

UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ

VICTORYA OLIVEIRA MACHADO

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E HOSPITALAR EM
CONJUNTO COM A VULNERABILIDADE DA ATIVIDADE
PROFISSIONAL**

CURITIBA

2018

VICTORYA OLIVEIRA MACHADO

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E HOSPITALAR EM
CONJUNTO COM A VULNERABILIDADE DA ATIVIDADE
PROFISSIONAL**

Projeto de Pesquisa apresentado ao Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr.: Clayton Reis

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO
VICTORYA OLIVEIRA MACHADO

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E HOSPITALAR EM
CONJUNTO COM A VULNERABILIDADE DA ATIVIDADE
PROFISSIONAL

Esta monografia foi julgada e aprovada para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná.

Prof. Dr. PhD. Eduardo de Oliveira Leite
Coordenador do Núcleo de Monografia Universidade Tuiuti do Paraná

Orientador Prof. Dr. Clayton Reis.
Universidade Tuiuti do Paraná Curso de Direito

Prof.
Universidade Tuiuti do Paraná Curso de Direito

Prof.
Universidade Tuiuti do Paraná Curso de Direito

Curitiba ____ de _____ de 2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por ter me concedido paciência e perseverança para chegar até aqui. Em segundo lugar, agradeço aos meus pais: Meire Regina e Flávio Wagner, meus médicos favoritos por quem tenho tanta admiração e tomo como exemplo de vida para todas as circunstâncias. Agradeço também aos meus colegas de turma, em especial a minhas amigas Thais Valéria e Suellen Moraes, por estarem ao meu lado ao longo desses cinco anos. Ao meu orientador, o professor Clayton Reis, de quem sinto muita honra em poder trazer em meu currículo acadêmico e profissional seus ensinamentos, devo agradecer também pela paciência em me orientar. Agradeço ainda, ao meu namorado Oscar Junior, vulgo “Tesouro”, por estar ao meu lado durante toda essa trajetória, me incentivando, acreditando e me dando forças para me aprofundar cada vez mais nos estudos. Por fim, agradeço a todos aqueles que me incentivaram e me apoiaram a seguir a carreira jurídica, e aos amigos que fiz ao longo desses cinco anos.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o Erro Médico inserido no contexto da Responsabilidade Civil, além de promover um novo enfoque sobre o tema ora desenvolvido: casos em que os médicos, e não só os pacientes, se mostram totalmente vulneráveis quando do exercício de sua atividade profissional, dada a subjetividade e imprevisibilidade inerentes ao organismo humano e, também, a impossibilidade de a ciência fornecer todas as respostas para os males que nos acometem. Para o desenvolvimento desta pesquisa, imprescindível, pois, a análise de casos concretos nos quais se mostra evidente a vulnerabilidade dos profissionais da saúde, bem como a forma com que o Poder Judiciário vem se posicionando ao apreciar problemáticas dessa natureza, vez que só a análise tópica, levando em conta as particularidades de cada caso, é capaz de elucidar a questão ora suscitada.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, médico, vulneráveis, imprevisibilidade, Poder Judiciário.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO MÉDICO	7
2.1	ANTIGA GRÉCIA	8
2.2	ANTIGA ROMA	8
2.3	NA IDADE MÉDIA	10
2.4	NA ATUALIDADE	10
3	OBRIGAÇÕES DO MÉDICO	12
3.1	OBRIGAÇÃO DE MEIO/RESULTADO	13
3.2	TEORIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO	15
3.3	A RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE	16
3.4	O ERRO MÉDICO	19
4	FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	22
4.1	DANO	22
4.2	CULPA	23
4.3	NEXO CAUSAL	24
4.4	A PERDA NO ERRO MÉDICO	25
5	OS DANOS DECORRENTES DO ERRO MÉDICO	27
5.1	A TEORIA DA <i>RES IPSA LOQUITUR</i>	27
5.2	DANO DECORRENTE DA CULPA	28
5.3	DANOS PRESENTES E FUTUROS	30
6	A LIQUIDAÇÃO DOS DANOS	31
6.1	PENSÃO POR DANO MORTE	32
6.2	DANO MORAL	33
6.3	POSTURA DOS TRIBUNAIS	35
7	CONCLUSÃO	38
	REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência que deve ser contemporânea à sociedade na qual se insere, de modo a acompanhar as modificações sociais sob pena de tornar-se ineficaz e inapto a reger as relações que se dão entre os sujeitos que compõem determinada sociedade. Devido ao progresso científico ocorrido nas últimas décadas, e ao considerável avanço que se deu na área da Medicina, proporcionalmente, foram aumentados os riscos e as possibilidades de incidência do chamado “erro médico” – questão que adquire extrema importância na vida em sociedade, isso porque, de um lado, temos a lesão causada à vida e à saúde do paciente – bens, em tese, invioláveis; e de outro, um profissional, humano, sujeito a errar, ainda que tenha tomado todas as providências que estiveram ao seu alcance no desempenho de sua atividade. Sendo a vida, o principal bem jurídico tutelado pela nossa Carta Magna, e estando a atividade médica estritamente ligada a este bem – mais precisamente à saúde, já que dela dependem a nossa qualidade e expectativa de vida –, de extrema relevância é a análise da responsabilidade civil do médico face a possíveis erros que possam ocorrer durante o exercício de sua profissão, erros esses, que podem causar danos fatais e irreparáveis à vida do paciente e, conseqüentemente, a responsabilização daquele que os deu causa.

Com efeito, conscientes das demandas indenizatórias que poderão vir a sofrer, os médicos, não raro, acabam temerosos ao exercer a sua atividade profissional. Para esse comportamento defensivo, soma-se o fato de, atualmente, as relações firmadas entre médicos e pacientes serem regidas pelo Código de Defesa do Consumidor – legislação protetiva à pessoa do paciente, porquanto enquadrado como consumidor – vulnerável e hipossuficiente por essência. Desta feita, o presente artigo se propõe a analisar a problemática do erro médico – quando considerado para fins de responsabilidade civil – sob outro enfoque, que não o tradicional: casos em que o médico, e não só o paciente, será igualmente vulnerável frente aos obstáculos que a subjetividade e a imprevisibilidade, inerentes ao organismo humano são capazes de criar. Importante salientar, que esta monografia não tem por objetivo o exaurimento do tema abordado, mas, unicamente, pretende contribuir para a análise das questões ora suscitadas sob uma ótica que não a usualmente empregada.

2 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO MÉDICO

Dores e doenças nos acompanham desde que o homem existe, por isso, desde os primeiros momentos racionais como método de autodefesa, tratou o homem de combater esses males com os meios necessários. “Em sua fase mais antiga, o médico não era considerado um especialista em determinada matéria, mas sim um mago ou sacerdote, (...)”¹. Isso quer dizer que as primeiras atividades do homem como médico, não eram destinadas ao estudo das patologias, e sim para a cura dos sintomas. O empirismo predominou por milênios e só eram denominados assim quando mostravam esperteza no assunto, como quando receitavam alguma erva para dores de cabeça ou imobilizações para solidificar ossos fraturados, só então recebiam o qualificativo de taumaturgo.

Com o passar dos anos, as crenças derivavam da absoluta ignorância e de total inconsciência e inércia do modo pelo qual o corpo humano reagiria diante daqueles procedimentos de cura. Portanto, cada vez mais a medicina se transformava em ciência, e com isso também aumentava o rigor científico nas avaliações do erro desses profissionais.

Como primeiro documento que trata do problema do erro médico, temos o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), lá também havia algumas normas a respeito da atividade profissional, onde estabeleciam compensações pelas operações difíceis que cabiam aos médicos. Nos artigos contidos neste Código, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão, caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito ou desafortunado. Essas sanções ocorriam quando o paciente morria ou sofria lesões por imperícia ou má prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse mal curado um escravo ou animal.

¹ NETO, Miguel Kfourri, *Responsabilidade Civil do Médico*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 37.

2.1 ANTIGA GRÉCIA

O estudo da medicina na Grécia antiga, deu-se em meados do século V a.C., tratava-se do *Corpus Hippocraticum*, uma construção aristotélica que permeava em elementos racionais e científicos, sem desmerecer os elementos deontológicos da arte de curar. A partir desses estudos científicos, surge a ideia de que a culpa médica não se presume apenas no fato de ele ter obtido ou não êxito no tratamento adotado pela sua conduta, mas que cada caso deveria ser analisado de maneira individual levando em conta que ainda que dois médicos tomassem a mesma conduta, poderiam obter resultados diferentes.

No entanto, com o passar dos séculos as coisas melhoraram. Surgiram universidades no século XIII, nas quais os estudantes recebiam uma láurea que representava o reconhecimento público, capacitando-os e dando preparação profissional para atender o público. Já no início do ano 1300, surgiram as organizações das corporações médicas, que se fortaleceram com o passar dos anos pela união e quantidade de membros, e então começaram a receber proteções legais para tal exercício.

