danos”; e o segundo previsto no artigo 159 do Código Civil de 2002. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Apesar das regras legais que lhes atribuem diferentes conseqüências, a distinção está sendo abandonada pela moderna doutrina, que nela não vê maior

⁵ Mazeaud,, Henry et Lé e TUNC, André, Op.Cit.,t.II, v.2 p.1 e ss

utilidade, fazendo residir o fundamento único da responsabilidade civil no contato social. Caminha-se, pois, para a unificação do sistema. Porém, enquanto não houver a adaptação legal a esses novos princípios, devemos admitir, para os planos expositivos, que a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário. Ela pode ser contratual, derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, a maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da Medicina. A responsabilidade do médico advém de uma relação jurídica obrigacional, verifica-se a partir de uma contratação para prestação de um serviço médico, assim como nos contratos em geral assume-se a responsabilidade pelo que foi contratado. Portanto, o contrato faz parte da relação médico e paciente admitindo que esse possa ser responsabilizado pelo descumprimento ou cumprimento inadequado deste.

Os contratos são instrumentos que dão confiabilidade ao negócio jurídico, sendo responsáveis pela criação, extinção ou modificação de um direito. As partes no momento de consolidar a afluência de vontades devem agir de boa fé, não procurando tirar vantagem indevida para um lado da relação. A segurança e harmonia social devem estar presentes para que haja uma pacífica igualdade de direitos. A não ocorrência nesse sentido possibilitou a criação de fórmulas e teorias que conciliassem as divergências de situações não previstas no contrato. Avistava a boa-fé considerando-a para a realização de acordo entre as partes e só o consentimento mútuo é que poderia, além da lei, revogar os contratos. Se surgisse alguma divergência após o contrato celebrado, seria conduzido de modo recíproco entre as partes, mas teria que ser fundamentado na equidade, no uso e na lei.

Responsabilidade contratual se estabelece quando, há um liame jurídico derivado de um acordo pré-estabelecido pelas partes, que deve ser cumprido de acordo com o contrato realizado, o seu inadimplemento, ocasiona a obrigação de reparar o prejuízo ou dano oriundo de seu descumprimento.

Na responsabilidade extracontratual ou Aquiliana há previsão de que todo aquele que causar dano a outrem agindo dolosa ou culposamente, comete um ilícito, ficando obrigado a repará-lo.

Os contratos são instrumentos que dão confiabilidade ao negócio jurídico, sendo responsáveis pela criação, extinção ou modificação de um direito. As partes no momento de consolidar a afluência de vontades devem agir de boa fé, não procurando tirar vantagem indevida para um lado da relação. A segurança e harmonia social devem estar presentes para que haja uma pacífica igualdade de direitos. A não ocorrência nesse sentido possibilitou a criação de fórmulas e teorias que conciliassem as divergências de situações não previstas no contrato. Avistava a boa-fé considerando-a para a realização de acordo entre as partes e só o consentimento mútuo é que poderia, além da lei, revogar os contratos. Se surgisse alguma divergência após o contrato celebrado, seria conduzido de modo recíproco entre as partes, mas teria que ser fundamentado na equidade, no uso e na lei.

Responsabilidade contratual se estabelece quando, há um liame jurídico derivado de um acordo pré-estabelecido pelas partes, que deve ser cumprido de acordo com o contrato realizado, o seu inadimplemento, ocasiona a obrigação de reparar o prejuízo ou dano oriundo de seu descumprimento.

Na responsabilidade extracontratual ou Aquiliana há previsão de que todo aquele que causar dano a outrem agindo dolosa ou culposamente, comete um ilícito, ficando obrigado a repará-lo.

Responsabilidade e Dano

Não há responsabilidade sem prejuízo. É uma condição sine qua non da existência do dano para o surgimento da responsabilidade que resulta na probabilidade de compensação a favor do agente passivo. Os pressupostos da responsabilidade, segundo Cretella Jr. são:

"Aquele que infringe a norma; a vítima da quebra; nexo causal entre o agente e a irregularidade; o prejuízo ocasionado - o dano - a fim de que se proceda à

reparação, ou seja, tanto quanto possível ao reingresso do prejudicado no *status* econômico anterior à produção do desequilíbrio patrimonial.”⁶

O dano deve ser reparado dependendo do caso, este ressarcimento irá abranger tanto o dano moral quanto o patrimonial. A dificuldade está em definir o dano moral, como este produz concretamente um dano ao patrimônio físico do lesado, como valorar na órbita específica da vítima, interna ou externamente, em razão de aspecto moral porque este deixa constrangimentos causa densora muito difíceis de mensurar quantitativamente. Correntes de pensamentos que aponta para o impacto da reparação pecuniária quando da ocorrência do dano moral. Diz-se inviável juridicamente requerer indenização financeira em função de danos morais; fundamentam argumentando que é impossível avaliar economicamente a dor por que esta não pode ser aferida e pleitear indenização nesse sentido, contraria até mesmo o bom senso de moralidade, não se pode transformar um sentimento suscetível de pagamento. Assim como outros sustentam que comprovar a existência efetiva de dano é quase impossível por, não existir meios viáveis e eficazes para quantificar o prejuízo moral, devido a diferenças existentes no ser humano, pois cada um reage a estímulos externos de forma diferenciada o que pode causar dano a um não causará para outro. Alguns defendem a reparação como porque esta estaria condicionada a uma violação de um direito, porém é discutível essa posição, de vez que o dano moral não traduziria o desrespeito a um direito juridicamente tutelado. Quanto ao dano material ou patrimonial é aferível dentro de uma condição equânime, pois traduz a reparação pelo prejuízo causado em razão de descumprimento da obrigação. Nesse caso se deve levar em conta o dano efetivo e como repará-lo e deixá-lo na mesma condição anterior ou de conformidade com o acordado em contrato.

O dano médico indenizável é aquele que adquire relevância principalmente os danos físicos, visto que a atividade médica se exerce sobre o corpo humano nos seus mais variados aspectos. Os danos, portanto podem ser materiais ou morais. Os danos materiais ou patrimoniais quase sempre são conseqüentes de um dano causado ao

⁶ CRETELA JR. José. **O estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva 1980, p. 239. *apud* STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed.rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 1999, p. 514.

físico do paciente; indenizáveis; como lucro cessantes despesas hospitalares, viagens etc. Os danos morais são decorrentes de violação ou dano que atinge uma esfera psíquica e física do paciente. Causando um dano irreversível ou dor por frustração de um mau resultado não esperado que lhe vá bloquear suas condições e atividades normais de vida. Por exemplo, uma bailarina lesada por uma cirurgia mal executada em seus pés que inviabilize a prática da dança, atinge diretamente um direito de personalidade.

Há previsibilidade de se compensar o dano moral embora não se possa aferir o devido valor a este, por ser decorrente da privação ou diminuição de valores precisos da vida humana como a paz, tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais afetos da vida.

Responsabilidade Objetiva

A Responsabilidade Objetiva e a Culpa Presumida:

Responsabilidade Objetiva definem-se quando se imputa ao causador do evento danoso, não sendo relevante determinar a culpa, se a ação foi realizada de forma não prevista, sem o dever de cuidado.

A doutrina do risco tem sua origem na escola do direito natural no século XVIII, Thomasius e Heineccius, sustentavam de que o autor do dano deve ser responsabilizado independente da existência de culpa de sua parte.

No Brasil no princípio a responsabilidade civil fundou-se na teoria da culpa, adotada pelo nosso Código Civil de 1916. Mas os juristas tiveram a necessidade de compor novo pensamento ampliando a doutrina da responsabilidade objetiva afirmando ser aquela que defende a responsabilidade civil como fundamento, não apenas da culpa, mas também do risco, ou seja, quem pratica determinada atividade está exposto a ocorrências não presumidas anteriormente. Pelo simples fato de agir, pode criar riscos para os demais, e em razão disso a responsabilidade objetiva aponta para o cuidado que as pessoas devem ter em razão da ação ou omissão que venha

culminar em prejuízos a terceiros. Não há necessidade de se ter culpa para se determinar se deve ou não recair a responsabilidade sobre o agente, a este se deve imputar o ônus do dano causado.

Como disse Stoco,

[...] A responsabilidade objetiva difere da culpa presumida. Na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao 'ônus da prova'.⁷

A Responsabilidade Subjetiva e a Teoria do Risco

A corrente habitual é a subjetiva, indica que o causador do prejuízo é o único responsável pelo dano, e ordena que o lesado prove além do dano, a infração ao dever legal, o nexo causal, e a existência da culpa do sujeito passivo da relação jurídica. Portanto o prejudicado deve comprovar a existência de um dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Existe uma ligação de ordem psíquica com o resultado danoso, temos então a existência de um ato ilícito, pertence à categoria dos fatos jurídicos (gênero). Dentro dessa classificação é, também, um ato jurídico (espécie), decorrente da vontade. Silvio de Salvo Venosa, Washington de Barros Monteiro, entre outros autores, são concordes ao qualificar o ato ilícito como um ato de vontade humana que transgride um dever. A responsabilidade subjetiva está subentendida pela ligação do dano e a responsabilidade oriunda de uma conduta culposa, de caráter interno do indivíduo que ao praticar o ato ilícito tem a consciência de estar praticando um ato que poderá causar prejuízo a terceiros, é uma conduta assumida. Que pode ser qualificada de duas espécies: a primeira o dolo direto, por ação ou omissão consciente direcionada ao alcance de um resultado certo, é deliberadamente infringir um dever legal. A segunda é eventual onde o agente assume de forma consciente o risco de causar um evento danoso tem a capacidade de

⁷ STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3.ed. São Paulo: RT, 1997. 8 Rui Stoco, op. cit., pg. 55.

visualizar abstratamente um prejuízo mais mesmo assim prossegue com seu intento que pode resultar em dano ou prejuízo a alguém. Atribuir a culpa também difere quando se quer aferir o quantum de culpa, se grave, razoável, ou mínima. A culpa é considerada pelos doutrinadores como grave, sempre que produzir um resultado antijurídico que poderia ser evitado pelo mínimo de entendimento do agente. E está muito próximo do dolo porque se pode evitar a lesão. A culpa leve ocorre quando não se verifica um dever de consciência de arriscar a produção do dano. Porque o homem deve estar atento e cuidadoso. Culpa levíssima aproxima o agente da inocência completa.

Os doutrinadores não fazem distinções entre dolo direto, dolo eventual e culpa, trata-os de forma genérica apenas os definidos como culpa, o que importa é se verificar a existência de fatores que conduzam a imputabilidade do resultado danoso ao indivíduo que cometeu o ato ilícito e lesivo a terceiros.

No Brasil adota-se a noção dualista da culpa, que se divide em contratual e extracontratual ou aquiliana. A contratual deriva de um acordo de vontades ou negócio jurídico bilateral. A culpa extracontratual ou aquiliana é fundada nas regras gerais da nossa legislação, não há uma relação contratual em sentido estrito entre as partes. Não existe um vínculo prévio estabelecido pelas partes.

