

**UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ**

**Ana Paula Nunes**

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO**

CURITIBA

2011

# **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO**

CURITIBA

2011

**Ana Paula Nunes**

## **RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharelado em Direito

Orientador: Marcelo Nogueira Artigas.

CURITIBA

2011

**TERMO DE APROVAÇÃO**  
**Ana Paula Nunes**

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO**

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

Curitiba, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

---

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

Curso de Direito  
Universidade Tuiuti do Paraná

Orientador:

Prof. Marcelo Nogueira Artigas  
Universidade Tuiuti do Paraná

---

Prof.  
Universidade Tuiuti do Paraná

---

Prof.  
Universidade Tuiuti do Paraná

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esta monografia aos meus familiares, ao meu namorado André Marcel, ao Professor e Orientador Marcelo Nogueira Artigas e em especial aos meus pais João e Terezinha que em nenhum momento mediram esforços para realização dos meus sonhos, que me guiaram pelos caminhos corretos, me ensinaram a fazer as melhores escolhas, me mostraram que a honestidade e o respeito são essenciais à vida, e que devemos sempre lutar pelo que queremos. A eles o meu eterno amor.

## RESUMO

O objeto deste trabalho é a responsabilidade civil do médico, a qual é, em regra, uma responsabilidade subjetiva, decorrente do elemento culpa, nas modalidades da imprudência, imperícia e negligência. Discute a responsabilidade contratual e a extracontratual, assim como as obrigações de meio e de resultado do profissional médico. Apresenta causas que eximem a responsabilidade em questão. Como fontes, utiliza a pesquisa bibliográfica, a jurisprudencial e a legislação pertinente ao assunto. A responsabilidade civil médica tem grande importância e vem a cada dia sendo mais discutida, devido às vítimas que sofrem danos que estão cada vez mais recorrendo ao judiciário para que sejam indenizadas.

Palavras-chave: responsabilidade civil; erro médico; obrigação de meio.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	9
2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL .....	9
2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL .....	14
2.3 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	18
<b>3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA</b> .....	19
3.1 CONCEITO .....	19
3.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL .....	22
3.3 OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO NOS SERVIÇOS MÉDICOS .....	24
<b>4 DA CULPA MÉDICA</b> .....	27
4.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA .....	27
4.2 NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA .....	29
4.3 CAUSAS QUE EXIMEM A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	34
<b>5 A RESPONSABILIDADE MÉDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR</b> .....	39
5.1 RELAÇÃO DE CONSUMO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS: .....	39
5.2 COMPLEXIDADE DA PROVA DE CULPA.....	41
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	45
<b>7 REFERÊNCIAS</b> .....	46

## 1 INTRODUÇÃO

As preocupações com a saúde humana remontam a própria existência humana. O ser humano para curar ou prevenir enfermidades recorre ao profissional médico. A medicina enquanto profissão tem como objetivo prevenir tais males, assim como a melhoria dos padrões de saúde e de vida da coletividade.

O médico no exercício de sua atividade poderá incorrer em erro, prejudicando o paciente, ensejando assim a responsabilidade civil médica, o qual é o tema de estudo do presente trabalho.

A responsabilidade civil médica, tema de grande importância e discussão na atualidade, como regra geral, é subjetiva, prevista no artigo 951 do Código Civil, que expressamente se refere ao dano decorrente da culpa, nas modalidades da imprudência, imperícia ou negligência e reafirmada pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, § 4º.

O médico é obrigado a empregar seus conhecimentos com técnica, diligência e perícia da melhor forma para dar segurança ao paciente, na tentativa de cura ou minoração dos males do paciente. Entretanto não podendo garantir a cura. Sendo assim, a responsabilidade do médico é de meio e não de resultado em relação à terapia e tratamento do paciente. Mas há exceções, onde a obrigação será de resultado, como no caso das cirurgias plásticas entre outras. Desse modo, tratando-se de uma profissão que representa risco, a responsabilidade do médico será aferida, em regra mediante o cauteloso exame dos meios por ele empregados em cada caso.

Com a evolução da sociedade e o inconformismo das vítimas, passou-se a exigir reparações dos danos causados, em decorrência do erro médico. Assim a



partir desse momento, em razão dos inúmeros casos de lesões sofridas e dos danos causados, a responsabilidade civil do médico passou a ser estudada com maior profundidade, a atividade do médico começou a ser questionada, avaliada, alcançando todas as especialidades da ciência da medicina.

## 2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A noção de responsabilidade é muito antiga, remontando-se à *Jurisprudencia* romana, mas a palavra tornou-se de uso corrente somente no século XIX. O vocábulo responsabilidade provém do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, significando garantir, responder por alguém, prometer.

O conceito de responsabilidade civil não é ligado com exclusividade ao campo jurídico, pois sendo também objeto da moral e considerada nos planos da Religião e das Regras de Trato Social.

Conforme Paulo Nader: “A nomenclatura responsabilidade civil possui significado técnico específico: refere-se à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado”. (2009. p. 6).

Para o Direito, a responsabilidade não é nada mais que, uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, de assumir as conseqüências em função da ocorrência de um fato jurídico *latu sensu*, podendo ter esses resultados: a punição pessoal do agente lesionante e/ou a reparação dos danos causados.

No campo jurídico, tal obrigação está respaldada no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, ninguém pode causar prejuízo a outrem (*neminem laedere*). Assim o Direito Positivo, através de suas regras necessárias para a convivência social, impõe limites objetivos da liberdade individual, punindo todo aquele que infringindo as suas regras, cause lesão aos interesses jurídicos por si tutelados.

Temos como exemplo o artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Desse modo, se uma pessoa agir dolosamente ou culposamente, causando prejuízo a outrem, ficará obrigada a reparar o dano.

Da mesma forma, ocorre quando uma das partes descumpre determinada obrigação contratual. Cabendo, no entanto, a parte credora exigir a indenização devida, por meio de uma ação, e ainda perdas e danos.

O mesmo ocorre no Direito Penal, por exemplo, quando alguém comete um homicídio, havendo também a responsabilidade jurídica, porém distinta da mencionada nos exemplos acima.

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar). (2009, p. 9).

O termo responsabilidade é utilizado em toda e qualquer situação, em que uma pessoa física ou jurídica, através de um ato, fato ou negócio danoso, cause prejuízo a outrem. Sob essa noção, em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo, gera responsabilidade ou dever de indenizar. Mas haverá exceções, onde há excludentes que impedem a indenização.

A responsabilidade civil implica em duas ordens de deveres: sendo, uma de natureza primária, exigindo-se o cumprimento de um determinado dever por parte do agente, e outra, de natureza secundária, quando o dever é descumprido, tendo como resultado através de sua conduta, uma lesão, a pessoa ou ao patrimônio, a

ser reparada mediante o pagamento de uma indenização pecuniária, caso não possa repor *in natura*, o estado anterior da coisa.

Segundo a teoria clássica, a responsabilidade civil se assenta em três elementos ou pressupostos gerais, sendo eles: a conduta humana (positiva ou negativa); o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.

A conduta humana voluntária, através da ação ou omissão, é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade humana, ou seja, a conduta humana positiva ou negativa (omissão), conduzida pela vontade do agente, tendo como consequência o dano ou o prejuízo.