Em 460 a. C, nasceu Hipócrates, autor do juramento até hoje repetido pelos graduados em medicina. Foi Hipócrates quem encerrou a fase da crença de que divindades eram quem cuidavam dos enfermos e entregou a arte de curar aos homens. A partir daí que começa a transformar a medicina em uma ciência mais racional e menos empírica, cuja síntese mais conhecida é o juramento citado.

A medicina hoje é considerada algo muito relevante, pois social e público é o interesse da coletividade pela saúde, direito esse consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 10/12/1948, e que integra as Castas Políticas das Nações Civilizadas.

2.2 ANTIGA ROMA

Foi o Direito Romano que mais influenciou o instituto da responsabilidade civil que conhecemos hoje. Em Roma, tutelados pelo Estado, teve início a substituição

gradativa da vingança privada pelas reparações e indenizações devidas a quem sofressem danos. A responsabilidade recebeu do Direito Romano princípios genéricos que estariam nas legislações modernas mais tarde. Antes, o que existia era a vingança privada de maneira primitiva que derivava da natureza humana. Após a vingança privada, surgiu o domínio jurídico, do qual o poder público passou a intervir nas relações. Em seguida, veio o pedido de ressarcimento a critério da vítima, ou até mesmo a entrega de um objeto. Por volta do ano 452 a. C., a lei das XII Tábuas começou a fixar para cada caso concreto, um valor da pena a ser paga pelo ofensor. Como consequência disso, estabeleceu-se a obrigação de reparar o dano, limitando-se ao dano e prejuízo causado pelo ofensor. Vale ressaltar que o modo de exercer a profissão não era muito diferente dos tempos de hoje, tendo em vista que os médicos recebiam os pacientes em seus consultórios, visitavam e davam conselhos, prescreviam medicamentos e praticavam suas intervenções cirúrgicas com o auxílio de seus assistentes.

Entretanto, com a *Lex Aquilia* de Damno, plebiscito posterior a Lei Hortensia, do século III a. C., surgiu de maneira mais definida o conceito de culpa, bem como fixaram-se algumas espécies de delitos que os médicos poderiam cometer, como o abandono do doente, a recusa à prestação de assistência, os erros derivados da imperícia e das experiências perigosas. Na *Lex Aquilia* surgem os primeiros esboços de responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou deportação do médico culpado pela falta de profissionalismo.

Foi somente com o advento do Império de Augusto, ano 27 a. C., que a ciência médica começou a ganhar prestígio profissional. Com o passar do tempo, a arte de curar recebeu maior consideração, se alcançando a dignidade da profissão, sendo, então, assistida uma elevação cultural e sanitária da medicina. O que tornou a medicina praticada à época, bem próxima da contemporânea.

Ao mesmo tempo, ocorre um importante avanço legislativo com a obra de Justiniano, conforme nos descreve Eduardo Dantas (2009, p.139), através do *Corpus Juris Civilis*:

[...] O Digesto é o livro que traz a matéria civil, e nele se indica a forma de valoração do prejuízo patrimonial (gastos médicos, diminuição de renda por conta de incapacidade temporária, gastos futuros, etc.) e extrapatrimonial (prejuízos psicológicos e a honra).

Prejuízos que eram valorados segundo a Lei Aquília, já que se considerava que o homem livre não tinha preço, ao contrário do escravo.

2.3 NA IDADE MÉDIA

Na Idade Média, as cirurgias eram procedimentos grosseiros, que exigiam dos pacientes a capacidade de suportar a extrema dor e dos médicos a capacidade de praticar a crueldade.

Os doutores tinham pouco entendimento da anatomia humana e menos ainda sabiam sobre técnicas de anestesia e assepsia. Muitas vezes, as infecções eram mais mortais que a doença em si. Para aliviar a dor, os pacientes eram submetidos a mais sofrimentos.

Durante muito tempo os médicos medievais eram, principalmente, monges que tinham acesso a melhor literatura médica da época. Entre os autores mais prestigiados, estavam os estudiosos árabes. Em 1215, o Papa proibiu os monges de praticar cirurgias.

Os religiosos, então, passaram a instruir fiéis, simplórios camponeses, para que eles mesmos pudessem operar. Fazendeiros que somente tinham experiência em castrar animais começaram a ser requisitados para todo tipo de intervenção: desde a extração de um dente até uma operação de catarata.

Essa medicina primitiva era uma combinação de saberes pagãos, crenças religiosas e uma pequena porção de ciência. Com a Europa ocidental sob total controle da igreja católica, os rituais pagãos eram criminalizados e sujeitos a punições.

2.4 NA ATUALIDADE

Nos últimos cem anos é difícil apontar um marco mais significativo para a humanidade na área das ciências médicas. Mas, pode-se dizer que ela tem três fases

decisivas: a invenção da penicilina, a invenção das vacinas, os transplantes e a previsão das doenças através do DNA.

A penicilina foi descoberta pelo médico e bacteriologista escocês Alexander Fleming, em 1928, na época da Segunda Guerra Mundial, e esta substância foi produzida em larga escala, por fermentação, salvando milhares de vidas. A penicilina tornou-se disponível para a população civil na década de 40: mesma época em que os três pesquisadores ganharam o prêmio Nobel de Medicina por suas descobertas, capazes de impedir a morte e complicações de doenças como pneumonia, sífilis, difteria, meningite, bronquite, dentre outras. Atualmente a penicilina é utilizada de forma menos frequente em razão de seu uso outrora indiscriminado.

A primeira vacina distribuída a nível mundial foi em 1956 contra a doença da varíola e teve ajuda da Organização Mundial de Saúde. Seu objetivo era erradicar totalmente a doença. Devemos lembrar que no século XVIII a varíola matava cerca de 400 mil pessoas por ano na Europa.

A história do transplante começa com as primeiras tentativas de transfusões de sangue no século XVII e com o aprimoramento das técnicas de sutura. O grande uso das transfusões durante a I Guerra Mundial (1914-1918) propiciou o surgimento dos bancos de sangue para armazenagem e foi um importante passo para os primeiros transplantes de órgãos iniciados no século XX. De lá pra cá, entre erros e acertos, atualmente o transplante se tornou a melhor terapia substitutiva para aquele órgão que não possui mais chances de se recuperar ou de funcionar normalmente.

3 OBRIGAÇÕES DO MÉDICO

Conforme os ensinamentos de Cavalieri Filho (2008, p. 369/370):

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

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade pessoal do médico será apurada mediante a verificação de culpa, ao passo que a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial será objetiva, assim como a responsabilidade do Estado. Não obstante, na responsabilidade pessoal do médico será admissível a inversão do ônus da prova, tendo em vista a hipossuficiência do consumidor, consoante o disposto no art. 6º, inciso VIII, do CDC.

A obrigação contraída é espécie do gênero obrigação de fazer, em regra infungível, que pressupõe atividade do devedor, energia de trabalho, material ou intelectual em favor do paciente. Implica diagnóstico, prognóstico e tratamento: examinar, prescrever, intervir e aconselhar. A prestação devida pelo médico é sua atividade cuidadosa, valendo-se dos conhecimentos científicos em busca da cura, logo é subdividida em obrigação de meio e de resultado.

Apesar de o Código Civil brasileiro colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não se considera uma responsabilidade médica de *ex contractu*. Atualmente, a relação reconhecida entre médico e paciente está disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, diploma legal introduzido pela Lei nº 8.078 de 11/09/1990, tem por sua finalidade maior a proteção de um grupo específico que são os consumidores, esse grupo é vulnerável se comparados ao outro polo da relação a qual fazem parte. Partindo desse ponto de vista, conjuntamente com a Constituição Federal de 1988, o consumidor, seja ele analisado de maneira individual ou coletiva,

passou a ter sua proteção constitucionalmente assegurada tanto como direito fundamental no art. 5º, XXXII², também como princípio de ordem econômica nacional contida no art. 170, V, da CF/88³, percebendo-se, assim, a origem de uma codificação protetiva destinada a esta classe específica.

3.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO/RESULTADO

As obrigações são catalogadas seu conteúdo em obrigações de meio e resultado, mas o que definiria uma obrigação como de meio ou de resultado?

Para Matielo⁴: “obrigações de meios é a que vincula o profissional à aplicação diligente de todos os recursos disponíveis para a melhor condução possível do caso clínico que será alvo de seus préstimos”.

A obrigação de meio obriga o profissional a agir em conformidade com a técnica e ética da sua ciência, e por ter feito um juramento, deve ele se comprometer a utilizar de todos os meios possíveis e necessários para lograr êxito, devendo ser zeloso e diligente. Como mencionamos acima, a tese trazida por Matielo (1998, p.53) revela que na relação que envolve obrigação de meios, o objeto do contrato é a atuação cautelosa e tecnicamente correta do médico, mantendo-se sempre dentro dos parâmetros apontados pela ciência.