Segundo Orlando Gomes, ato ilícito é a ação ou omissão, culposa, pela qual, lesando alguém, direito absoluto (da personalidade, a vida, a honra, a liberdade) de outrem, ou determinados interesses especialmente protegidos, fica obrigado a indenizar a vítima, tendo por objeto prestação de ressarcimento. Nos códigos de 1916 e no código civil de 2002 que afirma em seus artigos: O Código Civil 1916 -“Art. 159: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regula-se pelo disposto neste Código, artigos 1518 a 1532 e 1537 a 1553”. Correspondente no Código Civil de 2002 – “Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito”.

Deve haver a comprovação do dolo (a ação ou omissão voluntária) ou culpa por (imperícia, negligência ou imprudência).

O dolo pode ser classificado em direto ou eventual, no dolo direto há a existência da ação ou omissão com a intenção de alcançar um resultado certo e determinado. No dolo eventual, existe uma consciência de que a ação ou omissão venha ocasionar algum prejuízo a terceiros, há evidente risco que o agente se dispõe a correr.

Na culpa, há ausência de intenção direta de causar qualquer lesão ou prejuízo esta só ocorre por (imprudência, negligência ou imperícia).

A imprudência é a indevida cautela ao prestar o serviço, ou seja, precaução, prudência não observada na realização do ato.

A negligência é o descuido, e falta de atenção no momento adequado. Falta de diligência. A imperícia é a prática imperfeita por deficiência profissional, má formação acadêmica ou por deficiência técnica. É a conduta realizada de forma errada por falta de conhecimento necessário que a profissão exige

Afirma que o principio informador de toda teoria da responsabilidade é aquele quem impõe “a quem causa dano o dever de reparar”.⁸

Responsabilidade civil médica

A maioria dos doutrinadores concorda, com a afirmativa de que é de natureza contratual a responsabilidade médica. Embora em alguns casos não exista qualquer vínculo jurídico entre o médico e o paciente, que se explica, por exemplo, ao prestar socorro emergencial na rua, a uma pessoa que passa mal ou sofre um acidente. O médico cumpre com o dever moral que a profissão exige, de acordo com as regras e métodos da profissão, assume nesses casos uma obrigação de meio e não de resultado. Quando houver, um pré-acordo, configurando-se em uma relação contratual, estabelecidas entre as partes, com base na autonomia da vontade de ambas. Decorrente de uma convenção entre as partes, tornando-se lei entre elas

⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** V.5 n.7 LOPES, Serpa, na mesma linha de raciocínio, que se refere para quem a responsabilidade civil significa o dever de reparar o prejuízo. Curso de Direito Civil, V.5 n.144 p. 188.-Gomes, O. Contratos;~.7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

aquilo que for acordado pelas mesmas. A relação extracontratual é aquela que se estabelecem entre as partes decorrentes de disposições legais presentes em nosso ordenamento e independe da vontade das partes. É regida por dispositivos que vigoram *erga omnis*. Há uma relação de consumo e esta está prevista no CDC, que garante como podem ser responsabilizados aqueles que não atentarem para os procedimentos previstos em vários artigos do CDC. São direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”.⁹ A responsabilidade civil do médico (C.C., artigo 1.545), na qualidade de profissional liberal, consoante o que dispõe o art. 14, parágrafo 4º, do CPDC, será apurada mediante verificação da culpa. Isto é, será avaliado de acordo com o maior ou menor grau de previsibilidade de dano. Ainda: o médico, nas relações de consumo com seus clientes, não está obrigado a um resultado, pois entre eles existe um contrato de meios e não de fins. Seu compromisso é utilizar todos os meios e esgotar as diligências ordinariamente exercidas. Em suma: usar de prudência e diligenciar normalmente a prestação do serviço. Haverá inadimplência se a atividade for exercida de forma irregular, atípica ou imprudente, e se na prestação do serviço venha ocorrer um acidente de consumo, o médico terá sua responsabilidade civil apurada dentro dos limites da má prática. No caso do médico visto por muitos como um ser intocável, inalcançável em seu pedestal, imagem focada por muitos devido a sua função de lidar com vidas e sobre ela ter um poder quase sagrado de curar e devolver auto-estima e saúde das pessoas essa imputação é mais difícil de fazer, porque ao médico cabe o dever de indenizar somente nos casos de comprovada culpa pelo dano causado, se este procede de maneira condizente com o que determina sua profissão não há como responsabilizá-lo pelo dano e, portanto não lhe imputa a responsabilidade objetiva. Discute-se tal conceito, no que se refere aos

⁹ Código de Defesa do Consumidor, , art. 2º, 2003, p. 9. Benjamin, AHV. Comentários ao Código do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991. Id. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. artigo 14, § 4º. 2003, p. 15.

contratos de meios ou de resultados, na anestesiologia, na cirurgia plástica, na radiologia e na patologia clínica.

3. CULPA E RESPONSABILIDADE MÉDICA

De maneira peculiar à responsabilidade civil exigem uma conduta volitiva, um dano injusto e o nexo causal. Fatores subjetivos - dolo ou culpa, conferido ao agente, e objetivos o risco e equidade. Previstos em lei.

Silvio Rodrigues ensina que: são pressupostos para que haja o dever de indenizar: a ação ou omissão do agente; b) a culpa do agente; c) a relação de causalidade; d) dano experimentado pela vítima.¹⁰

Em regra, caberá à vítima não só a prova do dano, como também a prova de que emanou de um ato ou de uma omissão culposa praticada pelo agente.

Logo o agente deve provar que agiu criteriosamente com zelo de acordo com os procedimentos permitidos e recomendados por lei, afastando qualquer culpa alegada, e que o nexo causal não tem nenhuma relação ao procedimento médico, e pode provar ainda que não houve qualquer dano, ou seja, de que não houve prejuízo ou dano por ele causado.

Teoria da Culpa (subjetiva) calcada na culpa *stricto sensu* (imperícia, negligência ou imprudência) é adotada pelo novo Código civil atentando para o comportamento do agente.

A culpa fica caracterizada pela voluntariedade do agente, que fere ou são contrastantes com as normas impostas pela prudência ou perícia comum.

O Código Civil vigente, a regra esculpida no artigo 159, com modificações, está no artigo 186 que, expressamente consagra a indenização por danos morais, segundo o preceito constitucional (artigo 5º, X). A responsabilidade civil no erro médico, seu regramento está inserido na legislação geral da responsabilidade civil. Os artigos que tratam deste assunto são: arts. 929 a 945, que regram a obrigação de indenizar e os arts. 946 a 956, os quais tratam da indenização nos casos de responsabilidade civil. . A imperícia, do latim *imperitia*, se caracteriza por um agir sem

¹⁰ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Vol. IV. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 1993, p. 14; GOMES, Orlando. Obrigações. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 332- 336; CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Ignácio. Doutrina e Prática das Obrigações. 4. ed. Vol.II Rio de Janeiro: Forense, 1956, pp. 531-534.

noções técnicas satisfatórias ou com inadequada utilização dos conhecimentos sobre a sua área de atuação profissional - incompetente inábil para a sua profissão. De *imprudentia*, também do latim, vem o termo imprudência, apresenta um caráter comissivo - como um agir intempestivo, precipitado, irrefletido. Caracteriza-se por uma atuação sem a cautela adequada àquele momento da atividade profissional. Negligência vem igualmente do latim, *neglegentia*. Tem característica omissiva - é uma omissão aos deveres que uma determinada situação profissional exigir - seria uma abstenção (por inação, indolência, preguiça mental) da conduta médica indicada para determinada ocasião - um não atuar. A culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar.

Antunes Varela afirma “a culpa é, no fundo, a imputação ético-jurídica do fato a uma pessoa, mas imputação no sentido transcendente da reprovabilidade ou censurabilidade”.¹¹

Teoria do Risco, chamada de objetiva, fica obrigado a reparar aquele que causar dano ou prejuízo, sendo irrelevante que a ação do agente signifique imprudência ou negligência, há um presumível risco de prejuízo ou dano a terceiros em virtude da profissão, afastando a teoria da culpa, este dispositivo convencionado pelo código civil de 2002, no artigo 927, parágrafo único, que afirma que haverá obrigação de indenizar, independentemente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Deve-se explicar em casos restritos, se aplicando somente nas atividades que sejam perigosos em si, independentemente da natureza do bem que está sendo produzido. Somente nessas hipóteses aplicar-se-á a Teoria do Risco, e a questão da culpa será irrelevante para fixação do dever de indenizar. Assim nos demais casos continuam regidos pela Teoria da Culpa, sendo indispensável à prova desse pressuposto para que surja o dever de compensar o dano ou prejuízo.

Segundo Hildegard Taggesell Giostri, em seu livro *Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada*, pois, fora de dúvida, à responsabilidade no erro médico segue os mesmos ditames gerais da responsabilidade civil genérica, ou seja, é obrigação de quem, consciente e capaz, praticar uma conduta, de maneira livre, com

¹¹ VARELA, João Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, p. 485.

intenção de fazê-lo ou com simples culpa, ressarcir obrigatoriamente os prejuízos decorrentes do seu ato. "Erro Médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência".

Como diz Miguel Kfoury Neto, cabe o ônus da prova ao paciente, que deve demonstrar que houve imperícia, a imprudência ou a negligência, presentes em um ato médico que cause dano a um paciente, caracterizando a culpa.

"Segundo a teoria subjetiva, esposada pelo nosso Código Civil especialmente em seus arts. 159 e 1.545, à vítima incumbem provar o dolo ou culpa stricto sensu do agente, para obter a reparação do dano". Sobre isso, é conveniente acrescentar o que diz A. Siqueira Montalvão "Para a caracterização da culpa médica, basta à simples voluntariedade de conduta, sendo, portanto a intenção desnecessária, pois, a culpa ainda que levíssima obrigue a se indenizar".¹² Mesmo que, em se tratando de vida humana, não se admita culpa "pequena ou levíssima", sem a prova desse elemento subjetivo da responsabilidade civil, a culpa, tudo há de ser debitado ao infortúnio.

Ensina Miguel Kfoury Neto,

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.¹³

O erro médico é um inadimplemento, na prestação de serviços uma conduta bem definida de falha, no caso surgindo à necessidade da responsabilização do profissional, configurando-se a responsabilidade civil, quando comprovadamente a culpa no seu procedimento, culminando com o dano, sendo necessária aplicação de

¹² STOCO RUI, Cap. I a Responsabilidade. P.53 RODRIGUES, Silvio, A responsabilidade Civil, V.4.p.14.

¹³ Graus da Culpa e Redução Equitativa da Indenização. REVISTA DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE. APEDIMES - Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde, Editora Livro Rápido, Recife – Pernambuco, v. 1, n.1, Janeiro, p.45, 2005.

uma sanção, impondo ao médico o dever de indenizar o paciente lesado pela sua conduta culposa.