A noção de conduta humana é configurada pela voluntariedade do agente, o qual através de sua liberdade de escolha tem o discernimento necessário, tendo assim consciência daquilo que está fazendo. A voluntariedade ocorre quando nos encontramos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (noção de culpa), sendo também na responsabilidade objetiva (idéia de risco).

A conduta humana, dependendo da forma de sua manifestação é classificada em positiva ou negativa, por direito próprio do agente, sendo a primeira configurada pela prática de um comportamento positivo, ativo por parte do agente. E a segunda, traduz-se na atuação omissiva ou negativa, causadora do dano. Nesse sentido, de acordo com o artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Além da responsabilidade civil por ato próprio, o código civil brasileiro, admite também formas de responsabilidade civil indireta, estando estas previstas nos artigos 932, 936, 937 e 938 do Código Civil e sendo por ato de terceiro; por fato do animal e por fato da coisa.

Muitos doutrinadores defendem que a ilicitude é o aspecto necessário da conduta humana. O ato ilícito pode ser conceituado em um comportamento voluntário do agente que infringe um dever, uma norma.

Visto que, a responsabilidade civil do agente, como conseqüência de uma conduta lesiva, a qual deve ser contrária ao direito, ilícita ou antijurídica, para ensejar a indenização. Mas poderá haver responsabilidade civil sem que haja necessariamente a antijuridicidade, mesmo que excepcionalmente, por força de uma norma legalmente estabelecida.

A existência de dano ou prejuízo, sendo também um pressuposto necessário da responsabilidade civil, é indispensável para a configuração desta. Seja qual for a espécie de responsabilidade, o dano é essencial para a sua configuração.

O dano ou prejuízo pode ser conceituado como a lesão a um interesse jurídico tutelado, podendo ser este patrimonial ou não, causado pelo agente infrator por sua ação ou omissão.

A reparação do dano, sendo uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo ou dano em favor do lesado, temos assim, em regra, que todos os danos são ressarcíveis. Entretanto para que seja efetivamente reparável o dano, é necessário os seguintes requisitos fundamentais para a sua caracterização: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, a efetividade ou certeza do dano e a subsistência do dano.

O nexo de causalidade que liga a conduta do agente (positiva ou negativa) ao resultado danoso é indispensável para que possa atribuir a responsabilidade ao agente infrator.

Há três teorias principais que tentam explicar o nexo de causalidade: a Teoria da equivalência das condições ("*conditio sine qua non*"), a Teoria da

causalidade adequada e a Teoria da causalidade direta ou imediata (interrupção do nexo causal).

Para a teoria da equivalência das condições, tudo aquilo que concorra para o evento será considerado causa, ou seja, haverá uma equivalência entre todos os fatores causais, caso tenham relação com o resultado danoso, por isso se diz “equivalência de condições”.

Nas palavras de Pablo Stolze Glagiano e Rodolfo Pamplona filho:

Se o agente saca a arma e dispara o projétil, matando o seu desafeto, seria considerado causa, não apenas o disparo, mas também a compra da arma, a sua fabricação, a aquisição do ferro e da pólvora pela indústria etc, o que envolveria, absurdamente, um número ilimitado de agentes na situação de ilicitude. (2009, p. 87).

Essa teoria, por trazer muitos inconvenientes e imprecisões, não tem muitos adeptos, como no exemplo citado acima, onde o fabricante da arma, ao fabricá-la, não poderia imaginar o fim a que se destinaria o seu produto, não podendo assim ser responsabilizado.

Já para a teoria da causalidade adequada, apenas o antecedente abstratamente apto à realização do resultado danoso, diante de um juízo razoável de uma apreciação de probabilidade por parte do julgador, que poderá ser considerado causa.

Conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho a teoria da causalidade direta ou imediata, também denominada teoria da interrupção do nexo causal ou teoria da causalidade necessária, define a causa: “como sendo apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”. (2009, p. 90).

Há divergência em relação a qual teoria é adotada pelo Código Civil Brasileiro, referente ao nexo de causalidade. Entretanto o nosso código se adapta melhor à teoria da causalidade direta e imediata. Sendo que, a jurisprudência muitas vezes adota a teoria da causalidade adequada.

## 2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil quanto as suas espécies, pode ser classificada da seguinte forma: quanto ao seu fato gerador, podendo ser responsabilidade contratual ou extracontratual (aquiliana); quanto ao fundamento, sendo responsabilidade subjetiva ou objetiva e quanto ao agente, existe a responsabilidade direta e a indireta.

A responsabilidade contratual ocorre quando há uma transgressão de uma norma estabelecida no contrato pelas partes, ou seja, há o inadimplemento de uma obrigação contratual, estando prevista nos artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes do Código Civil.

O que é necessário destacar, é que a responsabilidade contratual compreende também o inadimplemento ou mora referentes a qualquer obrigação, mesmo que originária de um negócio unilateral (como por exemplo, a procuração ou promessa de recompensa, o testamento).

Na responsabilidade contratual, cabe ao credor demonstrar apenas que a prestação foi descumprida e ao devedor para que não seja condenado a reparar o dano, cabe provar a ocorrência de alguma das excludentes da responsabilidade previstas em lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, incumbindo-lhe a este o *onus probandi*.

Porém, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, sendo aquela que não deriva de um contrato, é a qual o agente viola diretamente uma norma legal. Sendo que, nessa espécie não há uma relação obrigacional entre as partes, todavia, tal obrigação decorre da inobservância de um dever legal de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*). Estando a mesma prevista nos artigos 186 a 188 e 927 a 954 do Código Civil.

Nas palavras de Rui Stoco:

A responsabilidade extracontratual é o encargo imputado pelo ordenamento jurídico ao autor do fato, ou daquele eleito pela lei como responsável pelo fato de terceiro, de compor o dano originado do ato ilícito, ou seja, da obrigação daquele que por ação ou omissão voluntária, violar direito e causar dano a outrem. (2007, p. 140).

Na espécie em questão, o ônus da prova cabe ao autor da ação, isto é, a culpa deve ser sempre provada pela vítima.

A responsabilidade subjetiva é aquela que deriva de um dano causado em decorrência de um ato doloso ou culposo. Esta espécie de responsabilidade é denominada de “subjetiva”, devido à idéia de culpa, sob a qual, a mesma repousa-se.

Visto que, esta culpa, pela sua natureza civil, qualifica-se quando o agente causador do dano agiu com negligência ou imprudência. Estando assim previsto no artigo 186 do Código Civil.

Conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A noção básica de responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa (*unuscuque sua culpa nocet*). Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu. (2009, p.14).



A responsabilidade objetiva, também denominada de legal, é aquela que a lei estabelece a certas pessoas, em situações determinadas, a reparação de um dano praticado mesmo sem culpa.

Nos casos onde há incidência da responsabilidade objetiva, não há a exigência da prova da culpa do agente, para que este seja obrigado a reparar o dano, isto é, prescinde-se totalmente da prova da culpa. Bastando apenas, que haja entre a conduta do agente e o dano o nexo de causalidade, para ensejar o dever de indenizar.

De acordo com as teorias objetivistas da responsabilidade civil, esta não é nada mais do que, uma simples questão de reparação de danos, baseada diretamente no risco da atividade que o agente exerce. Estabelecendo-se assim neste sentido o Código Civil em seu artigo 927: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

E ainda nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco e dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi ônus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (2009, p. 31).