Normalmente, o médico no desempenho de suas funções não tem comprometido um determinado resultado, mas apenas se exige que o tratamento seja conduzido com toda conduta, diligência e atenção necessárias para bom resultado. Somente haverá descumprimento nas obrigações de meio quando o profissional não

² Art. “5. CRFB/1988 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10.03 2018)

³ Art. 170. CRFB/1988 “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor;” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10.03 2018)

⁴ MATIELO, Frabricio Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, pág. 53.

adotar a conduta necessária e ocasionar um dano. E este deverá advir de um ato culposo em quaisquer de suas modalidades para gerar responsabilização e ressarcimento pelos danos causados. Portanto, não é incomum que a determinação do descumprimento de uma prestação venha a ser mais complexa, devido ao grau de indeterminação da própria prestação. Por tal razão, a análise terá que ser feita com base na diligência empregada pelo devedor – em função da natureza da obrigação – perquirindo se correspondeu ela as expectativas do credor em relação aos meios que aquele tinha em mãos.

Já a obrigação de resultado, como sua denominação está a indicar, é aquela em que se exige do sujeito à consecução de determinado fim à qual está subordinado o respectivo adimplemento.

A definição fornecida por Giostri⁵ diz que:

[...] de um modo geral, as obrigações de resultado têm como meta a obtenção de um resultado predeterminado e pactuado adremente, o que – se não efetivado – põe o devedor em responsabilidade, salvo que se prove a interferência de caso fortuito ou força maior.

Vale ressaltar então que em uma obrigação de resultado não são levadas em conta a conduta e a diligência do devedor, sendo esta uma das características marcantes que a diferencia da obrigação de resultado, o que é o caso dos cirurgiões plásticos. Diferentemente da obrigação de meio, em que o profissional deverá empregar todo o seu zelo e técnica para alcançar o objetivo final, Sempre que este não seja atingido, a obrigação pode ser considerada descumprida. Embora a obrigação seja de resultado, a responsabilidade do médico no caso de cirurgia meramente estética permanece sendo subjetiva, no entanto, com inversão do ônus da prova, cabendo ao médico comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios à sua atuação profissional. Trata-se, portanto, de responsabilidade subjetiva com culpa presumida. Não é caso de responsabilidade objetiva.

⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação*. 1ª Ed., 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, Pag 144.

3.2 TEORIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado constitui no direito que o paciente tem em participar de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar sua integridade física e mental, devendo ser alertado, pelo médico, dos riscos e benefícios das alternativas envolvidas, sendo manifestação do reconhecimento de que o ser humano é capaz de escolher o melhor para si sob o prisma da igualdade de direitos e oportunidades. Não se deve afastar o direito do paciente decidir, esclarecidamente, sobre os tratamentos a que se submeterá, principalmente considerando que poderão ocorrer consequências permanentes, mesmo com possibilidade de que a decisão compartilhada venha a ser pior do que a decisão puramente técnica, que também não está isenta de erros.

O médico, em função da obrigação oriunda da boa-fé, tem a necessidade de informar detalhadamente o submetido acerca do serviço que vai realizar como anestesia, tratamento pós-operatório, devendo informar, com a máxima clareza, pressuposto para aquisição do consentimento. Nesse sentido, prestar as informações na fase pré-contratual, nas relações médicas em exame (cirurgias dispensáveis), consiste no fornecimento de todos os riscos, o elenco de todas as iatrogênicas possíveis, decorrentes da operação, demonstrando as possibilidades de risco e benefícios que podem ocorrer da decisão que será tomada pelo paciente. A falta de informação adequada nas intervenções dispensáveis, por si só, é considerada dano passível para uma indenização moral. Por essa razão, surge, para as cirurgias dispensáveis, normalmente estéticas, o recrudescimento do dever de informar, já que se houver falta ou omissão de informação o paciente corre o risco de ser colocado em situação de risco desnecessário.

A simples ausência do termo de consentimento informado pode constituir lesão autônoma, por si só danosa e passível de indenização. Nesses casos, será verificado o nexo causal entre a omissão de informação e o dano, a fim de se estabelecer o dever de indenizar. No entanto, para poder requerer a indenização, faz-se necessário provar que a pessoa comum teria recusado o tratamento se tivesse recebido as informações sobre o procedimento. Entretanto, será negada a indenização se, com

as mesmas informações e nas mesmas circunstâncias, outra pessoa, de nível cultural igual ou inferior, compreendesse e aceitasse submeter-se à terapia.

Muito se preza pela maneira de como atribuir ao paciente que, em regra, não possui conhecimentos técnicos para identificar e avaliar o mal de que padece, portanto, é de se questionar se o paciente realmente deve ter o poder de decisão semelhante ao do médico. Tal questionamento acerca da capacidade do paciente em compreender a real extensão da sua decisão carece de validade, pois ignora a possibilidade de o paciente ser previamente informado e esclarecido sobre os fatores mais relevantes da situação de saúde em que se encontra. O respeito à autonomia requer tolerância com diferentes visões de mundo e Respeitar a autonomia é a expressão do reconhecimento que cabe ao paciente decidir sobre seu próprio corpo, segundo sua visão de vida fundada em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando divergentes dos dominantes na sociedade ou dos defendidos pelos médicos.

Outro ponto importante a ressaltar ocorre nos casos em que o paciente não recebe as informações necessárias do pós-operatório, quando há demora superior à imaginada pelo paciente devido à falta de informação suficiente antes do procedimento, acarretando prejuízo na profissão do submetido. Se tal informação não tivesse sido omitida do paciente, talvez ele deixasse a cirurgia para outro momento, nos casos em que não há risco iminente de morte. Na eventualidade do dano gerado pela imperícia do médico ao realizar o procedimento cirúrgico, a ausência do termo de consentimento informado não tem importância, pois o dano foi gerado por motivo diverso da falta de informação, podendo, talvez, agravar no valor indenizatório. O descumprimento do dever de informar ou a violação do dever de obter o consentimento informado do paciente, acarreta uma causa de dano por si só, pois o defeito na informação ou a falha desta pode ser considerado uma violação do princípio da boa-fé, gerando um dano (material ou moral) ao consumidor/paciente.

3.3 RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE

A qualificação da relação médico-paciente como relação de consumo tem sido reconhecida em nossa doutrina e jurisprudência majoritárias, muito embora a única

referência aos profissionais liberais no Código de Defesa do Consumidor se destine justamente a afastar a sistemática da responsabilidade objetiva, adotada pelo diploma, da disciplina jurídica dessas atividades: “Art. 14. [...] § 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Essa classe é amparada pelo Código de Defesa do consumidor, tendo por finalidade maior proteção de um grupo específico de sujeitos – consumidores – que são especialmente vulneráveis se comparados ao outro polo da relação a qual fazem parte. Partindo dessa premissa, com o advento da Constituição Federal de 1988, o consumidor, seja ele analisado sob uma ótica individual ou coletiva, passou a ter sua proteção constitucionalmente assegurada “tanto como direito fundamental no art. 5º, XXXII, como princípio de ordem econômica nacional no art. 170, V, da CF/88”²⁰, percebendo-se, assim, a origem de uma codificação protetiva destinada a esta classe.

Conforme ensinam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem o consumidor foi constitucionalmente identificado no art. 48 do ADCT “como agente a ser necessariamente protegido de forma especial”. Desta feita, o referido dispositivo determinou “a elaboração de lei tutelar exatamente em forma de código”, opção que foi adotada pelo nosso legislador brasileiro, consagrando a edição do Código de Defesa do Consumidor. Analisando o direito comparado, diferente é o tratamento dado pelos outros países às relações consumeristas; “apenas a França e a Itália contam com Códigos, no caso, de Consumo (*Code de la Consommation* e *Codice del Consumo*), os quais são mais consolidações de normas do que Códigos *stricto sensu* (*codes à législation constante*).” Já os países do Mercosul, optaram por regular as relações de consumo por meio de legislação esparsa.

No tocante à relação médica, embora na essência ela não possa ser caracterizada como tipicamente de consumo, entende-se que devido à massificação das relações sociais e à conseqüente impessoalidade com que tomou conta do atendimento médico, o profissional da saúde, ao longo do tempo, passou a ser considerado um “fornecedor de serviços”, inserindo-se, portanto, na previsão estabelecida pelo artigo 3º do CDC, enquanto o paciente, por sua condição de vulnerabilidade (especialmente

técnica), foi enquadrado na posição de “consumidor” prevista pelo artigo 2º do mesmo diploma legal⁶.

Prevê o art. 2º, caput, do CDC, que “Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire e utiliza o produto ou serviço como destinatário final”. Partindo desse conceito, percebe-se que a definição de consumidor é ampla, e permite que nela se enquadrem pessoas naturais e também jurídicas, sem restrições. Ademais, não se faz necessário que haja a aquisição de determinado produto ou serviço por essas pessoas: a simples utilização destes é suficiente para que reste configurada uma relação consumerista⁷.

A única restrição que se aplica à definição legal dada à figura do consumidor é a ideia de que ele, para que assim seja considerado, deve adquirir ou utilizar os produtos e serviços, necessariamente, na condição de destinatário final. É justamente nesse ponto que reside a maior dificuldade encontrada pela doutrina em termos de conceituação, pois o texto legal não deixa claro se, para que seja considerado destinatário final, basta que o sujeito retire o produto do mercado, sendo indiferente qual o fim que dará ao bem – caso da Teoria Maximalista –, ou ainda, se essa expressão pressupõe que o destinatário final seja, obrigatoriamente, o último elemento da cadeia de produção e, sendo assim, não utilize o produto ou serviço para fins profissionais ou como meio de auferir vantagens econômicas – como prevê a Teoria Finalista da Ação.