Provas são aceitas para comprovação do erro médico, devem ser apresentadas em juízo, analisadas por perícia médica, que são aquelas onde se encontram os registros de dados clínicos de atendimento do paciente, que se configura nos prontuários e fichas clínicas dos pacientes. Porque há a necessidade da indicação da presença donexo causal que deve estar presente na relação de causa e efeito, aferindo o ato médico culposos, e o dano efetivo sofrido pelo paciente. Não é preciso que a culpa do médico seja grave e sim seja certa. O grau de gravidade só é acurado na quantificação da indenização.

A responsabilidade civil médica está configurada, pela prestação de um serviço imperfeito, sem que haja a eficácia prometida e necessária. Dentro de uma necessidade de realização da atividade do médico, dentro de uma perícia técnica, e meios necessários para um resultado diligente e válido. O resultado inesperado por imperícia, imprudência ou negligência. A teoria da culpa que estabelece, quando houver um ato lesivo que cause um dano, e entre eles houver uma relação de causa e efeito, por dolo, imperícia, imprudência ou negligência, configura-se na necessidade de responsabilizar civilmente o causador do dano, fazendo-o reparar o dano ou prejuízo sofrido em função de seu erro. O CDC, no art.14 parágrafo 4º, dispõe “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Porém, cabe ao prejudicado o ônus da prova. A culpa, mesmo que levíssima, obriga a indenizar o paciente pelo prejuízo sofrido. Na justiça civil, a responsabilização se dá a partir da constatação de culpa. Quando houver dolo, ou seja, o médico agiu de maneira consciente e voluntária com a finalidade de obter determinado resultado ou quando assume o risco de que ele ocorra. No caso de haver presença de imperícia, a imprudência ou a negligência, em um ato médico que provoque dano em um paciente, estará caracterizada a presença de culpa no sentido estrito.

Aguiar Dias afirma,

“O que se torna preciso observar é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas de prestação dos cuidados contenciosos,

atentos e, salvo circunstâncias excepcionais de acordo com as aquisições da ciência".¹⁴

¹⁴ Graus da Culpa e Redução Equitativa da Indenização. REVISTA DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE. APEDIMES - Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde, Editora Livro Rápido, Recife – Pernambuco, v. 1, n.1, Janeiro, p.45, 2005

4. RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE MÉDICO E PACIENTE

O homem é um ser que por sua natureza, está sempre em grupo por ser sociável e não se permite viver sozinho. Procura sempre estar ou pertencer a um grupo para se sentir forte, e convivendo em grupo faz valer seus direitos. Origina-se a partir daí relações mútuas de convivência de onde grupos sociais são formados de acordo com seus interesses, constituindo relações familiares, profissionais, amizade, e de convívio social.

Esse sistema de relações sociais poderá vir acarretar outra relação que vai depender do fato a que se refere que podem ser: naturais ou advindo da vontade humana, que se transformam em fatos jurídicos.

Com bases sociológicas, os fatos sociais eram entendidos como fenômenos a serem estudados sem que se formassem ou determinasse um conceito próprio, concebido como coisa, fora de qualquer concepção do indivíduo.

Segundo Durkheim, os fatos sociais têm uma existência independente mais objetiva do que as ações individuais, e podem somente ser explicado por outros atos sociais, como a região onde a sociedade está inserida, governos, etc.

Ao concluir *Lés règles*, Durkheim sintetiza seu método em três pontos básicos: a) independe de toda filosofia; b) é objetivo; c) é exclusivamente sociológico o fato social são antes de tudo coisas sociais. Buscando uma “emancipação da Sociologia”¹⁵ e procurando dar-lhe “uma personalidade independente”¹⁶ diz claramente nas páginas finais:

“Fizemos ver que um fato social não pode ser explicado senão por um outro fato social e, ao mesmo tempo, mostramos como esse tipo de explicação e possível ao assinalar no meio social interno o motor principal da evolução coletiva. A Sociologia não e, pois, o anexo de qualquer outra ciência; é uma ciência distinta e autônoma, e o sentimento do que tem de especial a realidade social é de tal maneira necessária ao sociólogo, que apenas uma

¹⁵ DURKHEIM, 1895: p. 140.

¹⁶ Id. *ibid.* p. 143.

cultura especialmente sociológica pode prepará-lo para a compreensão dos fatos sociais”.¹⁷

Segundo Emile Durkheim, os Fatos Sociais constituem o objeto de estudo a Sociologia, pois decorrem da vida em sociedade, que disposta sobre três aspectos:

Coercitividade - característica relacionada com a força dos padrões culturais do grupo que os indivíduos se associam. Este modelo cultural determina o seu cumprimento.

Exterioridade - esta característica transmite o fato de esses padrões de cultura serem exteriores aos indivíduos, ou seja, ao fato de virem do exterior e de serem independentes das suas consciências.

Generalidade - os fatos sociais existem não para um indivíduo específico, mas para a coletividade. Podemos perceber a generalidade pela propagação das tendências dos grupos pela sociedade, por exemplo. Para Durkheim, “fato social é normal com relação a um tipo social dado, numa fase dada do seu desenvolvimento, quando está presente na maioria das sociedades deste tipo, na fase de sua evolução”¹⁸. A relação social se fundava nos fenômenos sociais, que se alternavam dentro de uma limitação, podendo ser provisório em relação ao tempo. Portanto nem toda relação social pode ser definida como uma relação jurídica, mas, sim se pode transformar nesta.

A relação entre médico e paciente se configura em uma relação social, uma relação de poder e dever. No sentido de que a relação jurídica que se configura, advém da relação de prestação de serviço específico, de meio e eventualmente de resultado. Pode também ser entendida como uma situação subjetiva, porque existem interesses que dão causa a relação, ou seja, determinam quais as obrigações e os deveres, assim como o poder do credor. A causa dos efeitos ou de um possível insucesso no tratamento médico pode estar vinculada a condições externas e internas, o organismo de cada paciente reage de uma forma, esse fato não pode servir de prova de que houve erro médico, porque o médico ao indicar determinado tratamento ou

¹⁷

¹⁸ Cf. COHN, Gabriel. **Sociologia: para ler os clássicos**. Rio de Janeiro: LivrosTécnicos e científicos Editora S.A. 1997, p.20.

quando receitou remédio, observou e agiu dentro de um procedimento técnico e ético adequado e recomendado, e estes ocasionaram reações adversas ao organismo do paciente, não se podem imputar qualquer responsabilidade ao médico pelo possível dano.

Por outro lado à má conduta, por motivos não condizentes com a determinação de que o médico deva ser diligente, hábil e prudente, remete a possibilidade de ser responsabilizado juridicamente pelos prejuízos causados em função da sua conduta.

A natureza jurídica da relação que se constitui entre médico e pacientes é divergente entre os profissionais de saúde, quando se propõe determinar o liame existente entre eles e o paciente como uma relação meramente contratual, um contrato de prestação de serviços médicos. Porém, é esse o entendimento que se faz quanto à natureza jurídica do vínculo.

A respeito da natureza contratual da relação médico-paciente, Fabrício Zamprogna Matielo, em sua obra *Responsabilidade Civil do Médico*: diz.

“Durante longo período houve intensa discussão em torno da natureza jurídica da relação médico-paciente. Isso ocorreu porque o legislador inseriu o erro médico entre os atos que ensejariam indenização tendo em vista a sua ilicitude, e não como derivação da simples inobservância ou descumprimento de obrigação previamente assumida”.¹⁹

Segundo Miguel Kfoury Neto: “Apesar de o Código Civil Brasileiro colocar a responsabilidade médica entre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar-se a responsabilidade médica como *ex contractu*”.²⁰

Pensa assim, também, Pontes de Miranda: “A responsabilidade dos médicos e cirurgiões é contratual”.²¹

Isso é bem complementado pelo que se transcreve de acórdão.

¹⁹ MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil**. Op. cit., p. 42.

²⁰ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.58.

²¹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi,1966.

“Desinteressa saber se o paciente teve contato ou não com o médico. No momento em que o médico assumiu o mister de fazer a cirurgia, há um contrato implícito com outras pessoas, ele assumiu o dever de empregar todo o seu conhecimento e o mínimo de cuidados que um cirurgião que se preza deve ter”.²²

Resta colocar se há um vínculo contratual e, qual é o tipo de contratação. Miguel Kfoury Neto é quem afirma não haver doutrinariamente consenso quanto ao tipo de contrato que se estabelece entre médico e paciente, já que as mais destacadas tendências preconizam ser similar esse contrato a um mandato, contrato de empreitada, de locação de serviços, contrato inominado ou um contrato multiforme. Encontram-se, nesse contrato, características como: ser intuitu personae, bilateral, oneroso, gratuito, comutativo, aleatório e de caráter civil. Evidencia-se como um contrato principal, tendo na sua constituição contratos acessórios.

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

“Essa espécie de contratação não encontra espaço particular na legislação nacional ou como previsão consagrada pela autonomia, sendo, então, figura atípica, inominada, mas nem por isso com menor tutela jurídica. Para vigorar não necessita de forma especial, nem de definição exata quanto ao objeto em suas minúcias, tampouco preço e condições de pagamento. A forma, como é visto, é absolutamente livre, sendo suficiente que se prove a existência do liame das partes entre si, o que gerará os direitos e as obrigações pertinentes. Por objeto do contrato não se deve entender uma cirurgia, ou a ministração deste ou daquele medicamento, mas a atividade médica globalmente considerada, isto é, a aplicação zelosa de todos os meios que se fizerem necessária e estiverem razoavelmente disponíveis”.²³

A relação contratual não é diferentes das demais relações contratuais.

Todos os contratos são permeados por valores éticos. A relação contratual em foco, como qualquer outra, é informada pelos princípios da boa-fé contratual, da justiça contratual e da autonomia da vontade, regulada por uma ordem jurídica liberada e legalizada pelo Estado que é o órgão regulador da matéria. A norma jurídica, enquanto expressão deontica, consistente numa determinação, permissão ou proibição, subdivide-se em regra e princípio. As regras e os princípios são normas porque dizem o dever-ser. A diferença entre uma e outra pode ser estabelecida através da adoção

²² Tomo LIII. (TJRS-Processo nº597141803 – 6ª Câmara Cível – Rel. Décio Antonio Erpen – 30/09/98).

²³ MATIELO, Fabrício Zamprogna. Responsabilidade civil Op. cit., p.46.

de um variado número de critérios, dentre este o da generalidade, o mais freqüentemente utilizado.

Eles contêm valores. Sua atuação se dá em dois planos: o plano da justificação e o plano da aplicação. No primeiro, os princípios auxiliam a interpretação das regras, justificando a formação e aplicação destas. São intermediários que orientam todo o sistema jurídico. No plano da aplicação, os princípios assumem seus papéis impositivos, sendo aplicados diretamente para a solução de um caso.

Não haveria a determinação em abstrato da posição dos princípios considerados reciprocamente. O caso concreto determina qual será aplicado, sem, todavia, excluí-lo do ordenamento, declarando-o inválido, pois, em outra situação, o princípio ora afastado pode ser o indicado, e o que teve aplicação, poderá não mais incidir.