A responsabilidade direta pode ser conceituada quando o próprio agente pratica o ato ilícito, e tendo assim a obrigação de responder pelo dano causado através de sua conduta. Esta espécie também pode ser chamada de

responsabilidade simples ou por fato próprio. Em decorrência da ação ou omissão do agente, violando-se direito ou causando prejuízo a outrem, deve ser provado o nexo de causalidade e o dano.

O ordenamento pátrio admite, que em determinadas situações previstas na lei, terceiros sejam responsabilizados pelo pagamento dos danos ou prejuízos causados a outrem, mesmo que não tenham contribuído diretamente para o acontecimento do evento, configurando-se assim a chamada responsabilidade indireta.

Sendo assim, podemos afirmar que há a autoria indireta, quando o agente responde pelos atos que não praticou diretamente, mas, entretanto, deve haver uma ligação jurídica entre o agente que praticou a conduta e o responsável.

Neste sentido estabelece o Código Civil brasileiro, em seu artigo 932, nos incisos I à V, as pessoas que também são responsáveis pela reparação civil, e ainda o artigo 933, prevê que estas pessoas responderão mesmo que não haja culpa por parte delas.

Nas palavras de Silvio de Salvo Venozza:

Admite-se, em síntese, uma culpa *in vigilando* daquele que responde pelos danos. Uma pessoa, sem ter praticado o ato, responde pelos prejuízos causados por outrem que efetivamente o praticou, essa é a idéia básica. A vítima deve provar, a culpa do agente causador do prejuízo. Consubstanciada esta, aflora automaticamente a culpa do responsável indicado na lei. Não se trata, pois, de responsabilidade sem culpa, embora a noção não fique muito distante. Trata-se, originalmente, de presunção relativa de culpa derivada da lei. (2007, p. 66/67).

## 2.3 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, a qual decorre da prática de um ato ilícito, ou seja, da violação de uma norma jurídica, podendo também como exceção decorrer de uma imposição legal, sendo em atividades lícitas, quanto em função do risco da atividade exercida.

A consequência lógico-jurídica da prática de um ato ilícito, é a sanção. Sendo assim, a natureza jurídica da responsabilidade civil é apenas sancionadora.

Quando a responsabilidade civil é originada de uma imposição legal, as indenizações cabíveis também são sanções, as quais decorrem de uma previsão legal expressa, ou seja, do reconhecimento do direito positivo, sendo que os danos causados já eram previsíveis, devido aos riscos da atividade profissional exercida.

Neste sentido, conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A teoria da responsabilidade civil encontra suas raízes no princípio fundamental do *neminem laedere*, justificando-se diante da liberdade e da racionalidade humanas, como imposição, portanto, da própria natureza das coisas. Ao escolher as vias pelas quais atua na sociedade, o homem assume os ônus correspondentes, apresentando-se a noção de responsabilidade como corolário de sua condição de ser inteligente e livre. (2009, p. 20).

Diante do exposto, conclui-se que a natureza jurídica da responsabilidade civil será sempre sancionadora, mesmo que se materialize como pena, indenização ou compensação pecuniária.

### 3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

#### 3.1 CONCEITO

O ser humano recorre ao médico para preservar sua saúde mental e física, evitando-se assim doenças. Pois o homem é sujeito às enfermidades e a dor.

A medicina, enquanto profissão, visa prevenir essas enfermidades, propiciando também a melhoria dos padrões de saúde e de vida das pessoas. A saúde pode ser conceituada como o estado pleno de bem-estar físico e psíquico da pessoa, e não apenas, como a ausência de tais males.

Conforme Miguel Kfourri Neto:

Não obstante a acentuada evolução da Ciência Médica (que é também arte), máxime no campo do diagnóstico e da medicina curativa, com o desenvolvimento de aparelhos e alta tecnologia, ainda existe uma aura de romantismo em torno dessa profissão – e o médico continua a ser visto como um sacerdote, ungido com o dom da cura. (2003, p. 22).

O direito a saúde, o qual é uma obrigação do Estado, deve ser exigido pelo cidadão. Assim sendo, o ente estatal deve adotar medidas, visando à prevenção de doenças e o tratamento das mesmas.

Os serviços dos profissionais da medicina, devido a sua importância e necessidade, fazem com que o Estado exija título reconhecido para o exercício de tal atividade, configurando-se assim o denominado “monopólio médico”. Desde que, preenchidas as exigências legais, tudo isso não faz com que o médico se torne imune a responder pelos danos que ocasionar.

Ainda, nas palavras de Miguel Kfourri Neto:

No exercício profissional da medicina, uma falha pode ter consequências irremediáveis, porque a vida que se perde é irrecuperável. Por respeito à dignidade do ser humano, a relação contratual que se estabelece entre o médico e o paciente deverá estar sempre impregnada de humana consideração pelo semelhante e pelos valores espirituais que ele representa. Assim, a função médica encerra, muito mais que um ato de justiça social, um dever imposto pela fraternidade social, tornando mais suportáveis a dor e a morte. (2003, p. 25).

A responsabilidade civil subjetiva decorrente dos danos causados no exercício da atividade médica “*lato sensu*”, já encontrava-se prevista no Código Civil de 1916, em seu artigo 1545, que estabelecia:

Art. 1545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

O Código Civil de 2002 traz a mesma previsão em seu artigo 951, estabelecendo:

Art. 951. 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.

É importante ressaltar, que os artigos citados no dispositivo normativo acima, referem-se às indenizações cabíveis nos casos de homicídio, lesão ou ofensa à saúde e o impedimento de exercício de profissão ou ofício.

O Código de Ética da atividade Médica estabelece em seu artigo 1º:

Art. 1.º A medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa, racial, política ou social, e colaborar para a prevenção da doença, o aperfeiçoamento da espécie, a melhoria dos padrões de saúde e de vida da coletividade.

Assim, o Juramento de Hipócrates, uma formalidade nas colações de grau dos cursos de medicina, em que os futuros médicos permitem cuidar da saúde humana, pode ser considerado como uma norma que regula os comportamentos na atividade médica.

Na medicina também há um dever que deve ser obedecido pelo médico, qual seja, o dever de informação, onde o profissional informará ao paciente ou a sua família a respeito das técnicas e métodos a serem utilizados no tratamento ou na intervenção cirúrgica.

O médico quando atua em erro no exercício de sua atividade terá como a caracterização desse erro o elemento culpa, sob as modalidades da imperícia ou da negligência.

Assim, devido ao seu erro, o médico terá como consequência a responsabilidade jurídica civil ou penal, e ainda estará sujeito às sanções administrativas do Conselho Federal ou Estadual de Medicina, os quais são entidades fiscalizadoras da atividade médica, e ainda conforme a gravidade da situação poderá ter o seu CRM cassado, assim não podendo exercer sua profissão.

É importante ressaltar, conforme o artigo 5º, LV da Constituição Federal, que deve ser observado o devido processo legal (o contraditório e a ampla defesa), quando há sujeição do médico às sanções administrativas.

