



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Centro de Ciências Jurídicas e Políticas

Escola de Ciências Jurídicas

Curso: Direito

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

UMA REVISITAÇÃO AO TEMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Aluno: Manuel Fragoso Machado Junior

Matrícula: 20151361085

Professora Orientadora: Prof. Dra. Patricia Ribeiro Serra Vieira

RIO DE JANEIRO

2019

MANUEL FRAGOSO MACHADO JUNIOR

**UMA REVISITAÇÃO AO TEMA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Orientadora: Prof^a. Patricia Ribeiro Serra Vieira

Rio de Janeiro

2019

RESUMO

O presente trabalho objetiva fazer uma revisão sobre quais são os elementos configuradores da responsabilidade civil por erro médico inicialmente no que tange ao profissional liberal da área de saúde, em especial o médico.

Esta responsabilidade pode surgir no exercício da profissão médica na tentativa prática de cura de doenças. Tal responsabilidade tem natureza contratual, direta e subjetiva em regra. A relação *médico-paciente* pauta-se no dever de informação e preponderantemente gera uma obrigação de meios. Em alguns casos específicos, pode-se falar em obrigação de resultado. Incidem aqui normas presentes no Código Civil e também no Código de Defesa do Consumidor. Este último atribui a essa classe de profissionais a condição de prestador de serviços, mas excetua a forma como respondem civilmente, atribuindo-lhes a necessidade de prova de culpa.

Importante diferenciar o erro médico, que ocorre pela não observância dos devidos procedimentos médicos, seja por imperícia, imprudência ou negligência, também chamado de culpa médica, do erro profissional, que diz respeito ao limite técnico-científico da medicina e não pode ser evitado. Caso este se configure, elide-se o profissional da responsabilidade.

Os procedimentos probatórios nas ações de responsabilidade são bastante complexos. E o ônus é da vítima. Destarte, surgem teorias no Direito estrangeiro para mitigar as dificuldades probatórias quanto ao nexo de causalidade. Duas delas, estudadas aqui são a *perte d'une chance* (teoria francesa e bem aceita no Brasil) e *res ipsa loquitur* (teoria mais comum nos países de *Common Law* e pouco aplicada no Brasil).

Os hospitais e clínicas médicas, estes sim respondem de forma objetiva se configura-se a prova do dano e do nexo de causalidade em casos de erro médico.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil Subjetiva, Responsabilidade Civil Objetiva, Judicialização da saúde.

ABSTRACT

This work aims to review some elements that configure civil responsibility of the doctor for malpractice. The work focus in health personnel, specially the doctor.

The civil responsibility comes from the practical professional actions that the doctor proceed to heal the patient. It is contractual, direct and subjective in nature. The relation between doctor and patient is based on clear information. The obligation contracted by the physician is normally means-oriented. In some cases, it is possible to consider some result-oriented obligation for the medical doctor. The civil law and the consumer law can be both applied to this kind of contracts. The Brazilian consumer law considers medical doctors to be service providers. However instead of applying the objective responsibility criteria, this legislation guarantee that this professionals respond subjectively. Therefore, its responsibility needs any proof of who is to blame.

The medical error must be distinguished from the professional error. The first one occurs due to the infringement to the medical procedures and it is so-called medical guilty. The professional error is related to the limits of the medical science and it could not be avoided. In this case, no responsibility emerges.

The proof of medical responsibility tends to be quite complex. Normally the victim has the burden of proof. Some alien theories can be applied to ease the proof procedure. In this job, two of them are shown: *perte d'une chance* and *res ipsa loquitur*.

Finally, as the Brazilian consumer law determines, the responsibility of hospitals and health centers must be objective, i. e. it is not necessary to proof any kind of guilty. It is sufficient to proof the damage and the causal link between the action and the damage.

Keywords: Malpractice, Civil Responsibility, Subjective Responsibility, Objective Responsibility, Judicialisation of Health.