A Constituição brasileira determina que a dignidade da pessoa humana seja fundamento da República (art. 1º, III). Em razão da magnitude que o conteúdo desse princípio (da dignidade da pessoa humana) pode alcançar em diferentes casos concretos, que devem ser sempre observados. A hierarquia dos princípios é impossível para os demais, mas a dignidade da pessoa humana é superior a todos os outros.

A relação médico-paciente é uma relação que objetiva um valor existencial e encontra-se submetida e informada pelo princípio da dignidade.

O vínculo contratual estabelecido pode ser de obrigações de resultado ou obrigações de meio. Por obrigações de resultado têm-se como exemplo as cirurgias plásticas reparadoras. O médico obriga-se ao resultado, que deverá ser se não idêntico ao avençado, pelo menos, semelhante a ele. Já em obrigações de meio, o profissional deve empenhar-se em seu objetivo, utilizando-se de meios terapêuticos em benefício do paciente, não havendo, contudo, obrigação em obter êxito. A polêmica é suscitada em relação à responsabilidade médica do cirurgião plástico e do anestesiológico quanto a esta ser obrigação de resultado é insuficiente fazer tal afirmação, porque não há uma totalidade absoluta, quando se pensa em um resultado satisfatório, há uma determinação de se conseguir o melhor, mas, não se pode afirmar, há uma relativa possibilidade de não conseguir o resultado desejado, por

motivos alheios à vontade e a competência do profissional médico. Existe sim o comprometimento para com a saúde, o bem estar e a dignidade do paciente.

A obrigação de meio é aquela em que o contratado não está afeto a obter um objetivo característico – preciso. Obriga-se ao cumprimento da obrigação com toda a sua diligência e prudência, de acordo com as técnicas usuais, naquele momento, para o procedimento pelo qual se comprometeu. Dentro da categoria ampla e específica dos contratos de prestação de serviço, (contratos de serviços médicos) demarca-se como tipo bem definido que, não sendo um tipo legal (porque não tem regulação legal própria), é um tipo social e nominado, porque como tal referido na prática e pressuposto em algumas disposições legais. Por isso e pela particularidade das questões que envolvem poderá vir a justificar-se a sua tipificação legal.

É o que esclarece Rui Stoco:

“Tanto na obrigação de meios como na de resultado impõe-se a existência de culpa (*lato sensu*). Na obrigação de meios, o credor deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato. Na de resultado presume-se que a sua não obtenção decorreu de atuação inadequada ou culposa do contratado”.²⁴

A Existência de obrigação de meio é a única solução que pode justificar a liberdade de atuação do profissional da saúde, pois se fosse ele jungido a um resultado específico, fatalmente estaria derrubado à teoria da contratualidade nas relações médico/paciente, haja vista o fato de que muitas doenças são incuráveis e todo o esforço contra elas despendido nada mais será do que tentativa de minimizar o sofrimento e melhorar a qualidade durante o tempo de vida que resta.

Relevantes para o seu regime jurídico são ainda as seguintes qualificações:

- _ é um contrato civil (nunca é um *acto* de comércio);
- _ é um contrato celebrado *intuitu personae*;
- _ é um contrato de consumo e, portanto merecedor da aplicação das adequadas regras de proteção dos consumidores.

Assim, o relacionamento do médico com seus pacientes têm suas regras.

²⁴ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Sobre isso escreve Walter Bloise: “Há realmente entre o médico e o cliente um contrato de prestação de serviços. A sua responsabilidade é contratual, não obstante figurar nos direito brasileiros como atos ilícitos, em caso de responsabilidade médica”.²⁵

Tramita no Congresso Nacional um “Parecer Final ao Projeto de Código Civil” nº 634-b/75 que tem por Relator Geral o Senador Josaphat Marinho e que se encontra transcrito na obra organizada por J. M. Leoni Lopes de Oliveira. Sobre obrigações contratuais em relação à atividade médica. “Admite os contratos atípicos, ‘observadas as normas gerais’ fixadas no Código civil vigente (art. 425), assim evitando abusos contrários ao Direito”.²⁶

Fica bem nítido o enquadramento no âmbito da responsabilidade contratual. O erro médico caracteriza-se, pois, via de regra, como uma quebra do contrato de serviço.

Segundo Rui Stoco, a responsabilidade contratual do médico pode ser presumida ou não, mas não há obrigatoriedade de presumir-se a culpa só por estarem diante de um contrato.

Art. 425 do Projeto do Código Civil Brasileiro vigente: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observados as normas gerais fixadas neste Código”.

O médico deve se esforçar para conseguir a cura do paciente cabe a vítima provar se houve culpa ou dolo médico na prática médica. Portanto “A responsabilidade contratual assumida pelo médico não é de resultado, mas, de meio ou de prudência e diligência”.²⁷

²⁵ BLOISE, Walter. **A Responsabilidade Civil e o Dano Médico** – Legislação, Jurisprudência, Seguros e o Dano Médico. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.88.

²⁶ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de (org.). **Projeto do Código Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.380.

²⁷ TJRJ- 4º C-ap.10.898.j.11.380- Diário da justiça do Rio de Janeiro, 7,5.81.p.64, *in*: **Responsabilidade civil**. Coordenador Yussef Said Cahali, Saraiva, 2ª ed., 1988, p.348.

5. PRÁTICA DA MEDICINA OBRIGAÇÃO JURÍDICA E PARECER DE CONSCIÊNCIA

Obligatio

“A obrigação (*obligatio*) é um liame jurídico entre o credor e o devedor, pelo qual o primeiro tem direito a exigir determinada prestação do segundo, que, por sua vez, é obrigado a efetuá-la. Esta idéia é expressa na famosa definição das Institutas de Justiniano: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* (Inst. 3.13 pr.)”. Obrigação é o vínculo jurídico passivo, ou subordinado a uma prévia contratação ou a um acordo de vontades. No caso da obrigação na prática da medicina tem o médico o dever de informar ao paciente, como se dará o tratamento especificado todo o procedimento a ser realizado, as possíveis reações aos remédios e conseqüências passíveis de acontecer, assim como agir dentro de uma conduta ética que a profissão requer, no caso de intervenções cirúrgicas, procederem de modo hábil, com diligência, perícia, sempre atenta às técnicas e procedimentos recomendados para obtenção de um resultado eficaz esperado. Deve instruir sempre o paciente ou a pessoa que dele cuida todas instruções e dever de cuidados que seu estado requer. Se for caso de cuidados hospitalares deve instruir os profissionais auxiliares a seguir devidamente precauções que se deve tomar ao administrar remédios e cuidados ao paciente.

O paciente representante ou responsável precisa ser informado do diagnóstico, da evolução da enfermidade, das alternativas de tratamento, seus riscos, benefícios e possíveis seqüelas, o médico tem o dever de não ocultar ao paciente quanto aos riscos do tratamento ou de possíveis intervenções cirúrgicas, levando em conta o estado psíquico em que se encontra o cliente, de forma que deve ter o cuidado em ser claro não deixando nenhuma dúvida ao seu cliente.

O trabalho médico se dá pelo exercício de um direito, cabe a ele exercer suas atividades, cumprindo com determinação de fazer, ou seja, cumprir com obrigação de

atender qualquer pessoa que o procure por serviços médicos, o não atendimento acarretará a responsabilização que advir a algum dano ou prejuízo causados em razão de sua omissão.

A intenção do agente de saúde voltar-se-á para uma finalidade positiva, devendo os efeitos positivos de a intervenção ser proporcionalmente superior aos efeitos negativos. A técnica interventiva terá de ser imperativa, não podendo ser substituída por outras, com menos efeitos negativos.

Esse dever está intimamente ligado à consciência moral e ética que todo ser humano deve possuir o médico ainda mais, em razão do objetivo da profissão em relação á vida valor essencial e inerente à pessoa humana.

Envolto à filosofia do Racionalismo, Kant, distingue a moralidade da legalidade. Ensina: “não é possível pensar nada no mundo, e em geral também nada fora dele que possa ser considerado como bom sem restrição, a não ser somente uma boa vontade”. “Boa vontade” aquela vontade que não está determinada por atitude alguma e por cálculo interessado, somente pelo respeito ao dever.²⁸ Dessa forma, uma ação moral, para KANT, seria uma ação que estivesse coerente com o dever e que fosse cumprida pelo dever. Assim, tem-se por moralidade, quando a ação é cumprida pelo dever, e por legalidade, quando a ação é cumprida em conformidade com o dever. É o que ocorre com a profissão médica, que está restrita principalmente a um dever moral e ético.

A obrigação do médico com o paciente é uma obrigação de meio. Que obriga uma conduta do profissional, sob o ponto de vista técnica, o atuar fruto de uma previsão e maneira adequada. Agindo com diligência, prudência e habilidade, tendo um atuar compatível com a *legis artis* ("estado da arte") médica, naquele determinado local e momento, o médico cumpre com a sua obrigação.

O médico para proceder a um tratamento arriscado deve ter a anuência do paciente, a informação ao cliente deve ser mais clara possível quanto aos riscos e necessidades do procedimento a ser adotado. Deve advertir o cliente a possibilidade de um mau resultado, mas esse resultado não está evidentemente ligado a técnica

²⁸ KANT, Emanuel, *Crítica da Razão Prática* tradução e prefácio: Afonso Bertagno, Edições e Publicações Brasil Editora S.A., São Paulo.

profissional se esta for realizada de maneira compatível com os procedimentos determinados pela pratica médica. Não há o dever específico de curar, mas de se desempenhar a contento, conforme as regras da profissão, sem vícios de conduta. Empregando todos os seus esforços para alcançar a cura do paciente, estará o profissional executando aquilo pelo qual se obrigou.

Aplica-se também em termos de contrato de prestação de serviço médico, a obrigação de resultado, no qual o médico tem dever de atingir com o tratamento médico um fim determinado são os casos de contratação para realização de cirurgia plástica estética. O médico só adimplirá a obrigação contratual se alcançar aquele específico resultado contratado.

6. IMPUTABILIDADE E ÔNUS DA PROVA

O encargo é o significado dado, ao aferir determinada atribuição ao sujeito que pratica um fato punível, ou seja, é imputar a responsabilidade ou autoria, em qualquer esfera do direito. A reparação dos danos não prescinde, para perfeito entendimento do seu mecanismo de funcionamento, da análise de questões primárias atinente ao direito, como por exemplo, a da origem da responsabilização civil dos indivíduos e as variantes dos sistemas dos tempos.

Ao indivíduo é dado agir, em sentido amplo, da forma como melhor indicar o próprio discernimento, em juízo de vontade que extrapola as previsões legais e independe das mesmas. Pode inclusive contrariar o ordenamento jurídico na amplitude desejada, valorando diferentemente das normas legais os fatos e eventos. Mas, ainda que inexista a norma que regule o caso, o homem é sempre responsável por toda e qualquer conduta que adotar, ao menos em termos morais e de prestação de contas à consciência.