Acerca da responsabilidade médica, Sívio de Salvo Venosa defende que:

As várias teorias científicas, a variada metodologia, a diversidade de escolas e correntes médicas formam um complexo de difícil deslinde no âmbito da responsabilidade médica. Tudo isso deve ser levado em consideração pelo julgador ao analisar a responsabilidade médica. Há procedimentos médicos perfeitamente conhecidos e testados, aprovados pelos organismos internacionais. Quando o médico deles afasta-se, sua desídia acentua-se e é mais facilmente apurada. Todavia, a ciência, com o constante desenvolvimento, está a criar novas técnicas a cada dia. Há muito de criação, inventividade, intuição e perspicácia na conduta do médico. Com

frequência, o profissional deve agir com coragem e rapidez, a fim de salvar uma vida. Outras situações recomendam prudência e ponderação. (2007, p. 121).

### 3.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade civil surge em decorrência de um descumprimento obrigacional. Isto ocorre quando há um descumprimento de um contrato, ou apenas de parte dele, ou quando não é observado o ordenamento jurídico que rege a vida em sociedade.

Assim, a responsabilidade civil é o dever de indenizar o dano causado, sendo ele patrimonial ou moral, conseqüente de um inadimplemento culposos, de obrigação contratual ou legal, ou determinado por norma jurídica.

Dessa forma, como já visto, a responsabilidade civil é dividida em dois grandes ramos, sendo a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

No campo da responsabilidade civil médica, há divergências doutrinárias referente ao seu caráter contratual ou extracontratual.

Conforme Miguel Kfoury Neto: “Apesar de o Código Civil brasileiro colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar responsabilidade médica como *ex contractu*”. (2003, p. 71).

A responsabilidade civil médica é contratual somente nos casos em que há uma convenção, a qual não precisa ser escrita. Quando o médico atende o paciente, ou quando há um chamado ao médico, seguido de visita, configura-se assim um autêntico contrato entre o paciente e o médico.

Podendo existir também a responsabilidade médica que não tenha originado-se do contrato, como por exemplo o médico que atende alguém que acabara de sofrer um acidente na rua. A obrigação de reparar o dano, independentemente se produzido dentro ou fora do contrato, sempre existirá.

Pois mesmo que não haja contrato, o médico tem o dever de prestar socorro à pessoa em perigo eminente, ensejando neste caso a responsabilidade delitual, caso negue o socorro.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

Portanto, para o cliente é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de “meio” e não de “resultado”. O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. (2009, p. 239).

Devemos admitir 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 privada, isto é, do profissional que é livremente escolhido, contratado. E pago pelo cliente. Será Extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental. Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada-a receber os segurados dos institutos da saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados. Nestes últimos casos, o atendimento é obrigatório, pressupondo uma relação primária de direito administrativo ou de direito civil entre o médico e a empresa ou o hospital público, e uma outra entre o empregado com a empresa, ou entre o segurado com a instituição de seguridade, mas não há contrato entre o médico e o paciente. (AGUIAR, p. 528 citado por STOCO, 2007, p. 569).

Embora a não unanimidade a respeito do caráter contratual ou extracontratual da responsabilidade civil médica, grande parcela da doutrina e da



jurisprudência brasileira, defendem que a responsabilidade civil do médico é contratual, divergindo-se assim do Código Civil pátrio de 1916, que previa a responsabilidade extracontratual.

### 3.3 OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO NOS SERVIÇOS MÉDICOS

Em face da “teoria do resultado”, é fundamental esclarecermos a distinção entre obrigações de meio e de resultado.

Acerca da teoria do resultado, Rui Stoco defende que:

A teoria do resultado aplica-se apenas à responsabilidade contratual, significando que nas obrigações de meios o profissional tem obrigação apenas de proporcionar o melhor tratamento e fazer uso dos meios adequados e técnicas aceitas. Responderá mediante demonstração de sua culpa se não tiver atuado adequadamente. Na obrigação de resultado, em que promete uma modificação para melhor no paciente e um efeito final, responderá também subjetivamente, mas sua culpa será presumida. (2007, p. 556).

Nas obrigações de meio, o médico utiliza todos os seus esforços, meios necessários e técnicas adequadas para obter a cura do paciente, mas não obrigando-se ao resultado, isto é, a cura do mesmo.

Na generalidade dos casos, as obrigações que os médicos assumem em face de seus pacientes, são de meio, pois muitas vezes, o fim esperado não é alcançado, devido ao organismo ter a possibilidade de reagir imprevisivelmente, colocando em risco o sucesso do tratamento médico ou da intervenção cirúrgica do paciente.

Conforme Rui Stoco:

Na obrigação de meios o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Esse tipo de obrigação é o que aparece em todos os contratos de prestação de serviços, como o de advogados, médicos, publicitários etc. Dessa forma, a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la. (2007, p. 556).

Assim, se o médico apenas se compromete com o paciente a chegar a um determinado resultado, mas não obrigando-se a este, isto é, uma obrigação de meio, caberá no entanto, à vítima do dano provar a culpa ou dolo.

No entanto, para que o paciente ou a sua família tenham direito a receber as indenizações cabíveis, é necessário que provem que a atuação médica se deu com negligência, imprudência ou imperícia.

A respeito da obrigação de resultado, Rui Stoco preleciona que:

Na obrigação de resultado o devedor, ao contrário, obriga-se a chegar a determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou deverá arcar com as consequências. É o que se dá, por exemplo, no contrato de empreitada, transporte e no de cirurgia estritamente estética ou cosmetológica. Em outras palavras, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade. (2007, p. 556).

A obrigação de resultado é aquela em que o médico assume contratualmente uma obrigação, ou seja, um resultado como, por exemplo, na cirurgia plástica. Podendo ser também obrigação de resultado, a realização do raio-x, de um check-up, a transfusão de sangue, esterilização necessária, entre outros procedimentos.

Nas palavras de Paulo Nader:

No campo da cirurgia, há obrigações de resultado, como a intervenção para um implante de marca-passo, retirada de apêndice supurado, cirurgia para união de trompas, extração de nódulos entre outras. Em geral, tais procedimentos se realizam sem intercorrências, mas estas podem surgir logo no início do ato, impedindo a sua realização. Tratando-se de força maior, o dano decorrente da intercorrência não deve ser imputado ao médico. (2009, p. 392).

Assim na obrigação em questão, se o médico vincular-se a atingir um determinado resultado e, caso não o atinja será presumido culpado. Cabendo, no entanto, a este provar que não agiu com culpa ou o acontecimento derivou de caso fortuito ou força maior.

Conforme Rui Stoco:

Evidentemente que se o resultado procurado for a cura de um mal, de uma doença, não se poderá responsabilizar o médico tão-só em razão da não obtenção desse objeto. Tal não poderá jamais ser exigido do médico, pois a ciência médica é, por definição, uma ciência incompleta, que a cada dia busca e encontra novas fronteiras, mas que se defronta com enfermidades novas ou desconhecidas. (2007, p. 557).

A respeito das obrigações de meio e de resultado do profissional médico a jurisprudência pátria defende que:

**ERRO MÉDICO. AUSENTE INFRAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO. DEVER DE INDENIZAÇÃO AFASTADO. SENTENÇA MANTIDA.** A obrigação do médico anestesiológico é de resultado e a do cirurgião é de meio. A morte de paciente após cirurgia de hérnia de disco, mas demonstrado que os médicos, tanto o anestesista e o cirurgião, agiram dentro das normas técnicas da medicina, utilizando os métodos adequados com prudência e perícia, não enseja direito a indenização. (TJSC - Apelação n. 2006.009732-4, Rel. Min. Gilberto Gomes de Oliveira, Julgado em 03/03/2011, Câmara Regional de Chapecó).