Deve-se observar que também pode existir responsabilidade do médico que não tenha origem contratual, por exemplo, o médico que atende alguém desmaiado a rua, a obrigação de reparar o dano sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele, pois, ao assistir o cliente, o médico assume a obrigação de meio, não de resultado, portanto, o médico deve agir para obter a cura mesmo que não consiga. Já na obrigação de resultado, que é o caso da cirurgia plástica estética propriamente dita, o profissional fica obrigado a atingir determinado resultado, pois o que interessa é o fim de sua atividade.

⁶ VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 12 Ed.,v.4. São Paulo: Atlas, 2012, p. 137-139

⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

Vale ressaltar que os médicos, como prestadores de serviços, são regidos também pelo Código de Defesa do Consumidor, a única exceção é a de que trata da responsabilidade objetiva. Foi necessário abrir essa exceção porque estão subordinados aos demais princípios do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: informação, transparência, boa-fé, inversão do ônus da prova, entre outros.

Dessa forma, em razão da seqüela proveniente de qualquer cirurgia estética mal elaborada, basta que o lesado demonstre que o médico não alcançou o resultado almejado, e então a vítima pode requerer em juízo uma indenização a título de danos materiais, bem como morais e estéticos, conforme súmula 387 do STJ⁸. Nada impede também que o médico demonstre através de provas admissíveis, que o dano ao paciente ocorreu por fatores externos à sua conduta.

3.4 O ERRO MÉDICO

O erro médico é uma falha do profissional no exercício de sua profissão. Ocorre uma falha na prestação de serviços, devido a ato lesivo do médico ocasionado por sua conduta culposa.

A responsabilidade civil do médico por ser subjetiva, decorre de uma obrigação de meio (artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor). Por esta razão, não é suficiente que um agente simplesmente alegue o erro e o prejuízo, sem demonstrar que o profissional contribuiu culposamente para tanto, que não se utilizou dos ensinamentos corretos e métodos disponíveis da ciência médica na busca da cura e/ou reabilitação.

Miguel Kfoury Neto, citando Zelmo Denari (2001, p. 192)⁹ discorre acerca das disposições do estatuto consumerista:

Os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa

⁸ STJ - Súmula 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

⁹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

subjetiva, em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

O erro médico, no âmbito da responsabilidade civil, pode ser de ordem pessoal ou estrutural. Será pessoal quando o ato lesivo se der na ação ou na omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais que se referem às condições físicas ou emocionais do profissional. Já as falhas estruturais, se referem quando os meios e as condições de trabalho foram insuficientes ou ineficazes para a obtenção de uma resposta satisfatória.

Devemos levar em consideração que o erro deve ter por base aquilo que o médico fez e não o que deveria ter feito. A falha é na prestação do serviço pelo médico, por esse motivo deve ser responsabilizado e reparar/indenizar o erro. A prova pode ocorrer por meio de fichas médicas, prontuários, perícia, em suma, todos os meios possíveis. O paciente lesado deverá comprovar que houve dano provocado pelo médico que o atendeu, que o dano advém do ato do médico e que este agiu com culpa, sob a forma de negligência, imprudência ou imperícia. O erro não fica restrito apenas a pessoa do médico, eis que o médico é responsável por sua equipe que trabalha sob suas ordens, podendo também atingir o hospital.

Portanto, o médico deve prestar os seus serviços com um determinado zelo e cuidado. Apenas se verificará o erro com o desvio de comportamento, a imprudência, a negligência e a imperícia. A responsabilidade civil do médico não decorre do mero insucesso ou insatisfação com o tratamento.

No entanto, deve-se ter em mente que muitas vezes o erro médico é ocasionado não só por uma conduta profissional inadequada, mas também por despreparo e falta de condições mínimas de atendimento aos pacientes. A probabilidade de o paciente sofrer dano quando não há recursos disponíveis é muito maior e fogem a alçada do médico, que não pode resolver sozinho os problemas do sistema de saúde. Certamente a falta de recursos não justifica todos os erros médicos. O que se deve ter em mente é que o profissional utiliza todos os meios e recursos necessários no objetivo de proporcionar o melhor ao paciente, buscando a cura de sua enfermidade.

Desta feita, para se caracterizar o erro médico, deve haver prova inequívoca de sua culpa, de que se tivesse agido de outra forma o erro que causou o dano não teria ocorrido. Exceto no caso de cirurgia plástica, onde o médico se compromete a alcançar determinado resultado.

4 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil do médico, com base no Código de Defesa do Consumidor, é lastreada na culpa, dizendo-se “subjéitiva”. Entretanto, essa prova muitas vezes se torna difícil. Nosso direito positivo admite, então, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade objetiva ou responsabilidade sem culpa. Ademais, entre o profissional e o paciente, estabelece-se uma obrigação de meio, sendo necessário o emprego de métodos adequados, atenção e zelo necessários, sem a garantia de cura. O médico somente poderá ser responsabilizado quando agir de modo imprudente, negligente ou imperito, haja vista que a ciência médica não é exata.

O expressivo aumento das demandas judiciais acerca do tema demonstra a necessidade de maior informação, tanto por parte de médicos e de pacientes, sendo que esta relação de consumo, dada à suma importância (e relevância social) deve ser permeada de confiança, diálogo e esclarecimento exaustivo e preciso.

O paciente tem todo o direito de conhecer os riscos (e eventuais consequências) a que se encontra sujeito, ao passo que o médico tem o direito de se resguardar, inclusive com a elaboração de Termo de Consentimento Informado.

4.1 DANO

Dano é todo prejuízo causado, aniquilamento ou alteração de uma condição favorável, seja pela força da natureza ou trabalho do homem e para que o dano seja um fenômeno juridicamente qualificado, deve decorrer da inobservância de uma norma, e não basta que a responsabilidade seja qualificada como ação ou omissão culposa, pois é indispensável que haja imprudência, imperícia ou negligência e que cause dano a outrem.

Para que haja responsabilidade, deve sempre existir um dano seja ele de qualquer tipo ou espécie, ou uma lesão a um direito, lesão de um interesse, danos patrimoniais ou danos morais. O tipo de dano que mais adquire relevância é, evidentemente, o dano físico, visto que a atividade médica se exerce sobre o corpo humano nos diversos aspectos contemplados pelos diversos tratamentos.

O prejuízo corporal se compõe de elementos variáveis, indenizáveis separadamente, conforme a invalidez parcial ou total, permanente ou temporária, e também o estado patológico do paciente que este pretendia aliviar ou curar, podendo ser agravado ou crônico. Quanto aos danos materiais, em sua maioria, são consequência dos danos físicos como: lucros cessantes, despesas médico-hospitalares, medicamentos, viagens, contratação de enfermeiros etc.

Quanto aos danos morais, estão incluídos nesse rol os danos estéticos, a dor sofrida, o mal-estar que decorre dos danos causados, frustração de uma possível cessação da atividade profissional, e muitas outras situações, sobretudo aquelas vinculadas aos direitos da personalidade.

4.2 CULPA

A culpa corresponde à justificativa ético-jurídica de uma atribuição do dever de indenizar a um agente que tenha dado causa a determinado dano, caso esse agente tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia. O médico que viola um desses deveres, pratica uma ação que surge como o primeiro pressuposto da sua responsabilidade civil. A este deve somar a culpa, nas modalidades de imprudência (agir com descuido), a negligência (deixar de adotar as providências recomendadas) e a imperícia (descumprimento de regra técnica da profissão).

Na culpa extracontratual, incumbe ao paciente demonstrar todos os elementos etiológicos da responsabilidade: o dano, a infração da norma e o nexo de causalidade entre um e outra, já na culpa fundada em contrato inverte-se o *onus probandi*, prevista nas relações de consumo, o que torna a posição do lesado mais vantajosa.

A apuração da culpa do profissional médico obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa. Essa culpa

tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave: “Não é necessário que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa”¹⁰.

A culpa médica é apreciada como qualquer outra. Desde que o juiz entenda que um médico prudente, nas mesmas circunstâncias, teria tido comportamento diverso do acusado, deve condenar este à reparação.

4.3 NEXO CAUSAL

O nexo causal. Elemento de ligação entre a conduta culposa e o resultado danoso, é o motivo determinante do dano. Trata-se, na verdade, de uma relação triangular em que para haver a caracterização do dever de reparar deve haver uma conduta culposa, um nexo causal e um resultado danoso, concretizando a relação. Se houver a exclusão de um desses itens em fato concreto, não haverá responsabilidade.

Para que seja verificado o nexo causal, deve haver uma conduta médica que cause um evento danoso e existir, entre esta conduta e o evento, qual seja o dano ao paciente, uma relação de causa e efeito.

Sobre o nexo causal, este independe se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva. Francisco dos Santos Amaral Neto¹¹, esclarece que: “Nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre o fato e o dano Constitui elemento essencial ao dever de indenizar, porque só existe responsabilidade civil quando há nexo causal entre o dano e seu autor.”