Quando opta por determinada atitude, o ser humano pode provocar a reação da sociedade ou fazer passar ao largo desta, seu atuar conforme acarrete resultados positivos e negativos, úteis ou danosos, bons ou maus aos olhos do referencial social adotado pela comunidade. Uma determinada conduta assume contornos variáveis e recebe qualificações a partir exatamente da repercussão causada, levando a reações postadas em diversos níveis, desde a aceitação pura e simples até o mais profundo repúdio. Mas, para o direito só contará com a reprovação quando o potencial lesivo é previsto na legislação criminal. Se a conduta for juridicamente permitida e tiver amparo legal não há como imputar o ato como lesivo e passível de uma reprovação legal. Se o ato lesivo for contrário a lei constitui um ato ilícito, reprovável e passível de reparação. A responsabilidade civil está embasada na legislação que prevê que a sua violação por conduta indevida fora dos parâmetros por estar estruturada e definida de forma positivada, prevendo que aquele que causar danos ou prejuízos tem o dever de reestruturar os direitos ou interesses atingidos. Os seres humanos, por serem dotados de razão e entendimento, livre e que através de suas ações podem ser considerado imputável. Maturidade e sanidade mental são dois elementos que integram a

imputabilidade, com a conseqüente capacidade plena de entender e de querer. É a imputabilidade, no âmbito da culpabilidade, que se torna fundamental ao conceito do crime. A reprovabilidade, em que se define a culpabilidade, se estende até ela, porquanto também se fundamenta na capacidade do agente de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. A imputabilidade contém um juízo sobre a faculdade geral do autor, não se trata de uma valoração específica, que a tornaria psicológica resultante da verificação do concurso dos requisitos da imputabilidade.

O prejudicado deverá atribuir e comprovar que houve um evidente dano que o prejudicou não aferindo um quantum mais efetivamente provando o prejuízo.

7. NEXO CAUSAL E PRESUNÇÃO

A relação existente entre causa e efeito é compreendida pela correspondência entre a ocorrência e a causa; assim, é o que se denomina de nexo causal. A presunção é a suposição de veracidade.

O termo presunção do latim (*praesumption*), no sentido jurídico, possui a afirmação antecipada da verdade provável, referente a um fato incógnito, embora se tenha uma presumível confirmação ligada a outro fato obtido.

A presunção se caracteriza a partir de uma concepção lógica, permitida ao ser humano, através de experiências, chegarem a uma confirmação ou uma probabilidade de verdade jurídica. É importante frisar que a presunção pode levar a uma investigação que poderá ser confirmada ou não, portanto é de grande importância que se confirme através de provas.

A relação entre o dano e o ato ilícito é um pressuposto imprescindível de ser avaliado e, por isso, não pode fugir da ótica pericial. Em muitas ocasiões a natureza do pleito não reside na qualidade ou na quantidade da lesão, mas essencialmente nas condições em que se deu a relação entre o resultado e o evento danificador.

O nexo de causalidade é, portanto de exclusiva competência médico-legal.

Assim, para que se estabeleça um nexo de causalidade é necessário que o dano tenha sido produzido por um determinado meio agressor, e que a lesão tenha etiologia externa e violenta, que o local da ofensa tenha relação com a sede da lesão, que haja relação de temporalidade, que haja uma lógica anátomo-clínica e que não exista causa estranha motivadora do dano.

As concausas, por sua vez, são eventualidades preexistentes ou supervenientes, susceptíveis de modificar o curso natural do resultado aludido como erro médico. São fatores anatômicos, fisiológicos ou patológicos que existiam ou venha existir, agravando o processo. Assim, são exemplos, a diabetes (preexistente) e o tétano (superveniente).

Segundo Forchielli, o nexo de causalidade deve haver uma ligação entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano causado a vítima.

A maioria dos doutrinadores, afirmam que não existe nexos causal entre a omissão e o resultado, ou seja, não existiria liame entre a conduta omissiva e o resultado causado por esta conduta. Bitencourt pontua: “Na doutrina predomina o entendimento de que na omissão não existe causalidade, considerada sob o aspecto naturalístico, pois do nada não pode vir nada”.²⁹ Além de Bitencourt, Luiz Regis Prado acompanha o pensamento: “Como já exposto não há relação de causalidade alguma na omissão (*ex nihilo nihil fit*). O simples fato de estar o sujeito em atitude passiva deixa clara a impossibilidade de originar-se qualquer processo gerador de um resultado”³⁰. Entretanto mesmo dentro desta corrente há algumas exceções que entendem que se como nexos normativo não há causalidade alguma na omissão, o mesmo não se pode alegar nas hipóteses de crimes omissivos impróprios (comissivos por omissão) onde há a obrigação de agir para evitar um resultado concreto. Haveria nesses casos, portanto, um liame entre o resultado e a não-ação do agente em virtude principalmente da sua função garantidora. Tal liame, parte da doutrina aponta como um “nexos de não impedimento” e não propriamente um nexos causal.

No caso de responsabilidade civil do médico, a relação de causalidade está estritamente ligada à noção de anterioridade e necessidade, ou seja, uma depende da outra para que ocorra. A prática médica é sempre disponibilizada para que o paciente tenha alcance a esta, devendo haver um equilíbrio entre as disponibilidades da técnica e da ciência, e emprego de apropriado de relacionamento médico-paciente. Não cabe afirmar uma presunção de culpa, esta deve ser configurada quando se tratar de responsabilizar o profissional médico.

Na afirmação de Lobo, que diz “na presunção de culpa, a culpa não é verificável em concreto, basta à indicação pelo legislador, de aferir a alguém a presunção de culpa, sem a necessidade de comprovação. A presunção é normalmente, *juris tantum*, quando admite a prova em contrário, ou seja, a inversão do ônus da prova”.³¹

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto – Tratado de Direito Penal: Volume 1 – 9 ed. São Paulo: Saraiva 2004.

³⁰ PRADO, Luiz Regis – Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral V. 1, 3ª ed. –São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Revista de direito do consumidor**. N.34, abril-junho, 2000.

“A obrigação de o médico” registrar os eventos e as circunstâncias do atendimento e informar aos pacientes ou seus familiares toda vez que alguma complicação do tratamento ou da prática propedêutica venha ocorrer, seja ou não esse resultado motivado por erro profissional. Como se sabe, nem sempre toda tecnologia disponível, e a realização de exames sofisticados, são suficientes para evitar possíveis resultados adversos ao esperado. Podemos afirmar que nem sempre um mau resultado, é sinônimo de erro médico, mais não se deve omitir a reparação ao paciente lesado, quando comprovadamente ao médico faltou com impropriedade na sua conduta técnica.

A situação revel pode ser danosa e antagônica. Mas, o médico não pode aceitar alegações de má conduta como sinônimas de incompetência profissional.

Nem, deixar de observar a existência do outro que sofreu um dano que espera uma resposta pela ocorrência.

A responsabilidade médica é subjetiva, mais pode ocorrer à inversão do ônus da prova, em alguns casos específicos como exemplo: a prestação da obrigação for considerada obrigação de resultado; quando o paciente hipossuficiente, ou houver indícios, ou probabilidades de verdade as alegações, e sendo convencionalizada pelo código do consumidor, no art. 6º, VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. Os depoimentos das testemunhas e dos especialistas são essenciais e constitui-se em evidências que seguramente serão analisadas em um julgamento.

Para comprovação, da responsabilidade civil do médico, deve se atentar para todas as possibilidades, aferindo tanto a presunção de erro quanto a culpa, como o nexos de causalidade.³²

Aníbal Bruno pondera, "a omissão é causal em relação ao resultado quando, se o omitente tivesse praticado a ação omitida, o resultado não teria ocorrido, isto é, quando não se possa conceber como realizada a ação omitida sem que desde logo desapareça o resultado".³³ Por outro lado, parte da doutrina concebe o nexos causal

³² Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, **Responsabilidade por Vício do Produto ou do Serviço**, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 60. in Paulo Luiz Netto Lôbo, *Comentários ao Estatuto da Advocacia*, Brasília, Ed. Brasília Jurídica, 2ª Edição, reimpressão de 1999, p. 139-41

³³ BRUNO, Aníbal - *Direito Penal Parte Geral: Tomo 1*, 5ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003 .

entre a omissão e o resultado. Outros doutrinadores discutem e chega-se à conclusão de que, com a supressão do nexos causal, não há mais os fatos típicos, que por sua vez, inviabilizaria a própria existência do crime. O que seria a lógica, quando se afirma, que o crime é o fato típico, antijurídico e culpável, e o fato típico por sua vez são a conduta, resultado, nexos causal e tipicidade. O que confirma a inexistência do crime por omissão.

8. VÍNCULO OBRIGACIONAL – EXTENÇÃO E VALOR

As relações, médico-pacientes são de consumo, porque assim como qualquer outro profissional liberal, como dentistas, advogados, e outros etc.

Prestam um serviço ao cliente, que é seu paciente, pretendo a manutenção ou melhoria da saúde, motivo pelo qual pode ser classificado como consumidor. Em razão disso, a possível aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações entre médico-paciente, que em tese não é alcançado pelo CDC. A lei 8.078/90, no art.2º e 3º que prevê a prestação de serviços é destinada ao consumidor, e se refere a qualquer pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Não existe qualquer formalidade, no trato médico-paciente, em virtude disso não se pode adaptá-las ao Código de Defesa do Consumidor.

O vínculo obrigacional, na relação médico-paciente, ocorre porque a sociedade aos logo dos tempos foi se modificando e criando exigências que passaram a afetar a classe médica. O profissional médico que tinha uma relação quase familiar com seus pacientes, atendendo a todos os tipos de patologias, foram se tornando mais raros até desaparecerem, hoje só atende as especialidades, se adequando uma nova realidade social, que é de se ter mais médico especialista, assim como mais laboratórios e hospitais.

Responsabilidades foram repartidas entre profissionais nesse novo modelo especializado de praticar da medicina.

Algumas condições nessa relação que deveriam ser observadas; como por exemplo, à realização de orçamento prévio discriminando o valor a ser cobrado pelo tratamento e quais as condições de pagamento, qual procedimento a ser adotado. Esses procedimentos evitariam que o médico viesse a ser cobrado por uma conduta não prevista em contrato. Deixaria de ocorrer, por exemplo, em casos de cirurgias realizadas em hospitais ou clínicas, que só após a cirurgia, são cobradas as contas de soro, remédios e anestesista, que toma de espanto o consumidor que não foi informado adequadamente pelo médico. Porém, é previsto na lei 8.078/90 do CDC, do artigo 6º III, que dispõe: III – deve-se a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade,

características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; e no parágrafo 3º “o consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros, não previstos no orçamento prévio”.

Havendo a caracterização, portanto, de um desrespeito à lei. Há um questionamento ético constante, em relação à necessidade de esclarecimento de qualquer prática de conduta médica.