## 4 DA CULPA MÉDICA

### 4.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

O novo Código Civil brasileiro nada inovou a respeito da teoria subjetiva na responsabilidade médica, ou seja, a responsabilidade médica, em regra, continua a ser subjetiva, repousando-se assim no elemento culpa, cabendo à vítima provar o dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, para obter a reparação devida.

O direito pátrio admite, em alguns casos específicos, a responsabilidade objetiva, ou seja, responsabilidade sem culpa. Temos como exemplo, o artigo 927 do Código Civil que prevê:

Art. 927. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, de acordo com o dispositivo citado acima, na responsabilidade objetiva, é descartada por completo a prova de culpa, não aplicando-se, esta à responsabilidade médica.

Os defensores de teorias objetivistas, têm o objetivo de abranger todos os casos de dano e como consequência deste a reparação que é devida, sendo estes os seus principais argumentos.

Na responsabilidade objetiva, onde a prova de culpa do agente é dispensada, a culpa é presumida pela lei. Sendo a culpa presumida, o ônus da prova é invertido, cabendo ao autor provar a ação ou omissão do réu e o resultado danoso.

No Brasil, em regra, a atividade médica é regida pela responsabilidade subjetiva. Entretanto, em algumas vezes, como no caso das cirurgias plásticas

estéticas, por tratar-se de uma obrigação de resultado, ocorre uma presunção de culpa, cabendo ao médico, provar que não agiu com culpa (negligência, imprudência ou imperícia), podendo até mesmo ser o dolo. Há neste caso uma inversão do ônus da prova.

Conforme Miguel Kfoury Neto:

Evidentemente, a ninguém ocorrerá atribuir aos profissionais da área da saúde o exercício da atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implica risco aos direitos do paciente - hipótese que, caso admitida, descartaria a verificação da culpa, na atribuição da responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isto porque a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco de agravamento de seu estado de saúde, propiciando melhora ou a cura total. Mesmo que se utilizem equipamentos em procedimentos cirúrgicos (cirurgias videolaparoscópicas, variadas aplicações de laser por exemplo), ainda assim será imperativo provar-se a imperícia, imprudência ou negligência do profissional. Isto porque o advento da nova codificação civil, neste aspecto, nada inovou a responsabilidade médica, em regra, continua a ser subjetiva. (2003, p. 61).

A jurisprudência se posiciona no seguinte sentido a respeito da culpa médica:

ERRO MÉDICO - AUSÊNCIA DE CULPA - INDENIZAÇÃO - DESCABIMENTO - RECURSO IMPROVIDO. "Não havendo culpa do estabelecimento ou do profissional de saúde, descabe indenização por erro médico". (TJSP - Apelação n. 9091328-19.2004.8.26.0000, Rel. Min. Thales do Amaral, Julgado em 18/ 04/2011, 4ª Câmara de Direito Público).

E ainda conforme a responsabilidade subjetiva médica defende que:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA BARIÁTRICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. CULPA COMPROVADA. ART. 14, § 4º DO CDC. PENSIONAMENTO DEVIDO ÀS FILHAS DA VÍTIMA. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. CASO CONCRETO. 1. Agravo retido. Juntada de documento quando da apresentação de memoriais. Hipótese que não se amolda no art. 397 do CPC. Agravo desprovido. 2. Mérito. A responsabilidade pessoal do médico é subjetiva e, por sua vez, deve ter

provada a culpa, pois incidente o § 4º do art. 14 do CDC. (TJRS - Apelação n.70035250604, Rel. Min. Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 30/06/2011, 6ª Câmara Cível).

#### 4.2 NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA

Os artigos 186 e 951 do Código Civil Brasileiro abrangem a teoria da culpa a respeito da responsabilidade médica. Devido a conduta do profissional, se ocorrer dano, morte, incapacidade ou ferimento, caberá à vítima, para que seja ressarcida, provar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Referente à responsabilidade subjetiva do médico, a qual caracteriza-se pelo elemento culpa, sob as modalidades da negligência, imprudência e imperícia, o Código de Ética Médica traz em seu artigo 29: “É vedado ao médico praticar atos danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”.

A negligência é a omissão de uma conduta que o profissional médico deveria adotar, mas não adota. Há omissão referente aos comportamentos recomendados da prática médica. Cabe ao médico tomar todas as medidas necessárias e adequadas para garantir o sucesso no tratamento ou na intervenção cirúrgica.

A negligência pode ser caracterizada pela desatenção, pela desídia, pela falta de cuidado. Assim, é essencial no exercício da atividade médica agir com amor, atenção, cuidado, para evitar assim toda e qualquer distração e falha.

A distração sendo uma das características do homem, ou seja, fazendo parte de sua natureza, poderá ser, em muitas situações, a responsável por erros médicos, os quais podem variar, desde o médico desatento que receita um remédio por outro, até o esquecimento de algum objeto dentro do corpo do paciente.

Podem ser citados como exemplo de negligência: a troca de prontuários e exames; o diagnóstico falho, por exame superficial; o retardamento na intervenção cirúrgica; a demora do envio do paciente a especialista.

Conforme preleciona Miguel Kfoury Neto:

Atribui-se negligência a médicos de pronto socorro, que subestimaram a gravidade dos ferimentos sofridos por criança de três anos de idade, vítima de atropelamento. Examinaram-na superficialmente, prescreveram medicação insuficiente e, seis dias depois, o menor morreu, em consequência de fratura craniana, seguida de comoção cerebral e hemorragia intracraniana. (2003, p. 93).

O autor supracitado, ainda observa:

A negligência foi reconhecida em situação que envolveu dois médicos de hospital bem aparelhado. O paciente, apresentando vários traumatismos resultantes de acidente de trânsito, um deles na região parietal esquerda, não foi submetido a exame radiológico e avaliação neurológica. Na seqüência, o acidentado morreu. Alegaram os médicos que o paciente falava normalmente, e não havia sinal nenhum de complicação neurológica. Decidiu-se, entretanto, que a *obligatio diligentiam* impunha aos profissionais, naquelas circunstâncias, a elementar cautela de radiografar a vítima. (2003, p. 93)

O próprio Código de Ética Médica traz situações de negligência, em seus artigos 46 e 61:

Art. 46. Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave.

Art. 61. Abandonar paciente sob seus cuidados.

Na imprudência existe uma ação, e não uma omissão, é o contrário da negligência. O médico através de sua conduta expõe o paciente a grandes riscos,

devido a sua falta de cautela. São situações em que o profissional supera os limites da prudência, da previsibilidade, aumentando o risco da atividade.

Nas palavras de Miguel Kfoury Neto:

Na imprudência, há a culpa comissiva. Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela. É o caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca. Imprudente também é o médico que resolve realizar em 30 minutos cirurgia que, normalmente, é realizada em uma hora – acarretando dano ao paciente. A realização de anestésias simultâneas, o cirurgião que empreende cirurgia arriscada sem garantia de vaga na UTI, a remoção de pacientes graves em ambulâncias sem equipamentos adequados – são atos imprudentes praticados pelos médicos. (2003, p. 95).