LISTA DE ABREVIações

CC	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFM	Conselho Federal de Medicina
CPC	Código do Processo Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
2. MOTIVAÇÃO PARA O ESTUDO.....	12
3. OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE: O ATO ILÍCITO.....	15
4. DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE ERRO MÉDICO.....	19
4.1. Erro profissional.....	21
4.2. Erro médico em sentido estrito.....	22
5. ELEMENTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	24
5.1. Responsabilidade Civil Subjetiva do Profissional Médico.....	24
5.2. Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual.....	26
5.3. Obrigações de Meio e de Resultado.....	27
5.4. Responsabilidade direta e indireta.....	33
5.5. O dever de Informar.....	34
5.6. Exclusão da Responsabilidade Civil.....	36
5.7. O erro médico e o ônus da prova.....	36
6. TEORIAS ALTERNATIVAS APLICÁVEIS À RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO.....	40
6.1. Teoria da Perda de uma Chance.....	40
6.2. Teoria <i>Res Ipsa Loquitur</i>	44
7. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE.....	48
7.1. Responsabilidade Civil Objetiva.....	48
7.2. Incidência do Código de Defesa do Consumidor e Responsabilidade Civil Objetiva dos Estabelecimentos Hospitalares.....	49
CONCLUSÕES.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

A pesquisa, realizada no âmbito do Trabalho de Conclusão de Curso, tal como anunciado, visa a uma revisão da doutrina e da jurisprudência nacionais sobre o tema da responsabilidade civil por erro médico.

Como pontua Udelsmann (2002), nos últimos anos, os médicos têm sido alvo de ações indenizatórias, criminais e éticas com frequência cada vez maior. A medicina é uma profissão muito visada, não somente em razão dos riscos que comporta, mas, também, em alguns casos, por uma visão equivocada do Poder Judiciário sobre as obrigações dos médicos. Por outro lado, as decisões nos processos éticos dos Conselhos Regionais de Medicina repercutem na Justiça Comum, e por isso devem ser seguidas com bastante atenção.

A responsabilidade pode surgir no exercício da profissão médica ao cuidar da vida humana em busca da cura de doenças. Em princípio, tal responsabilidade tem natureza contratual, direta, subjetiva. A relação médico-paciente pauta-se no dever de informação e preponderantemente gera uma obrigação de meio. Em alguns casos específicos, pode-se falar em obrigação de resultado. Incidem aqui normas presentes no Código Civil e também no Código de Defesa do Consumidor. Este último atribui a essa categoria de profissionais a qualidade de prestador de serviços, mas excetua a forma como respondem civilmente, atribuindo-lhes a necessidade de prova de culpa.

Dada a gravidade da natureza dos danos ocasionados na cadeia de prestação de serviços de saúde, faz-se necessário delimitar a responsabilidade pessoal ao qual o profissional médico de ser associado.

Nesta toada, deve-se classificar a obrigação assumida, se houve resultado prometido ou simplesmente uma garantia de prestação de cuidados médicos. Além disso, o dever de informar deve sempre ser cumprido pelos profissionais.

Além disso, médicos, na condição de profissionais liberais, não respondem sem a exigência de prova de culpa. Por outro lado, toda a cadeia prestacional, representado por planos de saúde, clínicas, hospitais, pode sim responder objetivamente.

Por outro prisma, os nosocômios (clínicas e hospitais) respondem objetivamente nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, já que são

prestadores de serviço. Para tanto, devem-se configurar os elementos mínimos para a existência da responsabilidade civil.

Apesar de um estudo da repercussão em todas estas esferas jurídicas se mostrar algo bastante desafiador, esta pesquisa se fixará no estudo da repercussão civil para profissionais médicos e estabelecimentos de saúde em caso de erro médico.