As transformações ocorridas na sociedade devem continuar, e adaptar-se absolutamente a nova realidade. Sujeitando-se a aos termos da lei em prol de maior transparência, garantindo uma maior segurança nas relações de consumo em geral. Deve-se adotar uma constante prática da elaboração de contratos, para que, finalmente, a adequação à realidade jurídica atual alcance as relações entre médico-paciente, aperfeiçoando-se, a eficácia, no ritmo da atualidade, para que esta adequação, a uma situação que, pode ser traduzida como prestação de serviços.

Como já foi exposto, em capítulo anterior, que a doutrina majoritária entende que a relação médico-paciente é contratual, ainda que o direito positivo brasileiro tenha contemplado a responsabilidade médica dentre aqueles preceitos que se referem à responsabilidade aquiliana.

A responsabilidade de indenizar ocorrerá tanto quando houver convenção entre as partes, como nas que se realizaram independente de contrato formal, pois a partir de uma consulta há um liame entre o médico e paciente, sendo caracterizado o erro médico, o qual seja considerado como um ato ilícito obriga o médico a ressarcir, o dano material o qual deu causa. Também cabe reparação de dano, o descumprimento do contrato, por determinação de um prévio acordo formalizado para prática de um determinado resultado.

Nos diz Humberto Theodoro Junior,

“A primeira observação que a propósito se impõe é a de que a localização de um tema em determinado sítio da lei é desinfluyente sobre sua verdadeira natureza. Cumpre situá-lo dentro do sistema geral, não em função do posicionamento físico que o legislador lhe deu, mas, sim, a partir da essência do relacionamento jurídico. A sede da regra não tem força para alterar a

substância da coisa, que a ciência do direito procura detectar e revelar segundo seus métodos e princípios”.³⁴

É possível que o médico venha a incorrer em responsabilidade extracontratual, quando houver uma situação de emergência, pois pode acontecer que o atendimento profissional ocorra, em sem que antes tenha havido qualquer acordo de vontades entre o profissional e o paciente.

Quando se trata de liquidação do dano, em termos de responsabilidade civil, entende-se que a compensação é indenizatória, ou seja, deve-se ressarcir o prejudicado pelo erro médico. O que se busca com a indenização restaurar o *status quo ante*, compensando adequadamente o lesado do prejuízo que sofreu com o erro médico, procurando o *restitutio ad integrum* (restituir a integridade) do patrimônio do prejudicado.

O Código de Processo Civil determina - no artigo 603, em seu *caput, in limine*: “Procede-se à liquidação, quando a sentença não determinar o valor”. Assim como no artigo 951, um comando para o uso de artigos seus na liquidação de uma condenação por erro médico, pois diz este artigo 951, *verbis*:

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

No que se refere aos danos emergentes (*damnum emergens*), estabelece o artigo 949 do Código Civil brasileiro, *in verbis*: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”. Assim, colocando o dever de reparar “algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” a legislação regulamenta a disposição de compensação de qualquer prejuízo sofrido pela vítima em decorrência do erro médico. No artigo 948, do mesmo Código Civil 2002 aponta, para outras despesas, que devem ser pagas, sem que haja exclusão de outras reparações, quando for caso de morte, decorrente de erro médico. Entre elas o pagamento das despesas do funeral e o luto da família, do

³⁴ Apud Humberto Theodoro Júnior. Responsabilidade Civil. Doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p. 68.

seu tratamento. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. Quando houver morte do paciente, decorrente de erro médico, todas as despesas com tratamento da vítima, despesas com o funeral e o luto com a família deverão ser pagas pelo causador do dano. (No art. 944, está disposto que: “a indenização será medida pela extensão do dano. E no parágrafo único, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir eqüitativamente a indenização.”). No art.955 (“Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”), ambos do nosso Código Civil de 2002. Sobre isso nos diz Miguel Kfourri Neto:

“Tradicionalmente, tem-se a culpa, levíssima, leve e grave. Poderá o juiz, agora, reduzir eqüitativamente a indenização, mediante a aferição do grau de culpa, cuja gravidade influenciará a quantificação em cotejo com a extensão do prejuízo”.³⁵ (Graus da Culpa e Redução)

Determinações legais e específicas direcionam para os danos emergentes (que fazem parte dos danos materiais), incluindo-se aí as despesas médicas hospitalares, constituindo-se numa avaliação numérica, no terreno contábil, dos gastos efetivamente realizados, bem como comprovação de outros valores que sejam necessários ressarcirem, em virtude da lesão causada ao paciente em caso de erro médico. Outros valores podem ser aferidos quando devidamente comprovados, a exemplo de gastos com viagens, transporte, honorários de outros profissionais, medicamentos e aparelhos ortopédicos. O prejuízo patrimonial, no caso de danos emergentes consiste, pois numa composição de cifras através da competente documentação, permitindo a adequada determinação pecuniária do mesmo, inclusive há previsão de atualização dos valores a serem pagos ao autor da ação pelo responsável na sentença pelos danos materiais por este sofridos.

Os lucros cessantes – *lucrum cessans* – que representam outra perda patrimonial experimentada pela vítima de erro médico. Também como lucros

³⁵ Eqüitativa da Indenização. REVISTA DE DIREITO MÉDICO E DA SAÚDE. (APEDIMES - Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde, Editora Livro Rápido, Recife – Pernambuco, v. 1, n.1, Janeiro, p.45, 2005).

cessantes podem se caracterizar “o luto da família”, previsto no art. 948, de nosso Código Civil vigente, citado no texto acima em seu inciso I, *in fine*, por abranger uma indenização ressarcimento - da diminuição de renda – prejuízo patrimonial – dos familiares pelo envolvimento com os acontecimentos trágicos decorrentes da morte da vítima de erro médico. Estes lucros cessantes (“o que razoavelmente deixou de lucrar”) devem ser calculados em todo o período em que o paciente permanecer afastado de suas atividades laborativas.

Assim como, vários outros dispositivos do nosso código civil tratam de diversos casos de indenização por erro médico. A exemplo dos arts.948,949,950,951.

“A ação de reparação de danos por responsabilidade civil será proposta em face do condenado, não podendo ser interposta contra seus herdeiros, uma vez que os mesmos não fizeram parte do processo penal que culminou com a respectiva condenação. Caso o condenado venha a morrer, a ação não poderá ser de execução de sentença condenatória, deverá a vítima ajuizar ação de conhecimento (ordinária ou sumária) em face dos herdeiros ou representante legal, no caso de menor, limitando-se a execução do quinhão herdado”.³⁶

Em manifestação, Kifuri Neto sustenta:

“Dificuldades para definirem-se os pensionamentos. Citando como exemplo para facilitar a compreensão, um caso interessante ocorrido em Curitiba. Uma menina de oito anos de idade estava com crises convulsivas, tendo sido levada pela mãe ao hospital. Foi atendida por pediatra e por um neurologista. Prepararam-na para uma tomografia e aplicaram-lhe Diazepan, que a deixou meio tonta. Nisso, a mãe obedeceu ao pedido da enfermeira para que todas as visitas saíssem, pois as crianças iriam tomar banho. Enquanto a primeira enfermeira saiu para buscar o lençol, outra colocou a menina na água. Que estava fervendo! A paciente demorou a sentir dor porque se encontrava insensibilizada pelo efeito do remédio e acabou sofrendo queimaduras do terceiro grau, nos pés, nas pernas e nas nádegas.

Nesse tipo de caso, nem se discute a responsabilidade do hospital pelo ato do seu preposto.

Como se estabelece a responsabilidade de médico, hospital, clínica? Vou dar uma fórmula geral, usualmente aceita, a começar pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça. Caso que posso citar aos srs. o ministro Rui Gonzales de Aguiar Júnior, que foi desembargador do Rio Grande do Sul. É uma fórmula lógica: se o paciente procura o hospital e o hospital coloca à disposição do paciente o médico, vinculam-se hospital e médico. Se houver um dano decorrente daquele atendimento dispensado pelo médico àquele paciente, o hospital será responsável solidário. Segundo: se o cliente procura o médico e este o leva para o hospital para atendimento, sem nenhuma espécie de vínculo e apenas fornecendo ao paciente os serviços de hotelaria, se não

³⁶ RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA. Rio de Janeiro: América Jurídica, p.117, 2003.

houver intervenção de nenhuma espécie do pessoal auxiliar do estabelecimento usando algum equipamento colocado à disposição, é o médico quem responde ao dano, se tiver sido provocado pelo equipamento. Essa posição tem encontrado alguma resistência. Terceiro: se o dano é causado por prepostos do hospital ou se o médico guarda alguma relação de preposição com o hospital, vínculo de subordinação há acórdãos que entendem, pela existência dessa subordinação, que hospital e médico estão no pólo passivo da demanda indenizatória. Os tribunais têm sido rigorosos, mesmo com aquele corpo clínico que se submetem as determinadas imposições, normas, ou espécie de regimento interno.

A questão da clínica é meio complicada. Por exemplo, três médicos, ginecologistas e obstetras, montam uma clínica. Cada um tem consultório, secretária, sala de exames, instrumental, prestando serviços a planos de saúde e, eventualmente, a hospitais, que exigem que os recibos sejam emitidos por uma pessoa jurídica, justamente para afastar a questão de vínculo empregatício.

Quando uma paciente dessa clínica é atendida no local ou levada pelo médico para atendimento no hospital, é evidente que a clínica e os outros dois sócios não têm, absolutamente, vinculação com aquele atendimento. “Não há por que a pessoa jurídica responder: cada médico deve responder individualmente por sua eventual imperícia, imprudência ou negligência”.

Denúnciação da lide

Surge, então, outro problema, a tal da denúnciação da lide. A lide é subsidiária: o paciente demanda em face do médico e em face do hospital, que se defende, dizendo que a culpa foi do médico, pedindo ao juiz que resolva a questão. O que eu ainda não disse é que o hospital, provada a culpa de seu preposto, seja enfermeiro, atendente, auxiliar ou médico, pode mais tarde se voltar contra o seu preposto, ou seja, cobrar dele aquilo que foi condenado a pagar.

Voltando ao caso da denúnciação, o paciente não tem nada a ver com a lide subsidiária que se estabelece entre o hospital e o médico. Só quer a reparação do dano, em relação ao hospital. Mas, muitas vezes, há decisões que entendem que a responsabilidade do médico é subjetiva, enquanto que a do hospital é objetiva e que, portanto, não poderia haver essa denúnciação. Seria indevida e incabível, pois se misturariam as aferições da responsabilidade. O objetivo do hospital e o subjetivo do médico. Não daria para baralhar essas condutas, visando à apuração da eventual responsabilidade.

Não tenham dúvidas: se ficar provado que o médico ou algum preposto do hospital agiu culposamente, o estabelecimento tem o direito de regressar contra esse seu preposto que agiu culposamente. Em linhas gerais, essa é a responsabilidade. Naquele caso da menininha, é claro que os pais dela nem mencionaram os médicos, porque estes, a bem da verdade, não tiveram participação alguma: medicaram e estavam à espera da tomografia. Quer dizer, quem agiu culposamente foram às enfermeiras, que são prepostas do hospital, empregadas, têm vínculo empregatício com o hospital.