Quando o médico age com imprudência, o mesmo tem uma previsibilidade e uma antevisão do evento, mas acaba agindo da mesma forma. Assim, o profissional médico é imprudente quando mesmo tendo todo o conhecimento do risco e também obtendo o conhecimento da ciência médica, age assim mesmo.

Conforme Miguel Kfoury Neto:

No campo médico, entretanto, a dificuldade reside em se distinguir a imprudência da imperícia. Exemplifica com o caso de um cirurgião que opera com bisturi não esterilizado: se não conhece os perigos de infecção será notavelmente imperito; se o conhece e todavia prossegue sua ação será imprudente. Entretanto, a imprudência sempre deriva da imperícia, pois o médico, mesmo consciente de não possuir suficiente preparação, nem capacidade profissional necessária, não detém sua ação. (2003, p. 96).

O Código de Ética Médica traz na parte final de seu artigo 57, uma situação de imprudência médica: “Deixar de utilizar todos os meios possíveis de diagnóstico e tratamento ao seu alcance em favor do paciente”.

A imperícia é a deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático, a não observação das normas referentes à determinada



profissão, que colocam em risco terceiros, sendo no caso, pacientes. É verificada uma conduta médica realizada em desconformidade com a melhor técnica, pois o profissional simplesmente não a domina a contento.

Há divergências doutrinárias e jurisprudenciais, a respeito de se poder ou não considerar um médico imperito. Existe uma corrente no campo do Direito, a qual defende ser impossível considerar um médico imperito, pois se o mesmo estiver devidamente habilitado junto ao seu Órgão de Classe (Conselhos Regionais), subentende-se ser o médico perito na ciência médica. A outra corrente no entanto, que defende o contrário, afirma que é perfeitamente aceitável o fato de que um médico, mesmo devidamente habilitado, possa errar por não dominar determinada técnica e, sendo assim, realizá-la com erro vindo a causar dano ao paciente.

No entanto, tal controvérsia não é de nenhuma utilidade na prática, pois uma vez sendo comprovada a culpa do profissional médico, este será responsabilizado civilmente, ou seja, mesmo que o médico deixe de observar regra, a qual não lhe seria normal desconhecer ou mesmo que demonstre despreparo prático, caberá sempre a este, responder civilmente pelos danos causados.

Podemos citar como exemplos de imperícia: o obstetra que, na operação cesariana, corta a bexiga da parturiente, o médico que, manuseando o fórceps, provocou traumatismo cranioencefálico, com edema e congestão cerebral, dando causa à morte do recém nascido, quando o médico obstetra realiza ligadura de trompas, ou laqueadura, e ainda assim a mulher engravidada, o profissional da medicina que delega ato médico a pessoa não habilitada.

Nas palavras de Miguel Kfoury Neto:

A imperícia médica é aferida dentre aqueles que detêm o diploma, e pode ser definida, de modo simples, como a falta de habilidade normalmente requerida para o exercício legítimo da atividade profissional, proveniente da

carência de conhecimentos necessários, da inexperiência ou inabilidade. (2003, p. 101).

A jurisprudência, a respeito da imperícia, tem sempre reafirmado conceitos como: “Experiência técnica e profissional normal”, “transgressão da diligência comum ao grau médio de cultura e capacidade profissionais”, entre outros.

A respeito da imprudência, imperícia e da negligência a jurisprudência defende que:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE CIVIL DE NATUREZA SUBJETIVA - NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA OU IMPRUDÊNCIA DOS MÉDICOS - INEXISTÊNCIA - AUSÊNCIA DE PROVAS - INEXISTÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA. Constituindo o erro médico responsabilidade subjetiva, para justificar o dever de indenizar, impõe-se a demonstração da conduta ao menos culposa do agente, assim como o dano sofrido e o nexo que liga este àquela, numa relação de causa e consequência. Sendo a atividade médica de meio e não de resultado, a simples existência do dano sofrido sem a presença dos demais pressupostos da responsabilidade civil, não acarreta a responsabilidade do profissional, tornando-se necessária a demonstração de sua negligência, imperícia ou imprudência. (TJMG - Apelação n. 2.0000.00.501090-8/000(2), Rel. Min. Antônio de Padua, Julgado em 02/02/2010).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO ESQUECIMENTO DE CORPO ESTRANHO NO ORGANISMO DA PACIENTE. NEXO DE CAUSALIDADE E DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. COMPROVAÇÃO. HOSPITAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRESTADOR DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO. IRRELEVÂNCIA. SOLIDARIEDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A relação entre o hospital e o médico que realiza procedimentos cirúrgicos em suas dependências não precisa ser de emprego para que haja responsabilidade solidária entre eles. Como fornecedor de serviços, o hospital responde civilmente por danos causados aos pacientes, exceto quando restarem comprovadas as circunstâncias excludentes da responsabilidade. A responsabilidade dos médicos, como profissionais liberais, observará a existência dos requisitos exigidos pelo Artigo 186, do Código Civil: conduta culposa ou dolosa, dano e nexo causal. Age com negligência e imperícia o médico que se esquece do fio 'j' utilizado para a cirurgia de extração de cálculo renal, gerando na paciente danos em sua integridade física e psíquica. Preliminar rejeitada e primeiro e segundo apelos não providos, art. 186 do Código Civil. (TJMG – Apelação n.

1.0245.06.084104-7/001(1), Rel. Min. Pereira da Silva, Julgado em 29/09/2009).

#### 4.3 CAUSAS QUE EXIMEM A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

O erro médico é aquele que decorre de uma ação ou omissão culposa, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia, e da ação ou omissão dolosa. Se há erro, caberá ao médico a responsabilização pelos danos ou prejuízos causados, mas é fundamental que se verifique se não há uma das causas que eximem a responsabilidade civil médica.

Podem ser causas que eximem a responsabilidade civil médica: o estado de necessidade, o erro e ignorância, caso fortuito e força maior, culpa do enfermo, obediência devida, iatrogenia, cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito, entre outros.

O estado de necessidade pode ser definido, quando alguém, para salvar um bem jurídico próprio ou de terceiro exposto a perigo atual, sacrifica a vida ou bem jurídico.

A respeito do estado necessidade, o Código Penal prevê em seu artigo 24:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Como exemplo do estado de necessidade, pode ser citado o caso do médico que em trabalho de parto, para salvar a vida da mãe, encontra-se diante de uma situação obrigatória de sacrificar a vida do nascido.

No entanto, não há que se falar em estado de necessidade, como causa que exime a responsabilidade civil médica, quando a situação de necessidade foi criada pela imperícia, ou pela falta de diligência do médico.

Quanto ao erro e ignorância prevê o artigo 21 do Código Penal:

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único – considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

O erro pode ser conceituado, quando o conhecimento a respeito de uma determinada matéria é presumido verdadeiro, quando na realidade é falso. Já a ignorância, é quando há ausência absoluta acerca de uma determinada matéria. Assim, no erro há conhecimento falso, e na ignorância não há conhecimento.

Referente ao caso fortuito e força maior, há previsão legal no artigo 1.058 do Código Civil:

Art. 1058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos artigos 955, 956 e 957.