O presente trabalho inicia-se com histórico sobre a responsabilidade civil, dando um breve panorama sobre o estado atual dos conceitos nessa área no Capítulo 2. Toma lugar então, no Capítulo 3, uma relação de justificativas motivadoras para o estudo, sendo elas baseadas em notícias sobre casos de erro médico e estatísticas no Conselho Federal de Medicina. Faz-se então necessário delimitar o que configura um erro médico culposo, objeto central da responsabilização civil do profissional. Esta tarefa é cumprida no Capítulo 4. Já o Capítulo 5 visa a configurar com mais detalhes, do ponto de vista clássico, os elementos necessários para que a responsabilidade civil se afigure. Destina-se o Capítulo 7 para teorias alternativas aplicáveis a esta seara, sendo elas: *perte d'une chance* e *res ipsa loquitur*. Finalmente são tecidas algumas conclusões.

1. HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Está na essência da natureza humana esta necessidade de reagir contra qualquer ato que venha a nos causar algum tipo de dano ou prejuízo. Esse impulso existente desde os primórdios tornou-se disciplinado e limitado à medida em que a sociedade e, conseqüentemente, as relações humanas foram se desenvolvendo. Assim, a responsabilidade civil é o instituto jurídico responsável por disciplinar essas relações sempre que, em decorrência da atitude de alguém ou de riscos assumidos por essa pessoa, um terceiro vier a ser prejudicado, lesado.

Nos primórdios da sociedade, quando não existiam as leis ou a autoridade soberana do Estado, o só-fato de ocorrer o dano era suficiente para provocar a reação imediata e brutal do ofendido, sendo o fator culpa totalmente irrelevante para fins de responsabilização do ofensor. Preponderava, pois, a ideia de vingança privada, exercida mediante a autotutela, a qual não se submetia a regras ou qualquer limitação (GONÇALVES, 2012, p. 47).

Pode-se dizer então que a responsabilidade, em sua concepção primária, centrava-se unicamente no conceito de dano. Portanto, bastava que o agente experimentasse um prejuízo para, ipso facto, legitimar-se a buscar a sua reparação ainda que não restasse caracterizado o agir culposos do lesante (LIMA, 1998, p. 23-24).

Entretanto, essa realidade foi modificada com a edição da Lex Aquilia de Damno (ano 286 a.C.), a Lei Aquilia, que, além de fixar parâmetros capazes de regulamentar a reparação do dano – por meio de indenização – acabou por consagrar a culpa como elemento fundamental para a configuração da responsabilidade - *In lege Aquilia et levissima culpa venit* (LIMA, 1998, p. 23-24).

Neste sentido, observa Alvino Lima (1998, p. 23-24) que, embora a maioria dos doutrinadores sustente a tese de que a culpa é “requisito essencial ao direito de reparação do dano causado”, outros (Emilio Betti, Mario Cozzi e Leon, por exemplo), em via oposita, acreditam que “este elemento teria sido introduzido, pouco a pouco, por força da interpretação, à vista das necessidades sociais”. Por fim, aponta o referido autor que “A discussão sobre o assunto tem apenas interesse teórico [...]”.

Ao longo do tempo, abandonou-se o critério meramente objetivo, difundindo-se a ideia da responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, ainda que levíssima, com

base na lei Aquilia, tendo sido adotada e aperfeiçoada pelos mais diversos ordenamentos jurídicos (TELLECHEA, 2013, p. 3).

Nos dias atuais, apesar de a culpa ser o principal fundamento para a responsabilização civil, não mais subsiste com único fundamento para a responsabilidade. O avanço das técnicas de produção e das relações de consumo trazidos a partir da Revolução Industrial à vítima “ficava cada vez mais difícil a comprovação da culpa na conduta do agressor, isso porque tais danos, não necessariamente, seriam causados diretamente por humanos, mas, na grande maioria dos casos, por máquinas” (TELLECHEA, 2013, p. 4).

Destarte, ao lado da teoria clássica ou subjetiva – fundada na culpabilidade do agente –, segundo STOCO (2007, p. 155), começou a ganhar espaço, novamente, a ideia de responsabilidade objetiva, fundada no risco, que há muito havia sido abandonada. É nesse movimento do final do século XIX que se observa o nascimento da doutrina objetivista.