O nexo é muito tênue, pois, um paciente pode alegar que perdeu a visão em virtude de um tratamento equivocado, e o médico defender-se afirmando que ele perderia a visão de toda forma, apesar do tratamento. Essa é uma discussão típica sobre o nexo de causalidade, que precisa estar bem estabelecido entre a atuação do médico e o resultado danoso.

Muitos pacientes interpretam que certos resultados decorrem da ação médica, quando eles representam o curso natural de sua situação, que não se conseguiu impedir. Um paciente que sofre um acidente vascular cerebral e fica com sequelas

¹⁰ KFOURI NETO, Miguel. *A responsabilidade civil do médico*. Revista Jurídica n. 170, p. 113-128.

¹¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil brasileiro: introdução*. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 527

pode atribuir essa fatalidade à incompetência do médico, que não lhe teria dado atendimento adequado. Nessa situação, a questão de prova é muito delicada, pela dificuldade de se definir se uma mudança no tratamento teria conduzido a resultado diverso.

A complexidade dessa prova faz com que, em muitos casos, seja difícil para um paciente demonstrar que o dano decorreu da atividade do médico. Normalmente, isso inviabilizaria o pedido de indenização, na medida em que a regra geral de direito é que quem alega precisa provar. Assim, se foi o paciente que alegou a existência do nexo, é a ele que cabe o ônus da prova.

Todavia, esse ônus pode ser invertido nas relações de consumo, pois o Código de Defesa do Consumidor possibilita ao juiz que inverta essa regra quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente. Esse pedido é normalmente acatado pelo juiz, de tal forma que termina sendo atribuído aos médicos e hospitais o ônus de demonstrar a inexistência do nexo causal.

Na prática, isso implica uma espécie de presunção de nexo, o que exige tanto do hospital quanto do médico a difícil comprovação de que não houve qualquer relação causal entre a atividade médica e o dano.

4.4 A PERDA NO ERRO MÉDICO

Erro médico, como já afirmado, constitui um juízo de valor sobre a conduta profissional, promovendo uma comparação entre o procedimento adotado e aquele que, em tese, teria evitado o dano já conhecido. Em outras palavras, o juízo valorativo do erro não está propriamente interessado na maior ou menor diligência adotada pelo médico, não indaga se desejava ele ou não produzir o dano, não identifica se a legítima confiança do paciente na conduta do médico foi violada. A noção de erro avalia apenas se a conduta médica adotada diferiu de outra conduta que possivelmente não ocasionaria o dano. O médico absolutamente diligente, que, diante de dois tratamentos igualmente cabíveis (segundo o mais apurado conhecimento científico) para determinado quadro clínico, prescreve um deles e não consegue curar o enfermo, na

acepção corrente do termo, errou tanto quanto aquele que prescrevesse um terceiro tratamento totalmente inapropriado.

A insuficiência da prova, a dificuldade dos juízes em compreender os aspectos técnicos da ciência médica, aliada ao sentimento de comiseração do magistrado com a situação de infortúnio do paciente, torna difícil a compreensão que o dano era inevitável ou até incluído no gênero das sequelas necessárias, quando é o caso.

Agrava ainda o problema a estrutura do sistema de saúde com sua crônica falta de investimento. Como consequência, o médico se obriga a trabalhar longe das condições ideais e, às vezes, até em situações caóticas.

Clóvis Meira¹², professor de medicina legal, tece as seguintes considerações, sobre o que denomina “falta acidental”:

[...] Entendendo que toda cirurgia traz um risco que lhe é inerente, assim como todo o procedimento médico, em última análise, pode e deve ser encarado, em seus resultados não satisfatórios, como um infortúnio ou acidente passível de ocorrer, como por exemplo, o esquecimento de alguma compressa em cirurgia abdominal. Para mostrar a procedência de sua justificativa, consta que teria convidado os juízes da França para assistir operações abdominais de grande porte, verdadeiras batalhas entre a vida e a morte, para que sentissem ser possível, e até natural, a ocorrência de acidente indesejável. São situações excepcionais, mas podem acontecer, máxime com o cirurgião ou o anestesiolista de vultosa atividade profissional.

O magistrado, na apreciação da prova, deverá considerar o dano, estabelecer o nexo causal e avaliar as circunstâncias do ato médico sem tergiversações. Portanto, seria interessante que os juízes conheçam mais proximamente a prática médica. Isso facilita a atividade profissional do julgado, quando se trata de identificar o procedimento tecnicamente correto, em cada caso considerado.

¹² MEIRA, Clóvis. *Temas de ética médica e medicina legal*, p. 106.

5 OS DANOS DECORRENTES DO ERRO MÉDICO

O erro médico resulta da incerteza da atividade e não da negligência ou incapacidade de quem a exerce, salvo quando se trata de um erro grosseiro. No que diz respeito o art. 1.545 do Código Civil, a imperícia no exercício de uma profissão constitui uma espécie particular de culpa. Porém, segundo a doutrina, o erro profissional não pode ser considerado como culpa, tendo em vista que a imperfeição da ciência não é uma falácia. Daí a escusa que tolera a falibilidade do profissional.

Não é possível fixar regras para esse tipo de responsabilidades, por isso existem princípios gerais para regê-las. Podemos afirmar que não se considera erro profissional o que resulta da imprecisão, incerteza ou imperfeição da arte, sendo este, objeto de controvérsias e dúvidas.

É importante ressaltar que o erro de técnica não se pode confundir com erro médico, pois o erro de técnica como mencionados anteriormente, resulta de incertezas e não da imperícia do profissional.

O erro de técnica ocorre quando a conduta médica está correta, porém a técnica realizada pelo profissional se dá de maneira errônea, já a imperícia é a técnica correta numa conduta errônea.

5.1 A TEORIA DA *RES IPSA LOQUITUR*

A teoria da *res ipsa loquitur* ou *in re ipsa*, que significa “de que a coisa fala por si mesma”, aplica-se quando ocorre prejuízo, por fatos que não causariam dano, a não ser que o paciente tenha contribuído com a culpa. Nesses casos o juiz diante da evidência de erro médico pode até dispensar peritos para chegar a conclusão e admitir a culpa do profissional, como uma evidência circunstancial, de que tal fato não aconteceria sem a culpa do médico. Isso ocorre, por exemplo, em caso de morte do doente ou amputação de um membro. Há, assim, presunção de culpa contra o médico, conforme o seguinte acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE MÉDICA. OFTALMOLOGISTA. CIRURGIA ELETIVA DE CORREÇÃO DE MIOPIA. SUBSEQUENTE PERDA DA VISÃO. APLICAÇÃO DA DOCTRINA DA CULPA *IN RE IPSA*. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Merece ser acolhida pretensão de indenização (por gastos médicos e de terapia psicológica) e de reparação (por dano moral) de quem, submetendo-se a cirurgia de eleição, para correção de deficiência em um dos olhos, vem a obter, como resultado, a perda de visão. Ainda que se não flagre aí uma obrigação de resultado, inegavelmente dessa se aproxima a denominada cirurgia funcional, merecendo ser responsabilizado o médico que, por razões insuficientemente comprovadas, não só não logra êxito – que não lhe era exigido – mas termina por deixar o paciente em situação extremamente pior do que se encontrava antecedentemente, pois sem visão justamente no olho operado. Merece prestígio, em casos que tais, a doutrina da culpa *in re ipsa*, na medida em que o sistema de responsabilidade civil do médico é o da responsabilidade subjetiva (art. 1545 do Código Civil).

Passa a haver presunção de culpa no atuar do médico. Sobre esta teoria nos diz Jerônimo Romanello Neto¹³: “Além disso, houve a criação da *res ipsa loquitur* (a coisa fala por si mesma), pela qual, diante da evidência do erro médico, até mesmo os peritos seriam dispensados e o juiz admitiria a culpa do profissional”. A coisa neste caso é o dano, o fato danoso. Superam-se assim, com facilidade as regras relativas à prova de culpa, em matéria de responsabilidade civil. As circunstâncias falam por si mesmas. Não há outra explicação para o dano, a não ser a atuação culposa do agente.