O que nos interessa aqui é o dano. Qual foi a quantificação nesse caso?

Essa menina teve necessidade de grandes enxertos, primeiro o debridamento das células mortas, aproximadamente oito anestésias gerais e os pés ficaram comprometidos de tal forma, que ela não nunca mais poderá andar normalmente.

Terá que usar sapato dois números maior. Conforme o advogado colocou na petição, essas lesões estéticas impediriam a mocinha de ser manequim ou

modelo. Só que pelo seu nível social – e o juiz disse isso na sentença – o normal seria exercer a função de caixa de supermercado, enfim, alguma outra posição mais humilde.

Na época, os pais pediram quinhentos milhões de cruzeiros pelos danos estéticos; uma pensão vitalícia para a menina correspondente a um salário mínimo a partir dos 14 anos e outra, para a mãe cuidar da filha, no valor de cinco salários mínimos, pois jamais poderia exercer outra função laborativa. O juiz determina verbas separadas sobre o dano estético e o dano moral. Apesar de o dano estético ser espécie de dano moral, é uma espécie diferenciada, única. O dano estético é aquele que se manifesta de fora para dentro. E o dano moral, de dentro para fora. Intimamente, sinto a humilhação, o constrangimento, a dor, a dúvida, a incerteza e o desassossego. São sentimentos íntimos da minha personalidade. Por outro lado, o dano estético tem a ver com a minha relação com as demais pessoas. O juiz estabeleceu um salário mínimo até a menina completar 25 anos, pelo fato de ela ter ficado prejudicada, estar sempre em tratamento e não poder trabalhar; meio salário mínimo para a mãe, desde a data do fato até a filha completar 14 anos. O dano estético e dano moral seriam remetidos à liquidação de sentença. Houve apelação do hospital e o tribunal manteve essa fixação. No dia cinco de setembro de 2001, sobreveio um acordo entre o hospital e os pais da vítima, e o estabelecimento concordou em pagar R\$ 200 mil, R\$ 100 mil pelo dano estético e R\$ 100 mil pelos danos morais. O hospital se obrigou a assistência médica, psicológica e de fisioterapia enquanto a paciente necessitar, transporte para tratamento e internamento em quarto particular, se necessário. Evitou-se que o juiz, nessa demanda de liquidação, nomeasse agora um perito para averiguar quais foram os danos estéticos e suas irreparabilidades e fixasse a indenização.

Um outro caso bastante comentado, que corresponde à decisão do Superior Tribunal de Justiça, de julgar a Unimed responsável solidária por um determinado erro médico. Foi um parto cesariano em que foi esquecida gaze no ventre da paciente. Essa gaze apodreceu e foi retirada juntamente com parte do intestino, que também havia sido perfurado e acometido por uma infecção. Foi necessário fazer um desvio da massa fecal, exteriorizar esse tubo digestivo. Moral da história: o advogado pediu um milhão de dólares por danos morais, talvez influenciados por essas notícias todas dessas demandas indenizatórias nos Estados Unidos.

O juiz pediu pensão de cinco salários mínimos e indenização de cem salários mínimos para cobrir o atendimento médico; duzentos salários mínimos, pelo dano moral; 140 salários mínimos, pelos danos físicos e 140, pela incapacidade temporária. Somando-se, daria um total próximo a R\$ 90 mil. O Tribunal de Minas Gerais manteve a condenação, e o STJ também não mexeu nesse valor. O STJ tem entendido que a quantificação do dano é matéria de Direito. Pode alterar depois apenas se entender exorbitante ou ínfimo o dano moral arbitrado pelo juiz. Não se pode esquecer que, para que haja recurso especial, obrigatoriamente, há que se exaurirem as instâncias recursais inferiores até chegar a Brasília.

De modo geral, os Tribunais, principalmente os Tribunais do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro e, às vezes, de Minas, exacerbam um pouco. O Maranhão, por outro lado, tem fixado valores altamente expressivos, vultuosíssimos em matéria de dano moral.

Outro caso que eu mesmo julguei foi o da hérnia discal. Foi uma cirurgia de hérnia de disco, a laminectomia, que foi um êxito, sem problema algum. Só que, no pós-operatório imediato, o paciente se queixava de dores na ferida cirúrgica.

Então o médico, muito bom, fez um tratamento conservador: antibioticoterapia e fisioterapia. Cerca de 30 dias após a cirurgia e já com onze sessões de

fisioterapia e VHS sem alteração, nosso preclaro médico de Maringá não suspeitou de infecção. Não havia ciatalgia. Não suportando as dores da ferida, o paciente veio para SP e foi operado.

No olho clínico, o médico de São Paulo determinou que era infecção. Abriu e fez artrodese L4 e L5. O rapaz, que era mecânico de caminhões de corrida, quando voltou à Maringá pediu, à guisa de danos morais, mil salários mínimos; pensionamento, de US\$ 5 mil pela redução da capacidade laborativa, fora o que ele gastou na cirurgia. Entendi que houve certo açodamento por parte dele, porque o perito disse que a conduta do médico foi correta: poderia adotar uma conduta invasiva ou fazer essa conduta conservadora como antibioticoterapia.

Outra coisa: para fazer essa artrodese o ortopedista aqui de São Paulo extraiu um pedaço de osso da bacia e soldou as duas vértebras. Mas, conforme coloquei na sentença, se estava infeccionado, como poderia colocar um pedaço de osso? Nesse contexto, julguei improcedente a demanda. Mesmo em relação ao hospital, porque o advogado demandou em face do hospital, invocando culpa e não responsabilidade objetiva pela infecção. Nossos tribunais têm sido rigorosíssimos com infecção hospitalar, excluindo a responsabilidade do hospital apenas se a infecção é preexistente ou endógena.

Isentei de responsabilidade o hospital, pois a culpa não ficou provada. Este ano foi julgado o recurso, e a alçada entendeu que a sentença tem razão: o médico não agiu com imperícia, imprudência ou negligência. Mas como a infecção existia e não foram diagnosticados em tempo, 300 salários mínimos por danos morais. A operação não teve que ser paga, pois não se mostrou necessária. E também não houve imperícia, imprudência ou negligência do médico.

Primeiro, a questão da perda de uma oportunidade. Vou dar um exemplo ocorrido na França e, depois, falarei sobre como vem acontecendo em nossos tribunais.

Uma corte francesa foi a primeira a aplicar de maneira clara a teoria da perda de uma oportunidade, da responsabilidade médica. Uma pessoa, com dores no punho passou por uma radiografia, mas o médico não observou no exame nada de anormal. Sete anos mais tarde, ao erguer um peso, o paciente sentiu fortes dores e moveu uma ação contra o médico.

Examinando as primeiras radiografias, o perito constatou que o punho estava fraturado, fato não percebido pelo primeiro médico. Concluiu, porém, pela ausência de nexo de causalidade entre o erro inicial já consolidado e o prejuízo final. A lesão haveria de ser atribuída menos ao erro diagnóstico e eventual falta de tratamento do que ao resultado de um novo acidente. Ou seja, não se tinha certeza de que, se o médico tivesse visto a fratura, não teria acontecido o acidente depois do peso que o cidadão acabou levantando. A corte deferiu reparação parcial ao paciente, com fundamento na perda de uma oportunidade pela não aplicação da terapia devida, naquela primeira vez.

Aqui no Brasil: em fevereiro de 1993, no Rio Grande do Sul, o médico concedeu alta ao paciente, atendendo aos insistentes pedidos, apesar do estado febril que não recomendara a liberação. Comunicado posteriormente do agravamento do quadro, prescreveu sem ver o doente. O Tribunal de Justiça daquele Estado, através do desembargador Araquém de Assis, que é mérito jurista, concluiu: o retardamento dos cuidados, se não provocou a doença fatal, tirou do paciente razoável oportunidade de sobreviver. A vítima também contribuiu na extensão do dano, insistindo na alta. Mas, ao motivar o julgado, o desembargador afirmou que ele, ao liberar o paciente e, conseqüentemente, retardar-lhe o ingresso na instituição hospitalar, fê-lo perder razoável oportunidade de sobreviver. O problema aí é quantificar.

Outro caso recente julgado em Curitiba: um cidadão, com fratura exposta do fêmur deu entrada em um hospital de Curitiba domingo à tarde, e só foi operado às 18 horas do outro dia. Logo após a cirurgia, sofreu uma embolia gordurosa e morreu. Na petição inicial, o advogado alegou, com base em alguma literatura médica, que o retardamento, nessa situação de fratura exposta de osso grande do corpo, aumenta a possibilidade de embolia gordurosa. Como o retardamento hospital se fez em função de pagamento – deixar um cheque de caução, ou coisa parecida – o tribunal acabou entendendo que essa embolia gordurosa foi uma infelicidade que poderia acontecer em qualquer cirurgia. Não se comprovou que o retardamento, efetivamente, tivesse redundado no dano. Outro juiz conhecido na alçada acabou aplicando a teoria da perda de uma oportunidade, dizendo que o retardamento comprometeu uma oportunidade de sobrevivência da vítima”.³⁷

³⁷ KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico** - 5 ed.rev. e atual. À luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

9. EXCLUSÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Exoneram o médico, da responsabilização pelos danos ao paciente, em sede de responsabilidade civil, a força maior ou o caso fortuito. No caso fortuito, as ocorrências são extraordinárias, excepcionais, alheias à vontade do profissional, há uma inevitabilidade, imprevisibilidade. Assim como na força maior não se cogita de agir culposamente por parte do profissional. Não havendo atuação culposa, já que o dano ao paciente foi decorrente de força maior ou caso fortuito, há exoneração da responsabilidade civil do médico, perante os Tribunais. A força maior tem por característica ser um acontecimento não pertencente à relação médico-paciente. Mesmo que identificada e previsível, a força maior se caracteriza por não ser evitável pelo agir do homem. Mesmo que assim deseje o ser humano não consegue impedir nem que ocorra, nem as suas conseqüências.

Já o caso fortuito é inerente ao agir humano, na relação médico-paciente, decorre desta relação (é intrínseco a esta relação). Não é previsível, é inesperado, logo, não pode ser evitado. Assim, independe a sua ocorrência tanto dos profissionais de saúde, como do paciente.