Como consequência desse movimento que se tornava cada vez maior e absorvente, se esboçou e tomou corpo a teoria da responsabilidade sem culpa, também conhecida como teoria do risco. Segundo essa corrente doutrinária, a culpa deixava de ser elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade civil que, abandonando seus elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre eles), vinha a assentar-se na equação binária cujos pólos eram o dano e a autoria do evento danoso. Por esse viés da responsabilidade, era relevante, para fins de ressarcimento, apenas a verificação da ocorrência do evento e se dele emanara o prejuízo, sem que fosse necessário se cogitar acerca da imputabilidade ou da antijuridicidade do fato danoso. (STOCO, 2007, p. 156-157)

Conforme leciona STOCO (2007, p. 154-155), porém, foi árdua e demorada a passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva. O primeiro passo deste processo, foi o reconhecimento pelos tribunais de uma culpa com maior facilidade, de modo a extraí-la das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos envolvidos. Então evoluiu-se para a fase das teorias intermediárias, sendo a mais relevante delas a ideia da culpa presumida que, sem abandonar a culpa como critério fundamental da responsabilidade civil, passou a admitir a inversão do ônus da prova em determinados casos, ou seja, notabilizando uma benesse processual.

2. MOTIVAÇÃO PARA O ESTUDO

Os profissionais médicos carregam consigo, no exercício de sua profissão, uma responsabilidade de zelar pela vida humana em busca da cura de doenças. Entretanto, os procedimentos médicos não são infalíveis. Tampouco os profissionais o são.

Com o avançar das tecnologias de tratamento a medicina tem vislumbrado um campo de atuação cada vez maior. Desse modo, maiores também são as possibilidades de que as coisas deem erradas, levando muitas vezes médicos e pacientes a conflitos judiciais envolvendo questões que desembocam na responsabilidade civil.

Segundo a publicação eletrônica PEBMED (CALIGARI, 2018):

incidentes envolvendo erro médico, infelizmente, são mais comuns do que gostaríamos de admitir. De acordo com o Segundo Anuário de Segurança Assistencial Hospitalar no Brasil, do Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS), 54.076 pessoas morreram em 2017 em decorrência da má conduta profissional. Conforme o documento, a cada hora seis pessoas são vítimas de eventos adversos originados por erro de diagnóstico ou negligência médica no Brasil. No Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram registradas no ano passado 26 mil ações judiciais por erro médico, o que daria uma média aproximada de três processos por hora no país.

Ainda segundo aquela publicação, o Conselho Federal de Medicina (CFM) define erro médico como “o dano provocado no paciente pela ação ou inação do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo. Há três possibilidades de suscitar o dano e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência”. Frequentemente, notícias de má prática profissional tomam conta dos noticiários em rede nacional, principalmente quando o desfecho é a morte acidental do paciente.

Segundo a revista VEJA (2016):

cada três minutos, cerca de dois brasileiros morrem em um hospital por consequência de um erro que poderia ser evitado. A conclusão é de um estudo apresentado nesta quarta-feira no Seminário Internacional “Indicadores de qualidade e segurança do paciente na prestação de serviços na saúde”, realizado em São Paulo.

Na matéria a revista afirma que as falhas, chamadas de “eventos adversos”, representam problemas como os que vão desde erro de dosagem ou de aplicação

de medicamentos até uso incorreto de equipamentos e infecção hospitalar. A pesquisa, realizada pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (Iess), estima que, em 2015, essas falhas acarretaram em 434.000 óbitos, o equivalente a 1.000 mortes por dia. Além da morte, os eventos adversos também podem gerar sequelas com comprometimento do exercício das atividades da vida do paciente.