Parágrafo único – O caso fortuito ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujo os efeitos não era possível evitar, ou impedir.

É importante ressaltar, que o próprio legislador não fez a distinção entre caso fortuito e força maior, os quais apresentam-se conjuntamente. Entretanto, a doutrina distingue esses eventos.

O caso fortuito pode ser definido como o acontecimento que provém das forças da natureza, ou seja, um acontecimento natural, sem que haja intervenção humana. Como por exemplo: o raio, a inundação, o terremoto, o temporal.

Já, na força maior há sempre um elemento humano, que impossibilita o cumprimento da obrigação. Temos como exemplo, o furto ou roubo, a desapropriação.

Assim, tanto em um quanto em outro, ocorre a ausência de culpa do devedor, excluindo a responsabilidade civil, não ensejando qualquer pagamento de indenização, salvo quando a lei expressamente mencionar apenas um deles. Mas as partes podem convencionar expressamente por contrato, que será devida a indenização, mesmo diante do acontecimento de caso fortuito ou força maior.

A jurisprudência tem se posicionado no seguinte sentido a respeito do caso fortuito:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em "termo de consentimento informado", de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STJMG – Resp n. 1180815 (2010/0025531-0), Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 19/08/2010, 3ª Turma).

Há casos, em que é eximida a responsabilidade civil médica, devido a culpa do enfermo. Temos como exemplo a prescrição em iatrogenia, onde o paciente em

condições de se autoconduzir, não segue as prescrições médicas recomendadas, assim o prejuízo ou dano que resultar não será de responsabilidade do profissional médico.

Entretanto, devido à existência de pacientes, os quais possuem uma educação não suficiente, não compreendendo assim as recomendações médicas, haverá um dever do médico de empregar todo o seu conhecimento e esforço quando realiza as prescrições ao paciente, para que eventualmente não possa vir a responder por má prescrição.

Referente a obediência devida, diz o artigo 22 do Código Penal: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Há divergências doutrinárias, referente a obediência hierárquica. Alguns defendem, que a mesma é uma causa excludente da responsabilidade com a mesma força do estado de necessidade. Outros entendem apenas como excludente da culpabilidade, persistindo assim a ilicitude da ação, cabendo, no entanto, a responsabilização pelo ilícito civil, isto é, devido ser a responsabilidade civil independentemente da responsabilidade penal.

Iatrogenia é a alteração patológica provocada no paciente por tratamento de qualquer tipo prescrito pelo médico, ou através da ação deste.

Nas palavras de Gerônimo Romanello Neto:

A iatrogenia é o ato inculpável. Melhor exemplificando, a queda de cabelos de um paciente decorrente de um tratamento de radioterapia e quimioterapia é uma ocorrência iatrogênica, sem culpa do médico. Entretanto, não há que se confundir a iatrogenia com um efeito colateral de uma prescrição inadequada. (1998, p. 39).

Os casos de iatrogenia na prática são poucos, ou seja, são excepcionais. Portanto é importante verificar se o tratamento prescrito pelo médico, o qual causou danos ao paciente, ensejou ou não a culpa médica.

Conforme Gerônimo Romanello Neto, ainda referente a iatrogenia:

O paciente será culpado do resultado danoso se não cumprir as prescrições do médico. Também será culpado se omitir ao médico informações relevantes. Todavia, essas informações são aquelas que o profissional médico não tenha condições de saber, nem mesmo através de exames, consultas ou diagnósticos, pois do profissional exige-se toda cautela em um tratamento. Estes os casos em que se cogita da responsabilidade do paciente, de outra forma, o médico será culpado, se não agir corretamente e com competência, incidindo em imprudência, imperícia e negligência. (1988, p. 40).

O Código Penal dispõe em seu artigo 23, a respeito do cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:  
I – em estado de necessidade;  
II – em legítima defesa;  
III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de um direito.

No estrito cumprimento de um dever legal, é imposto pela lei um determinado comportamento, onde a conduta mesmo sendo típica, não é ilícita. Já no exercício regular de um direito, o sujeito tem que obedecer rigorosamente os requisitos objetivos impostos pelo Poder Público, caso não obedecidos, ensejará o agente em abuso de direito, respondendo por tal conduta abusiva.

Em ambos os casos, acima citados, o consentimento do ofendido poderá funcionar como causa excludente da antijuricidade e excludente da tipicidade.

## 5 A RESPONSABILIDADE MÉDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

### 5.1 RELAÇÃO DE CONSUMO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS:

A Doutrina Clássica da responsabilidade civil, como já mencionado no presente trabalho, defende que a mesma repousa no elemento culpa, compreendidas as modalidades da negligência, imperícia e imprudência, chamada, no entanto, de responsabilidade subjetiva. Mas o Código de Defesa do Consumidor, trouxe uma inovação, a qual é a introdução da responsabilidade objetiva, onde é dispensada a demonstração de culpa, na ocorrência de danos causados ao consumidor pelo fornecimento de serviços.

Assim, de acordo com o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

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

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo de seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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

O médico é enquadrado na conceituação de fornecedor, uma vez que é pessoa física, que desenvolve atividades de prestação de serviços.

Conforme o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que



desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Já o paciente é enquadrado na definição de consumidor, pois o mesmo utiliza-se do serviço médico, como destinatário final.

De acordo com o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 2.º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo Único – Equipare-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A respeito das conclusões sobre a responsabilidade civil objetiva dos médicos, é preciso ter cautela, pois o artigo 14, em seu parágrafo 4º, prevê, que a mesma não se aplica aos profissionais liberais, prevalecendo para estes então, a responsabilidade subjetiva, ou seja, caberá a demonstração da culpa do profissional médico para que seja atribuída a ele a responsabilidade pelos danos causados.

Nas palavras de Jerônimo Romanello Neto:

A principal inovação do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da responsabilidade civil dos profissionais liberais, entre eles o médico, está mesmo, contida no artigo 6º, VIII, que determina a inversão do ônus da prova para facilitação da defesa dos direitos do consumidor/paciente, quando o juiz a entender cabível em razão da verossimilhança das alegações do autor, ou em razão de sua hipossuficiência presumida pela lei, e que resulta em exigir-se que a prova de que não agiu com culpa seja produzida pelo réu, no caso o profissional liberal. É de grande valia a inversão do ônus da prova, pois o consumidor/paciente não pode ter a incumbência de, sozinho, sustentar, técnica e cientificamente, a culpa do médico. (1998, p. 47).

## 5.2 COMPLEXIDADE DA PROVA DE CULPA

No Código Civil pátrio, a prova de culpa, assim como o nexo causal entre a conduta e o dano, cabe à vítima, ao paciente e seus herdeiros, tanto na relação contratual, como na extracontratual. Sendo que naquela quando houver o inadimplemento, a prova de culpa será menos custosa. Conforme já exposto, a culpa médica deve ser avaliada pelo juiz apartir dos princípios da obrigação de meio, exceto a cirurgia plástica exclusivamente estética, a qual configura-se uma obrigação de resultado.