5.2 DANO DECORRENTE DA CULPA

O profissional da medicina deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com o desempenho que seria razoável esperar-se de um médico prudente, naquelas mesmas circunstâncias. Aplicam-se ao médico os indicadores que medem e graduam a culpa em geral. Não deve ele olvidar qualquer dos ensinamentos que compõem a base da sua arte, nem tampouco deixar de dar importância a essas regras. Deve, pois, conhecer e fazer tudo aquilo quanto outro diligente médico que se encontrasse nas mesmas condições suas faria. Após essas constatações, cabe aqui dizer que o local empresarial onde houve dano ao paciente responde objetivamente pelos prejuízos causados, bem como também arca com despesas de indenização seja ela moral ou material, pois, se há falha na prestação de

¹³ NETO, Jerônimo Romanello. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998, p.33.

serviço da equipe contratada pelo hospital/clínica, configura-se então um defeito na própria instituição, porque o hospital deve saber o grau de competência de sua equipe para realizar os procedimentos necessários, e os tribunais não entendem diferente:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. FALHA E/OU MÁ-PRESTAÇÃO DE SERVIÇO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. 1. Ação ajuizada em 20/08/2007. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é i) determinar se o hospital, ora recorrente, deve ser responsabilizado por suposta falha na prestação de serviços, decorrente de complicações no parto, que ocasionaram sequelas de caráter permanente na filha da recorrida e, conseqüentemente, se deve ser condenado à compensação dos respectivos danos morais; e ii) na hipótese de se entender pela condenação do recorrente, definir o termo inicial dos juros de mora. 3. Inexistentes os vícios de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, e estando esse devidamente fundamentado, não se caracteriza a violação dos arts. 131, 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC/73. 4. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 5. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Assim, não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. Precedentes. 6. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, na hipótese do hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes. 7. Alterar o decidido pela Corte local, na hipótese dos autos, no que concerne à ocorrência de falha, defeito e má-prestação dos serviços atribuíveis e afetos única e exclusivamente ao hospital, demandaria o reexame de fatos e provas dos autos, inviável a esta Corte, em virtude da Documento: 76629932 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 26/09/2017 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça aplicação da Súmula 7/STJ. 8. O termo inicial dos juros de mora, na responsabilidade contratual, é a data da citação, nos termos do art. 405 do CCB. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

Para a ministra, ficou constatada a responsabilidade objetiva do hospital, tendo em vista que as instâncias de origem reconheceram um defeito no serviço prestado. A ministra sublinhou, ainda, que haveria fundamento adicional à responsabilização do hospital, uma vez que a corte local reconheceu a conduta inadequada dos profissionais envolvidos no procedimento. Isso, segundo ela, configuraria a culpa destes profissionais e, por consequência, a responsabilidade solidária do hospital.

5.3 DANOS PRESENTES E FUTUROS

No caso da vítima sofrer ferimento grave ou ofensa à saúde que lhe acarrete redução da capacidade laborativa, ainda que temporária ou permanente, além dos danos emergentes, a indenização consistirá também em lucros cessantes até o fim da incapacidade, ou se permanentes, de maneira vitalícia, vejamos o entendimento do Tribunal de Justiça:

TJSP. 144.9131.4012.4800. Responsabilidade civil. Prestação de serviços. Serviços médico-hospitalares. Erro médico. Menor submetida à cirurgia para retirada de hérnia inguinal. Bradicardia durante o procedimento. Paciente que entra em coma após a reanimação. Danos cerebrais extensos. Paralisia cerebral. Raquianestesia aplicada. Não recomendação para pacientes infantis. Necessidade de cuidados especiais não observados pelo responsável pela anestesia. Exclusão da culpa do cirurgião pediátrico. Confirmação da responsabilidade da administradora do plano de saúde e do réu anesthesiologista. Indenizatória parcialmente procedente. Imposição do custeio dos tratamentos médicos e fisioterápicos. Pensão mensal por invalidez devida à menor, a partir dos 16 anos de forma vitalícia, extensível aos seus pais em caso de morte. Manutenção da menor no plano de saúde de forma gratuita e vitalícia. Recurso dos réus desprovido quanto ao tema. Determinação da fluência de prazo para a execução da sentença somente após a intimação dos réus e manifestação do autor com memória de cálculo. Majoração dos honorários advocatícios do corréu cirurgião. Recurso dos requeridos parcialmente provido para estes fins.

A incapacidade laboral, total ou parcial, seja ela temporária ou permanente, deve sempre ser apurada por perícia médica, não cabendo aqui a teoria da *Res ipsa in loquitur*.

O valor da indenização será fixado com base nos ganhos efetivos da vítima, em proporção com a redução de sua capacidade laborativa.

6 A LIQUIDAÇÃO DOS DANOS

A liquidação dos danos consiste em determinar um valor de condenação que o causador do dano deve desembolsar para o lesado reparar seus danos materiais, bem como tornar indene o dano moral. No que diz respeito 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, resta claro que conforme dispõe o art. 949 do CC, deve ser ressarcido “[...] algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, vinculado à necessidade de prova nos autos, como decorrência da lesão causada pelo erro médico, dispõe a legislação que há possibilidade de indenização de qualquer prejuízo sofrido pela vítima em decorrência do erro médico, seja ele patrimonial, material ou moral.

Observamos o entendimento dos tribunais no que diz respeito à liquidação dos danos por erro médico:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO – REDUÇÃO - MORTE – ESPOSA E MÃE – DONA-DE-CASA – PENSÃO MENSAL DEVIDA. O montante da indenização por danos morais deve ser suficiente para compensar o dano e a injustiça que a vítima sofreu, proporcionando-lhe uma vantagem, com a qual poderá atenuar parcialmente seu sofrimento. A atividade da dona-de-casa gera reflexos patrimoniais indiretos, principalmente no caso de família de baixa renda, como na hipótese, sendo devida pensão mensal em razão de sua morte. Agravo retido e segunda apelação não providos e primeira, terceira e quarta apelações providas em parte. (TJ-MG 105250200546450011 MG 1.0525.02.005464-5/001(1), Relator: ROBERTO BORGES DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 04/03/2008, Data de Publicação: 17/04/2008)

O montante da indenização por danos morais deve ser suficiente para compensar o dano e a injustiça que a vítima sofreu, proporcionando-lhe uma vantagem, com a qual poderá atenuar parcialmente seu sofrimento.

6.1 PENSÃO POR DANO MORTE

Quando do erro médico resultar em morte do paciente, a indenização consistirá no pagamento gasto com as despesas do tratamento até o momento da morte, também o funeral e luto da família – o que seriam os danos emergentes; bem como a prestação de pensão às pessoas a quem o *de cuius* devia alimentos – lucros cessantes, consoante o art. 948 do CC.

As verbas indenizatórias que constam o art. 948, inc. I e II, do CC, não são *numerus clausus*, portanto a expressão “sem excluir outras reparações” que se encontra na parte final do *caput* considera válida a inclusão de outras verbas reparatórias de natureza patrimonial ou moral, decorrentes da morte da vítima, bem como a pensão vitalícia. Portanto, analisamos a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ERRO MÉDICO NA REALIZAÇÃO DE PARTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES PÚBLICOS. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PENSÃO VITALÍCIA. ALEGAÇÃO DE SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS. PROVA. DANOS MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. VALOR. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO. 1.- Versando a lide sobre a responsabilidade decorrente de atendimento defeituoso prestado no âmbito do SUS, configurada está a solidariedade passiva dos entes públicos. 2.- A sentença que condenou os réus ao pagamento de uma pensão vitalícia ao autor não é extra petita pois a condenação decorre do pedido formulado na inicial de reparação dos danos materiais e futuros. 3.- A prova pericial não deixa dúvidas acerca dos danos causados ao nascituro quando da realização defeituosa do procedimento de parto, demonstrando o imprescindível nexo de causalidade. 4.- O arbitramento do valor da indenização pelo dano moral é ato complexo para o julgador que deve sopesar, dentre outras variantes, a extensão do dano, a condição socioeconômica dos envolvidos, a razoabilidade, a proporcionalidade, a repercussão entre terceiros, o caráter pedagógico/punitivo da indenização e a impossibilidade de se constituir em fonte de enriquecimento indevido.(TRF-4 - APELREEX: 6056 RS 2004.71.02.006056-5, Relator: MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, Data de Julgamento: 13/07/2010, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 28/07/2010)

Na ementa exposta anteriormente, temos a confirmação em segundo grau, da sentença que condenou o Estado do Rio Grande do Sul, ao pagamento de pensão vitalícia pela responsabilidade subsidiária ao atendimento defeituoso do Sistema Único de Saúde (SUS) num procedimento de parto, levando a mãe do nascituro a óbito. Dessa maneira, foi concedida ao nascituro, a pensão vitalícia.

6.2 DANO MORAL

O dano moral, de acordo com o entendimento predominante dos doutrinadores, pode ser ressarcido nos casos contemplados pelos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro, bem como em demais casos previstos na legislação específica.

O exercício da atividade médica encontra-se diretamente relacionada ao bem-estar da pessoa, dessa forma, para analisarmos eventual ligação entre erro médico e danos morais, devemos trabalhar com natureza do contrato médico, que, invocando novamente o entendimento da maioria dos doutrinadores, entende apresentar natureza contratual, e ainda mais, diretamente relacionada a uma obrigação de meio e não de resultado, portanto, comprovada a culpa, há o direito de ressarcimento, que em quase sua totalidade, se dará pela reposição material, através de ação civil, uma vez que a lesão, seja física ou moral, acarreta também danos materiais e, conseqüentemente, danos pecuniários.

Entretanto, poderá ainda a vítima optar pela propositura de ação criminal ou análise do caso pelo Conselho Regional de Medicina de seu Estado, sendo que a escolha de uma ou mais opções dependerá do interesse visado por aquele que teve seu direito lesado.