Isso significa que esses “incidentes” – erros, negligência ou baixa qualidade do serviço – podem ser uma das principais causas de morte dos brasileiros. De acordo com esse cenário, essas mortes seriam a primeira ou segunda causa de óbitos no país, à frente de doenças cardiovasculares e câncer que em 2013 mataram 339.672 e 196.954 pessoas respectivamente. (VEJA, 2016)

No mundo, segundo o estudo, ocorrem anualmente 421 milhões de internações hospitalares anuais e 42,7 milhões de eventos adversos, um problema de saúde pública reconhecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Nos Estados Unidos, país com população de quase 325 milhões de pessoas, são registrados cerca de 400 mil óbitos por ano provocados por eventos adversos, sendo a terceira principal causa de mortes no país, depois de doenças cardiovasculares e câncer. (VEJA, 2016)

A reportagem apresenta um conjunto de cenários para projetar a incidência de mortes provocadas pelos eventos adversos nos hospitais brasileiros. No mais conservador, a projeção é de cerca de 104.000 casos por ano, se toda a rede hospitalar brasileira fosse parametrizada por padrões de excelência, como certificações internacionais no nível mais elevado. Entretanto, como a maioria dos hospitais brasileiros públicos e particulares não cumpre esses requisitos, a base mais realista do estudo é a que aponta até 434.000 mortes em 2015.

Além das vidas perdidas, o estudo projeta que, em 2015, os eventos adversos consumiram entre 5,19 e 15,57 bilhões de reais de recursos da saúde privada brasileira. Não foi possível estimar as perdas para o Sistema Único de Saúde (SUS) porque os valores pagos aos hospitais se originam das Autorizações de Internações Hospitalares (AIHs) e são fixados nas contratualizações, existindo outras fontes de receita não operacionais, com enorme variação em todo o Brasil.

Em matéria publicada pela BBC Brasil, (ALVIM, 2018), observa -se que as acusações referentes a erro médico somaram 70 novas ações por dia no país – ou três por hora – em 2017. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram pelo menos 26 mil processos sobre o assunto no ano passado. O órgão compila dados

enviados por tribunais estaduais e federais, além do STJ (Superior Tribunal de Justiça) - onde foram parar os dois casos citados anteriormente. Por inconsistências metodológicas entre as bases, contudo, o número pode ser maior.

O conselho não recomenda a comparação da evolução anual. Mas os números de alguns tribunais dão a dimensão da tendência com o passar dos anos: no STJ, novos casos referentes a erro médico passaram de 466 em 2015 para 589 em 2016 e 542 em 2017. No TJ-SP, o maior do país, os números passaram de 5,6 mil (2015) a 2,9 mil (2016) e, finalmente, 4,6 mil (2017).

Para entrevistados pelo portal, nos diversos lados do balcão, o volume de ações na Justiça se relaciona com um quadro mais geral de intensa *judicialização da saúde*. Este é o nome dado à crescente busca, por parte de cidadãos, do judiciário como alternativa para garantia do acesso à saúde, por exemplo por remédios ou tratamentos - o que, por sua vez, esbarra nas limitações orçamentárias do Poder Público ou no planejamento de sociedades empresárias privadas do ramo.

Portanto, a motivação para este estudo, nas palavras de Grião (2015, p. 11) advém do fato de a ciência da medicina possuir em seu bojo um aspecto de extrema importância no que diz respeito à responsabilidade, porque de um lado encontra-se uma vida e do outro o profissional na tentativa de salvá-la. Daí a importância de se estudar a responsabilidade do profissional desta área quando o objetivo principal não é alcançado, seja por uma questão de um dever, seja por uma obrigação contratual.

3. OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE: O ATO ILÍCITO

Conforme a lição de Girão e Andrade (2015, p. 3), toda responsabilidade introduz a noção de uma restauração e equilíbrio, seja moral ou patrimonial, o qual o autor da infração está intrinsecamente obrigado a fazê-la, seja pela sua convicção moral ou por uma obrigação jurídica. Assim, responsabilidade deve ser entendida como restauração de um equilíbrio como solução para a reparação de um prejuízo.