Conforme Sílvio de Salvo Venosa:

Na sistemática do consumidor, a novel orientação legal, mantendo a responsabilidade subjetiva do profissional liberal, mas admitindo a responsabilidade objetiva para o fornecedor de serviços, nem sempre apresentar-se-á na prática isenta de dúvidas. O balizamento da responsabilidade objetiva da obrigação de meio é tarefa de maior complexidade. Presente essa responsabilidade objetiva ao tutor da conduta cabe unicamente isentar-se da indenização, se provar que a diligência foi empregada, não existindo defeito na prestação do serviço, ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 14, § 3º). A alegação de caso fortuito ou força maior deve levar em conta essas disposições. Na sistemática do consumidor, o paciente assume a posição de consumidor dos serviços médicos. Mantém-se, em princípio, a responsabilidade individual do profissional liberal. Apenas os profissionais liberais, como enfatizado, terão suas condutas apuradas segundo os princípios da culpa no CDC (art. 14, § 4º). (2008, p. 148).

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, § 1º, traz o conceito de serviço defeituoso:

Art. 14, § 1.º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I – o modo de seu fornecimento;
- II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III – a época em que foi fornecido.

E ainda conforme o § 2º do artigo supracitado, o serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. Assim, toda e qualquer nova técnica utilizada pelo médico, e que não é aceita no campo da medicina mundial terá que ser aprovada previamente pelo paciente. No entanto, é importante ressaltar, que se o médico optar em utilizar uma determinada técnica, na qual não é perito, ou seja, a qual não domina, assumirá o risco, podendo ser agravada sua culpa. Entretanto, o profissional médico não poderá ser responsabilizado, pois não há culpa, se após o seu atendimento ao paciente são desenvolvidas novas técnicas e produtos, os quais estariam mais aptos a atender tal enfermidade, denominado assim de risco pelo desenvolvimento.

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

No campo dessa responsabilidade, o defeito na prestação de serviço médico no sistema do consumidor não difere, em tese, do defeito por fato do produto ou dos serviços em geral. Em todas as situações, são analisados danos ocasionados na esfera do interesse do consumidor. No tocante aos serviços, mormente os de Medicina, temos de atender às devidas peculiaridades. Segundo a dicção legal, responsabilizam-se solidariamente, independentemente da apuração de culpa, todos os fornecedores participantes da cadeia de fornecimentos de serviços. O estabelecimento hospitalar e os prestadores de serviços médicos podem ser considerados responsáveis. Nesse plano se inserem também os chamados planos de saúde e seguros médicos, que atuam por profissionais, laboratórios e outras entidades credenciadas. (2008, p. 148/149).

No sistema do consumidor, como regra geral, cabe ao consumidor, ou a seu representante, como destinatário do serviço médico, produzir a prova do defeito, assim como demonstrar o dano e o nexo de causalidade. No entanto, se o juiz considerar verossímeis as alegações do consumidor ou quando este for hipossuficiente, poderá determinar a inversão do ônus da prova.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, VIII, traz um dos direitos básicos do consumidor:

Art. 6.º, 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.

A respeito da inversão do ônus da prova devido à hipossuficiência do consumidor, destacamos o seguinte entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. LEGITIMAÇÃO PASSIVA. CIRURGIA PARA REDUÇÃO DO ESTÔMAGO. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO E OBJETIVA DO HOSPITAL. NEXO CAUSAL E NEGLIGÊNCIA NÃO VERIFICADOS. 1. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Possível a determinação judicial em inverter o ônus da prova, a partir da constatação de hipossuficiência técnica da parte autora, mesmo diante da responsabilidade subjetiva do profissional liberal. Inteligência dos artigos 6º, VIII, e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. (TJRS - Apelação n. 70040581258, Rel. Min. Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 20/07/2011, 9ª Câmara Cível).

No campo da responsabilidade médica, a prova do defeito do fornecimento pelo destinatário final do serviço médico é mais difícil, justificando-se assim a inversão do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor é uma faculdade do juiz, independentemente de pedido formulado expressamente pela parte. Entretanto, há no artigo 38, do Código de Defesa do Consumidor, hipótese de inversão do ônus da prova obrigatória, com total aplicação na publicidade de serviços médicos: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem os patrocina.”

Conforme já mencionado, que o Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, é importante ressaltar que a estes serão empregados os demais princípios da lei do consumidor, como por exemplo, a proteção contratual, a inversão do ônus da prova, etc.

É importante destacarmos a previsão trazida pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 51, I:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

A lei do consumidor veio, portanto, facilitar sobre maneira os reclamos de maus serviços médicos, matéria que ainda não ganhou a dimensão esperada nos julgados justamente porque o acesso à Justiça era sumamente dificultado pela manutenção dos princípios tradicionais da responsabilidade civil subjetiva. (2008, p. 151).

Ainda, conforme o autor acima citado:

Poucas atividades possuem carga tão elevada de emotividade e preocupação como o campo da Medicina. Vive o médico sob constante exigência e pressão da sociedade. Não é absolutamente regra geral que a morte e a doença lhe sejam indiferentes. Mais do que em outras profissões, assaltam-lhe dúvidas, sobressaltos e aflições perante a possibilidade de cometer erro e em face de eventuais insucessos. O profissional da Medicina em nosso país luta com permanente falta de recursos para atendimento à grande população. Ao mesmo tempo em que se procura proteger o paciente da má prática, incumbe que não se olvide do lado humano do médico. Uma condenação por má prática, por si mesmo, deteriora não somente a imagem do médico perante a sociedade, senão o próprio médico, em sua personalidade, ou uma decisão desfavorável é, na maioria das vezes, o fim de sua vida profissional. (2008, p. 151).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No direito brasileiro, como já mencionado, a responsabilidade civil médica, em regra, é uma responsabilidade subjetiva, repousando-se no elemento culpa, nas modalidades da imprudência, imperícia e negligência.

Como regra geral, as obrigações que os médicos assumem em face de seus pacientes, são de meio, pois o médico obriga-se a aplicar todos os meios adequados para tratar o paciente, mas não estando obrigado a curar o mesmo. Mas há exceções, onde a obrigação do médico será de resultado, como nas cirurgias plásticas, pois o médico assume um compromisso, previamente acordado, de atingir um determinado resultado.

A responsabilidade civil médica, também é defendida por grande parcela da doutrina e da jurisprudência como sendo contratual, mas em determinados casos podendo ser também extracontratual.

Há causas que eximem a responsabilidade civil médica, não havendo o dever de indenizar, como o caso fortuito ou força maior, o estrito cumprimento de um dever legal e o exercício regular de um direito, o estado de necessidade, a culpa do enfermo, entre outros.

A profissão do médico tem uma grande carga emotiva que a envolve, pois há uma ligação direta do profissional médico com o paciente. Tal profissão sempre procura o bem-estar do ser humano, preservando sua saúde. Mas esse tipo de profissão acarreta riscos tanto para o profissional, quanto para o paciente.

Conclui-se que o médico, o qual lida com a saúde, com a vida humana, tem o dever de empregar todos os meios necessários e técnicas adequadas no

tratamento ou na intervenção cirúrgica do paciente, pois se incorrer em erro, ocasionando dano ao paciente, será responsabilizado, tendo que indenizar a vítima.

## 7 REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 7 v: responsabilidade civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 3 v: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 4 v: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 7 v: responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. *Responsabilidade civil dos médicos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

RUI, Stoco. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 4 v: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. (Coleção direito civil).

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 4 v: responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção direito civil)