Comprovado então o nexos causal, omissão médica, analisamos o seguinte julgado, onde ficou comprovado o dano moral:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OMISSÃO NA REALIZAÇÃO DE EXAMES INDISPENSÁVEIS. DANOS MORAIS COMPROVADOS. JUROS MORATÓRIOS. PENSIONAMENTO. 1. Aplica-se a responsabilidade objetiva ao Município, na forma do art. 14, caput, do CDC, o que faz presumir a culpa do apelante e prescindir da produção de provas a esse respeito, em razão de decorrer aquela do risco da atividade desempenhada. 2. O demandado apenas desonera-se do dever de indenizar caso comprove a ausência de nexos causal, ou seja, prove a culpa exclusiva da vítima ou de fato de terceiro, caso fortuito, ou força maior. 3. Não obstante, para imputar a responsabilidade ao Município réu, nos termos da legislação consumerista, tratando-se de demanda que discute a atuação técnica da médica que atendeu a vítima, cumpre verificar a ocorrência de culpa pela profissional, a qual se aplica a responsabilidade

civil subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, CDC, de sorte a se aferir o nexo causal. Precedentes do STJ.

4. A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente, o que não verificou no caso dos autos.

5. Na análise quanto à existência de falha no serviço prestado, bem como da culpabilidade do profissional, o Magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinentes à área médica, deve se valer principalmente das informações prestadas na prova técnica produzida.

6. No caso em tela não foram realizados exames indispensáveis à elucidação da origem da dor acometida na paciente, a qual estava grávida de oito meses quando do atendimento. Somente com a realização de outros exames, descartada a existência de moléstias de maior gravidade, poderia o médico ministrar um simples analgésico e liberar a paciente.

7. Não bastasse isso, em que pese a tentativa de reanimar a paciente, no segundo atendimento ministrado no posto de saúde, já com parada cardiorespiratória, não foi realizada a cesariana “post mortem”, em vista de salvar a vida do feto.

8. Assim, comprovada a falha na prestação do serviço, deve ser responsabilizado o demandado pela incorreção dos procedimentos adotados, conduta abusiva e negligente na qual assumiu o risco de causar lesão a demandante, mesmo os de ordem extrapatrimonial, daí ensejando o dever de indenizar. Inteligência dos artigos 186 e 927, ambos do CC.

9. Reconhecida a responsabilidade da parte ré pelo evento danoso, exsurge o dever de ressarcir os danos daí decorrentes, como o prejuízo imaterial ocasionado, decorrente da dor e sofrimento da parte autora no sentido da perda de familiar, cujo o resultado morte poderia ter sido evitado.

10. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta do demandado, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita das demandadas que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora é o denominado dano moral puro.

11. O valor da indenização a título de dano moral deve levar em conta questões fáticas, como as condições econômicas do ofendido e do ofensor, a extensão do prejuízo, além-quantificação da culpa daquele, a fim de que não importe em ganho desmesurado.

12. No que tange ao pensionamento é necessária para obtenção deste a dependência econômica, a qual é prevista legalmente no caso em discussão. Diante da inexistência de elementos que comprovem o recebimento de renda pelos filhos da vítima, a pensão deve ser arbitrada em 1/2 do salário-mínimo, haja vista a inexistência de recurso para a sua redução, devida pelo ente público até que os filhos completassem 24 anos de idade.

13. Manutenção da verba honorária fixada no Juízo *a quo*, pois remunera apropriadamente o trabalho realizado pelo patrono do demandante.

14. A execução em face da Fazenda Pública segue o rito previsto no art. 730 do Código de Processo Civil, de sorte que inaplicável ao caso em tela a multa prevista no art. 475-J do mesmo diploma.

Negado provimento ao recurso dos autores e dado parcial provimento ao apelo do demandado. (TJ-RS - AC: 70049868383 RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 31/10/2012, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/11/2012)

No caso em tela não merece reparo à decisão atacada, uma vez que presente nexo de causalidade entre a conduta adotada pelo profissional que atendeu a vítima do evento e o óbito desta, consoante às razões a seguir alinhadas.

6.3 POSTURA DOS TRIBUNAIS

Neste campo específico, restou separado para o entendimento de alguns tribunais a respeito do que foi trabalhado acima, como por exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO-HOSPITALAR. MÉDICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Tratando-se de atendimento médico prestado pelo Sistema Único de Saúde, não havendo relação de consumo entre o paciente e o médico, deve ser reconhecida a ilegitimidade do médico para figurar no polo passivo da ação, eis que cabe ao prestador do serviço público de saúde responder por eventual dano que seus prepostos venham a causar no exercício de sua atividade pública, cabendo, posteriormente, ação de regresso contra esses, uma vez que se trata de responsabilidade civil de prestador de serviço público, regida pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Ilegitimidade passiva do médico reconhecida de ofício. HOSPITAL. Tratando-se de responsabilidade objetiva atribuída ao nosocômio prestador de serviço público, porquanto presta atendimento médico pelo SUS, importa analisar a existência de conduta ilícita omissiva ou comissiva de seu agente, o dano e o nexo causal entre um e outro. Demonstrado nos autos que a deiscência não decorreu de ato ou omissão imputável aos prepostos do hospital demandado, mas antes das próprias condições de saúde do autor ou, quiçá, do procedimento cirúrgico previamente realizado em outra instituição... hospitalar, não integrante do polo passivo da presente demanda, é caso de manter a sentença de improcedência da pretensão. DE OFÍCIO, RECONHECERAM A ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MÉDICO E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70076235449, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 21/03/2018).(TJ-RS - AC: 70076235449 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 21/03/2018, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/03/2018)

In casu, observa-se que, por se tratar de atendimento no SUS, o médico não configura polo passivo da ação, pois não há relação de consumo entre médico-paciente. Dessa maneira, então, cabe ação de regresso pela parte do prestador de serviço público regido pelo art. 37 § 6º da Constituição Federal.

Vemos também, no entendimento dos tribunais, casos de pensão vitalícia decorrentes do erro médico:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. PARTO QUE CAUSOU SEQUELAS PERMANENTES NA CRIANÇA. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. REVISÃO DO QUANTUM ARBITRADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA 54/STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 362/STJ. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. 1. A obrigação de indenizar, no caso, está assentada em fatos e provas, aspectos estes que não podem ser revistos em Recurso Especial, diante do óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. O Tribunal de origem, ao considerar as circunstâncias do caso concreto, determinou a majoração do quantum indenizatório arbitrado na sentença, de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de indenização por danos morais. 3. Relativamente à quantificação da pensão vitalícia (majorada para dois salários-mínimos), as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias também se pautaram em elementos fático-probatórios, cuja revisão é inviável nesta instância recursal. 4. Rever tais valores somente é possível quando exorbitantes ou insignificantes, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorre *in casu*. Aplicação da Súmula 7/STJ. 5. O termo a quo da incidência de juros de mora em condenações por danos morais se dá por ocasião do evento danoso, nos termos da Súmula 54/STJ. 6. 'A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento'. Súmula 362/STJ. 7. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fático-jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base no art. 105, III, alínea "c", da Constituição Federal. 8. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 163891 / RJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0070132-1)

In casu, trata-se de indenização pelos danos permanentes causados ao menor no momento do parto, bem como o pedido de pensão vitalícia, que foi ajustada em primeira instância e majorada e mantida a condenação em segunda instância. Os ministros analisaram o princípio da proporcionalidade para poder aumentar o a pensão vitalícia, levando em consideração a possibilidade que o Município tem para arcar com os custos mensais do menor.

E agora, veremos caso em que o hospital é condenado solidariamente pelos danos causados pela sua equipe:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ERRO MÉDICO - MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES - RETARDAMENTO DE PARTO E COMPROMETIMENTO DA SAÚDE DA MÃE E DA MENOR RECÉM-NASCIDA - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO - NÃO OCORRÊNCIA - FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA - VALIDADE - ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA

ABSOLUTA - RESOLUÇÃO DA CORTE ESTADUAL LOCAL ATRIBUINDO A COMPETÊNCIA PARA JULGAR AÇÕES ENVOLVENDO DIREITO DO CONSUMIDOR AO JUÍZO CÍVEL - QUESTÃO PREJUDICADA - OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA E DECISÃO EXTRA PETITA - INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE - INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA INICIAL - NECESSIDADE - PRECEDENTES - DANOS MORAIS - DUPLA CONDENAÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - REVISÃO POR ESTA CORTE - ADMISSIBILIDADE, EM CASOS EXCEPCIONAIS - EXCEPCIONALIDADE NÃO CARACTERIZADA - DANOS MATERIAIS E PENSÃO VITALÍCIA - QUANTIFICAÇÃO - ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO PAUTADO EM ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS - REVISÃO NESTA INSTÂNCIA ESPECIAL - INVIABILIDADE - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - Não padece de nulidade a decisão que, embora sucinta, assenta-se em entendimento harmônico e suficiente à prestação jurisdicional invocada, na esteira do requerido pela parte interessada; II - A existência de Resolução do Tribunal de Justiça Estadual, que expressamente atribuiu ao Juízo Cível a competência para processar e julgar os litígios decorrentes das relações de consumo, torna prejudicada a arguição de nulidade por incompetência absoluta; III - Aceita a denunciação da lide e apresentada contestação quanto ao mérito da causa, o denunciado assume a condição de litisconsorte do réu, podendo, por conseguinte, ser condenado direta e solidariamente com aquele, na mesma sentença, ao pagamento da indenização; IV - A delimitação dos pedidos constantes da petição inicial deve ser Documento: 17185663 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 30/08/2011 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça norteada por uma interpretação lógico-sistemática de toda a exposição dos fatos e fundamentos de direito, e não, simplesmente, considerar apenas aqueles constantes de capitulação própria; V - O valor da indenização por dano moral somente pode ser revisto nesta instância especial nos casos de flagrante irrisoriedade ou exorbitância, o que não ocorre na hipótese dos autos; VI - Relativamente à quantificação dos danos materiais e da pensão vitalícia, as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias pautaram-se em elementos fático-probatórios, cuja revisão é inviável nesta instância recursal (Enunciado n. 7 da Súmula/STJ); VII - Recurso especial improvido. (REsp 1.195.656-BA. Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 16/8/2011)