Para que se possa conceituar o assunto responsabilidade por erro médico, deve-se de antemão fazer uma distinção acerca do que é uma responsabilidade e uma obrigação (GIRÃO & ANDRADE, 2015, p 3). Gonçalves (2015, p. 24) menciona que: “obrigação é sempre um dever originário; enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüentemente à violação do primeiro”.

Como exemplo, apresenta Girão e Andrade (2015, p. 4), caso um profissional ofereça seus serviços e estes venham a ser aderidos por uma pessoa, perpetra-se na celebração do negócio jurídico, a obrigação originária. Assumindo esta obrigação, o devedor, neste caso, o prestador de serviços, estará obrigado a concluir com perfeição aquilo que fora pactuado, sob a sanção de afrontar o dever jurídico originário, fundando, dessa forma, a responsabilidade e conseqüentemente o dever de restaurar o prejuízo.

Assim,

em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação, sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de observar a quem a lei imputou a obrigação ou dever originário (GONÇALVES, 2015, p. 24).

Outra forma de definir a responsabilidade é

ter como causa a própria ação ou ato ilícito, como também, o fato ilícito de outrem por quem, em virtude de regra legal, se responde ou se é responsável” (SILVA, 2002, p. 713).

Nessa esteira,

tem-se considerado que responsabilidade é a sucessão de uma obrigação originária derivada da conduta humana, a qual vincula um credor e um

devedor numa relação jurídica à que a Lei imputa responsabilização pela inadimplência de um dever legal, que terá a restauração de um direito violado como finalidade e solução jurídica (GIRÃO & ANDRADE, 2015, p. 3)

A obrigação, ainda segundo Girão e Andrade (2015, p. 4) surge de modo único com o mero exaurimento da vontade humana em assumir para si imputação originária, ou seja, assumir uma prestação a qual lhe fora conferida. A obrigação é uma relação jurídica de cunho pessoal, onde o seu detentor deve cumpri-la livre e espontaneamente.

Quando a obrigação não é adimplida, surge a responsabilidade em segundo plano. A responsabilidade deriva da inadimplência de uma obrigação a qual fora imposta a outrem, ou seja, sucede de uma obrigação.

Existem obrigações sem que haja em consequência responsabilidade? Sim. Não fugindo do assunto deste trabalho científico, mas explanando uma hipótese para melhor entendimento, as dívidas prescritas é exemplo. E o inverso? Existem responsabilidades sem obrigação? Do mesmo modo que algumas obrigações não geram responsabilidades, esta última também pode nascer sem intermitência da primeira, como exemplo o fiador de um imóvel, pois o obrigado a assumir com o pagamento pela coisa é o afiançado, sendo assim o fiador apenas assume responsabilidade pela eventual inadimplência do afiançado. (GIRÃO & ANDRADE, 2015, p. 3)

O ato ilícito é outro conceito bastante relevante e se transpassa para vários ramos do direito, seja no direito civil, penal, administrativo, entre outros direitos. O ato ilícito é a causa principal do surgimento da responsabilidade. Portanto, ato ilícito e responsabilidade são institutos diferentes. Entretanto, também existem casos em que se fala em existência de responsabilidade por ato lícito, como nos casos de danos causados para remover perigo iminente (estado de necessidade).

Importante ressaltar que o abuso de direito se equipara a um ato ilícito. Este pode ser entendido como o fato de se usar de um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a sociedade permitem. O exercício de um direito não pode afastar-se da finalidade para a qual esse direito é concebido. Aquele que transborda os limites aceitáveis de um direito, ocasionando prejuízo, deve indenizar.

Quando se trata da responsabilidade civil por erro médico, o conceito de ato ilícito está ligado, nas palavras de Girão e Andrade (2015, p. 4) à configuração da culpa, mas que também pode almejar ilicitude sem culpa. Partindo-se diretamente

para a natureza penal tem-se o dolo como seu pressuposto. Assim, o ato ilícito pode ser definido como a toda ação ou omissão voluntária, calcada na negligência, imprudência ou imperícia violando direito e causando danos a outrem, por dolo ou culpa.