Também, a culpa exclusiva do paciente por um dano que tiver sofrido, exonera o médico da responsabilização civil pelo prejuízo que deste tenha advindo. Decorre de um princípio lógico de que ninguém poderá ser responsabilizado por atos que não cometeu ou para os quais não concorreu. No caso de haver culpa da vítima, paralelamente à culpa concorrente do agente causador do dano, se houver algo a indenizar, cumpre ao julgador determinar a divisão da indenização, impondo ao agente causador do dano o ônus de reparar a metade do prejuízo, deixando que à vítima arque com a outra metade. "Tendo havido concorrência de culpa a responsabilidade também reparte" (RT, 221/220).³⁸

Portanto, se o fato foi provocado por força maior ou caso fortuito a responsabilidade do agente passa a não existir. O nosso Código Civil vigente, em seu

³⁸ Cf. no mesmo sentido: RF, 102/575 e 109/672; RT, 156/163, 162/172, 163/669 e 222/187.

art. 1058 diz que: "o caso fortuito, ou de força maior, verifica-se nos fatos necessários, cujos efeitos não eram possíveis evitar", ou seja, tem que haver evidente necessidade da ocorrência sem que houvesse qualquer previsão anterior para isto e, portanto, nenhuma culpa do agente. Este último, em embargos, confirma decisão majoritária (RT, 216/308), que reduziu pela metade indenização, em vista da culpa concorrente da vítima. Inserido, no caso ora em questão, a inevitabilidade do evento e a ausência de culpa do suposto lesante o que o isenta da responsabilidade.

Arnold Medeiros Fonseca³⁹ destaca que é inútil à distinção entre caso fortuito e força maior, posto que essas expressões sejam sinônimas, conforme explicitamos, quando expusermos a teoria da imprevisão, que hoje, é consagrada implícita nos contratos, quando houver circunstâncias imprevisíveis, que possam alterar ou rescindir a relação contratual, porque se tais circunstâncias pudessem ser previstas, seriam pactuadas de forma diferente. Por isso a realização dos contratos deve ser baseada na equidade e boa fé objetiva, não sendo possível uma contratação para prejudicar qualquer das partes, ou seja, não se contrata para perder ou levar desvantagem.

³⁹ MEDEIROS DA FONSECA, Arnoldo. Verbete: Dano Moral. In: Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. J. M. Carvalho Santos e José de Aguiar Dias (orgs.). Vol. XIV Rio de Janeiro: Borsoi, pp. 242-248.

CONCLUSÃO

A medicina por ser uma profissão necessária para atender as necessidades sociais, apresenta grandes dificuldades no seu exercício sob ponto de vista legal, porque requer daqueles que atuam nessa área maior responsabilidade por operar diretamente com a vida e a saúde do ser humano.

Possuir um diploma médico, não autoriza o agir indiscriminadamente no trato como o paciente. O risco próprio do exercício médico deve ser previsto, porém o dano ao paciente deve ser sempre evitado. O profissional médico deve estar atento e preocupado em prestar o atendimento ao paciente sempre dentro de uma conduta ética profissional e técnica, demonstrando conhecimento e habilidades compatíveis com sua formação profissional zelando sempre pelo bom desempenho que a profissão exige e pela preservação da vida de seu paciente.

O médico é um ser humano, e por isso passível de incorrer a erros, os quais não se podem eliminar efetivamente, por ser este inerente a condição humana. Mas, o profissional pode e deve evitá-lo, agindo sempre com diligência e de maneira prudente. Não deve jamais tentar fazer procedimentos não compatíveis com a medicina a não ser em casos extremos de necessidade para salvar a vida do paciente, verificando sempre que o procedimento adotado vai realizar um resultado eficaz, que é salvar a vida. Experiências que possa ameaçar o estado do paciente jamais devem ser empregadas, sua responsabilidade por esse fato constitui um abuso de poder.

Ao médico é devido o sigilo de informações obtidas do paciente, não deve jamais expor seus pacientes divulgando qualquer dado que não seja por este autorizado. Mas, em alguns casos a jurisprudência admite a sua violação se referindo a casos específicos como de acidentes de trânsito, passíveis de indenização, autorizando ao hospital fornecer dados a seguradora do estado do paciente para pagamento de indenização, ou de pagamento das despesas hospitalares.

O erro médico ou erro técnico aparece, então, como consequência de uma série de fatores, entre os quais se ressaltam os causados pela personalidade de quem exerce a medicina, sendo, portanto, de caráter subjetivo; os derivados de má formação

profissional (pessoal ou escolar); os provenientes do sistema ou modelo de saúde vigente; e, por fim, aquele produzido pelo meio social em que o médico atua.

Hoje o médico atua dentro de uma determinada especialidade deixando de atender às patologias das quais tem apenas conhecimento de uma forma geral. O médico se aprimora numa determinada especialidade na área da medicina e essa formação em muitos casos é inadequada por sua especificidade no trato com as enfermidades, gerando procedimentos ineficazes, e erros no diagnóstico de patologias por não se tratar de sua especialidade e, em consequência pode ser responsabilizado. Esses fatores fazem com que haja enganos no exercício de suas atividade dentro dos hospitais, e clínicas, principalmente naqueles hospitais em que há o atendimento de urgência, onde o médico tem que atender pacientes independentemente desta ser a sua especialidade, ou seja, deve atender qualquer paciente. Por isso deve possuir um conhecimento abrangente, porque as consequências, pelo não atendimento a esses requisitos, são em muitos casos desastrosos. O médico que é mal preparado pode fazer um mau atendimento e conseqüentemente pode incorrer em erro médico. Outros fatores podem ser apontados e contribuem para a má atuação do profissional da medicina, trata-se das péssimas condições de trabalho em que atuam a maioria das unidades hospitalares compostas de deficiências, carência de meios indispensáveis no tratamento das pessoas, (ambulatórios sem remédios disponíveis, as emergências superlotadas, faltam atendentes auxiliares, baixos salários, ou seja, a remuneração paga aos profissionais, que tanto se empenha em dar o bom atendimento com a finalidade de dar alívio às dores e salva vidas. Fatos estes que não atende as exigências pessoais do médico levados a realizar escalas em vários hospitais para manter um padrão social condizente com status da profissão, contribuindo para desmotivação da categoria por não oferecer garantias da mínima condições de trabalho e que no exercício da sua profissão realize um atendimento eficaz ao seu paciente. E é nesse contexto perverso de trabalho, que se faz entender o que vem acontecendo no exercício da medicina, onde se multiplicam os danos e as vítimas, e onde é fácil culpar os médicos. Cabe me a culpa universal.

A prática médica quando se tratar de imputar a responsabilidade médica, civil, criminal ou deontológica são as circunstanciais, acerca de reparação do dano por ato lesivo ao paciente e para que haja uma punição penal. Sempre buscando preservar a liberdade da profissão, para que os médicos não sejam impedidos de tomar decisões e desenvolver procedimentos cabíveis por medo ou pressão externas. Reprimir o médico que agiu dentro de um procedimento legal exigido pela medicina impossibilita a atuação da medicina, por temor de sofrer sanções.

Grande parte dos processos encaminhada à justiça, na sua maioria não procede no que se refere à insatisfação pelo resultado apresentado pelo médico ou que evidentemente, por não ser um ser capaz de tudo, um “Deus”, não podendo fazer mais do que está dentro de suas possibilidades, dentro de uma previsão de conduta médica compatível. Ao médico cabe realizar a sua atividade obedecendo à boa ética médica informando adequadamente o seu paciente como se dará o tratamento a ser realizado. Esse procedimento evitará qualquer problema de relacionamento, que deixe seu cliente desapontado. Se proceder à forma antiética, por conduta não compatível com a profissão, agindo de maneira grosseira ou desrespeitosa com o paciente vai ter que responder pela sua conduta. Os tribunais apreciam essa matéria com prudência por apresentar uma questão técnica passíveis de dúvidas e discussões. O fato é: não existem soluções prontas para atender os interesses de todos, deve-se analisar o caso concreto. Deve-se também estar atentos e discutir amplamente a questão, para que fatos de ocorrência de erros sejam analisados conscientemente, dentro da legalidade e de forma ética por parte dos operadores do direito. E não se tornem abusivos por parte dos médicos agirem sem observar tanto a ética como procedimentos técnicos, por acharem que a profissão lhe protege ou por ser determinada por ações humanas, passíveis de erros. Assim como não dar margem a estimular pedidos de indenizações milionárias, que tragam intranquilidade para aqueles que se propõe a realizar um trabalho tão relevante à vida humana, que não é o de somente de salvar vidas, mais dar alívio às dores do corpo e da alma.

Em suma, o médico é passível de incorrer em erro causando dano ou prejuízo ao seu paciente, seja por culpa ou por dolo. Se o dano ou prejuízo ocorrer, deverá ser averiguado e o médico deverá responder pelo feito de acordo com a sua conduta,

devendo esta ser comprovada. Se houve negligência, imprudência ou imperícia médica, se o médico não procedeu dentro das normas práticas previstas no código de ética médica, assim como a previsão legal vigente, da constituição ou normas penais, caberá ao interessado ingressar com uma ação que satisfaça o seu prejuízo se moral ou material, e o médico responderá por estes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 718, 1995.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os Contratos de Prestação de Serviço Médico no Direito Civil Português. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 16, p. 5-21, out/dez, 1995.

BAUAB, José Doménico. Ação do médico e a sua responsabilidade em consulta, tratamento, operação, internação e manutenção do paciente em hospital. *In:* (Coord). **Responsabilidade civil, médica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito das Obrigações**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BLOISE, Walter. **A Responsabilidade Civil e o Dano Médico** - Legislação, Jurisprudência, Seguros e o Dano Médico. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CARVALHO, Orlando **A teoria geral da teoria jurídica seu sentido e seu limite**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CASILLO, João. **Dano à Pessoa e sua indenização**. 2. ed.rev. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias- Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico** - À Luz da Jurisprudência Comentada. Curitiba: Juruá, 1998.

GOMES, Orlando. **Obrigações**, Rio de Janeiro: Forense, 1961.

JUNIOR, Theodoro Humberto, **Temas de direito médico**, Coordenadores: Lana, Roberto Lauro; Figueiredo, Antonio Macena de Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, p.54-55, 2005. Complementos da pesquisa: em site jurídicos de alguns textos como ex: a Jurisprudência citada acima por Kfoury Neto. Centro de Bioética.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das Obrigações**. Brasília: Jurídica, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, v. 1-2, 1957

Responsabilidade Civil do Médico. 3.ed. São Paulo: RT, 1998.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**-5 ed.rev. e atual. À luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CAHALI, Yussef Saad. **Responsabilidade civil do médico**. *In* (Coord). Responsabilidade civil. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Erro médico** – responsabilidade civil do médico por [s.l.].1960.

Responsabilidade Civil do Médico. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1998.

PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti **Manual do Código civil**, Direito das Obrigações. 3.ed.,1 Rio de Janeiro : Jacinto Ribeiro dos Santos, v. 16, 1927

OLIVEIRA, Edmundo, 1951-**Deontologia, erro médico e direito penal**/ Edmundo-Rio de Janeiro; Forense, 1998.

PANASCO, Wanderley Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Da responsabilidade médica**. ADV Seleções Jurídicas, São Paulo, v 2 p. 5-10, jun. 1994.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco.3.ed.Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **A AIDS Sob a Perspectiva da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.674, p. 55-62, dez. 1991.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Forense, v.1, 1997.