O caso em questão versa sobre ação movida em face do hospital por erro médico. O hospital foi condenado em primeira instância a pagar indenização a título de danos morais no valor de cem salários-mínimos, bem como arcar com todos os danos materiais. Em segunda instância, esse valor foi majorado para cento e cinquenta salários-mínimos e por conta do retardo mental e encefalopatia causado na vítima, o tribunal também fixou pensão vitalícia mensal no valor de um salário-mínimo para cada uma das duas vítimas.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou num toda a responsabilidade civil de médico bem como a responsabilidade de seu local de trabalho, e no que diz respeito à evolução histórica da medicina, trazemos um breve relato histórico de como era a medicina na Antiguidade, iniciando a pesquisa na antiga Grécia, onde o estudo da medicina se deu em meados do século V a.C com o estudo do *Corpus Hippocraticu*. Já no século XIII, os estudantes recebiam uma láurea que representava o reconhecimento público dessa técnica, em que se encontravam capacitados para atendimento geral. Em 460 a.C., nasceu Hipócrates, autor do juramento até hoje repetido pelos graduados em medicina. Foi o mesmo Hipócrates quem encerrou a fase da crença de que divindades eram quem cuidavam dos enfermos e entregou a arte de curar aos homens, porém foi o Direito Romano que mais influenciou o instituto da responsabilidade civil que conhecemos hoje, no qual deu início a substituição gradativa da vingança privada, pelas reparações e indenizações devidas a quem sofressem danos, recebendo princípios genéricos que estariam nas legislações modernas mais tarde. Antes, o que existia, era a vingança privada de maneira primitiva que derivava da natureza humana, surgindo então, o domínio jurídico, em que o poder público passou a intervir nas relações. Em seguida, veio o pedido de ressarcimento a critério da vítima, ou até mesmo a entrega de um objeto. Por volta do ano 452 a. C., a lei das XII Tábuas começou a fixar para cada caso concreto, um valor da pena a ser paga pelo ofensor. Na Idade Média, as cirurgias eram procedimentos grosseiros, que exigiam dos pacientes a capacidade de suportar a extrema dor e dos médicos a capacidade de praticar a crueldade, os doutores tinham pouco entendimento da anatomia humana e menos ainda sabiam sobre técnicas de anestesia e assepsia. Muitas vezes, as infecções eram mais mortais que a doença em si. Para aliviar a dor, os pacientes eram submetidos a mais sofrimentos.

Das obrigações dos médicos, aqui vamos ressaltar que se trata de obrigação de fazer, pois, é infungível. A responsabilidade civil do médico baseando-se no Código de Defesa do Consumidor é lastreada na culpa, portanto, é de responsabilidade subjetiva. Entre o profissional médico e o paciente, estabelece-se uma obrigação de

meio, sendo necessário que o médico observe e realize cautelosamente e com muita atenção todos os procedimentos necessários. Porém, nunca garantir a cura ou o resultado, exceto o médico esteticista, cirurgião plástico e anesthesiologista, estes sim realizam uma atividade de resultado de acordo com entendimentos exposto anteriormente. O paciente deve sempre ter conhecimentos de todos os procedimentos que o médico realizará em seu corpo, bem como ter direito a uma explicação clara da parte do médico, e assim o médico se compromete a agir sempre de modo prudente, caso contrário será responsabilizado sempre que agir com imprudência, negligência e/ou imperícia.

Ao trazer o erro médico, devemos observar não apenas a responsabilidade do médico, mas também do hospital/clínica onde ocorreu o evento danoso, ou pelo menos, onde se deu início ao fato. O erro pode ser pessoal ou estrutural, e deve sempre haver prova inequívoca da culpa do médico, de que caso tivesse agido com outra conduta o evento danoso não teria ocorrido, exceto nos casos da cirurgia plástica, em que o médico assume alcançar determinado resultado, lembrando que o paciente tem o direito de conhecer todos os riscos e eventuais consequências de cada procedimento, bem como opções alternativas caso opte por algo menos invasivo. Para que seja o médico responsabilizado, deve o dano ser de qualquer tipo ou espécie seja ele moral ou patrimonial, desde que esse dano tenha causado lesão ao direito ou interesse do paciente. Evidentemente que o dano que mais tem relevância no âmbito médico é o dano físico, tendo em vista que a atividade da medicina é exercida sobre o corpo humano. O prejuízo da lesão corporal é indenizável de maneira singular conforme o grau de invalidez. Quanto aos danos materiais, em sua maioria, decorrentes dos danos físicos, há a indenização mediante: lucros cessantes, despesas médicas, ou nos casos de invalidez, enfermeiros para o resto da vida, fazendo com que a vítima possa até receber pensão vitalícia para arcar com os custos.

A culpa corresponde à justificativa da atribuição do dever de indenizar àquele que tenha dado causa a um dano, caso esse agente tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia. Quem viola um desses pressupostos, então, deve tornar indene o dano causado a outrem. Nos casos de culpa por dano extracontratual, incumbe ao paciente demonstrar a responsabilidade, já na culpa

fundada em contrato, se inverte o *ônus probandi* e então caberá ao médico comprovar o estrito cumprimento de seus deveres. A culpa médica é apreciada como qualquer outra. Desde que o juiz entenda que um médico prudente, nas mesmas circunstâncias, teria tido comportamento diverso do acusado, deve condenar este à reparação. Em seguida da culpa, devemos tratar do nexo causal, pois é o elemento de ligação entre a conduta culposa e o resultado danoso. Então se pode afirmar que se trata de uma relação triangular, pois, para haver o dever de reparar, deve haver uma conduta culposa, um nexo causal e o resultado danoso, portanto, se houver a desclassificação de um desses itens, não haverá responsabilidade. O nexo causal deve ser verificado tanto nos casos de responsabilidade objetiva, quanto subjetiva, e o nexo causal é muito sensível e tênue, pois muitos pacientes interpretam que certos resultados decorrem da má prestação do serviço médico, quando na verdade podem representar apenas o curso natural da situação fática. Em alguns casos excepcionais, casos esses em que o dano é absurdo, como amputar a perna equivocada, podemos aplicar a teoria do *Res ipsa in loquitur*, que significa que a prova fala por si mesma, e até mesmo dispensa a perícia técnica durante o curso processual, pois a evidência necessária é que o dano não ocorreria sem aquela culpa médica. Há assim a presunção de culpa do médico. Os casos que trouxemos até aqui, vale ressaltar que pode haver danos irreversíveis, nesses casos devemos analisar a liquidação dos danos de maneira singular, pois poderá haver danos permanentes, estes devem ser analisados de maneira mais cuidadosa e, em alguns casos, a pensão vitalícia será fundamental pelo resultado da incapacidade laborativa do paciente. Quando o erro médico resultar em morte, a indenização deve consistir no pagamento de gastos com as despesas desde o início do tratamento até o momento da morte, bem como funeral e luto da família e, até mesmo, lucros cessantes, se da data da morte, o *de cuius* devia alimentos vide art. 948 do Código Civil. E, por último, e não menos importante, o dano moral, contemplado pelo art. 186, 187 e 927 do CC, devemos analisar a fundo a ligação do erro médico com o dano moral, e levar em consideração que ainda que se trate de uma obrigação de meio e não de resultado, quando fica comprovada a culpa, então há o direito de ressarcimento, pois sempre se espera poder confiar no profissional, acreditando que ele sabe plenamente os métodos adotados.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil Médica, Odontológica, Hospitalar*. Vários autores. São Paulo: Saraiva, 1991.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. V.2. 3 Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003

BRASIL. *Código civil brasileiro: Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.html Acesso em: 02.03 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 1 Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. V.7. 17 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

MATIELO, Frabricio Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MEIRA, Clóvis. *Temas de Ética Médica e Medicina Legal*. Belém: Cejup, 1989.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NETO, Jerônimo Romanello. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v.3: Parte Especial: Direito das Obrigações – (Fatos Lícitos, Responsabilidade). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012,

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico*. 1 Ed. 10ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Erro médico e prescrição*. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/559> Acesso em 27.03.2018.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 12 Ed.,v.4. São Paulo: Atlas, 2012.