A prática de ato ilícito faz surgir um dever cívico do violador de repará-lo, sendo justificado pelos ressarcimentos dos danos causados, assim regulados pelo direito civil e tendo a indenização como solução para com a ilicitude do ato.

A responsabilidade médica por ato ilícito, faz surgir a obrigação do profissional de saúde em ressarcir os prejuízos que causar em seus pacientes, sejam por uma ação dolosa ou por ato negligente, imprudente, ou ainda, de imperícia, nos demais casos em que o profissional não está habilitado a desenvolver atividade complexa que a lei determina capacitação especial (GIRÃO & ANDRADE, 2015, p. 3).

Isto encontra fundamento primevo no Código Civil, artigo 186, que, no que tange à responsabilidade civil subjetiva, dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Embora o referido código considere o dolo e a culpa por negligência e imprudência como ilicitudes, a doutrina menciona que a imperícia, também, está implícita no artigo supra fundamentando o raciocínio pela teoria subjetiva para aferir a responsabilidade de um ato.¹

Leciona Gonçalves (2015, p. 52) que os pressupostos da responsabilidade civil se subdividem em quatro modalidades: (1) ação ou omissão, (2) culpa ou dolo, (3) relação de causalidade e (4) o dano experimentado pela vítima. São estes pressupostos que definem o grau de responsabilidade do agente e consequente modo de reparação.

De primeiro plano serão analisadas a ação e a omissão. A ação é vontade de fazer algo e, de modo oposto, a omissão se consubstancia em um não fazer. A responsabilidade por estes institutos pode emergir de próprio ato, ou por ato de outrem, pois a Lei é clara no tocante a exprimir noção de abranger maior proteção aos vitimados de ato ilícito.

1 O artigo 186 é a cláusula geral para a responsabilidade subjetiva. Entretanto, é importante ressaltar que o sistema de responsabilidade civil no Brasil é dual, havendo a possibilidade da responsabilidade objetiva, isto é, sem culpa, que está insculpida no art. 927, parágrafo único do Código Civil.

Isto significa que a lei menciona a expressão aquele de modo amplo, podendo alcançar terceiros da relação jurídica com o paciente em relação a algum tratamento médico, como por exemplo, enfermeiros. Outro aspecto relevante é que notadamente no supracitado artigo menciona-se ação e omissão, tendo o dolo em seu bojo e a culpa correspondendo à negligência, imprudência ou imperícia.

Para Girão e Andrade (2015, p. 5), é condição em regra para que haja reparação de algum dano a comprovação ao menos do dolo ou da culpa, que sem os quais impossibilitam o êxito em eventual demanda. Com a comprovação do dolo, mensura-se o grau de responsabilidade do agente para que a correspondente indenização seja atribuída à vítima. No que tange à culpa, essa também é utilizada para medir a extensão do dano e viabilizar a sua quantificação.

Outro aspecto importante no estudo da responsabilidade tange a relação de causalidade. O nexos causal é próprio para estabelecer o elo entre a ação ou a omissão do agente com o dano praticado. Não há imposição legal de indenizar se não for comprovada a causalidade do evento com o dano. Portanto, a ação ou a omissão do agente deve necessariamente conter nexos com o resultado, pois, se não havendo, uma excludente de responsabilidade faz-se presente.

Um exemplo em que uma pessoa, necessitando de uma cirurgia para retirada de um projétil de arma de fogo, após o procedimento cirúrgico venha falecer decorrente de complicações do próprio organismo. Entende-se por isso, que houve uma ação do médico-cirurgião na tentativa de salvar uma vida. Contudo não há nexos de causalidade para com o resultado, haja vista que a ação de suprimir a vida de outrem não partiu de si. No que tange o procedimento cirúrgico, se sobressai na tentativa incerta de salvar a vida do paciente. Com efeito, não há motivo plausível para responsabilizar civilmente o médico pela morte do paciente, portanto, não há relação de causalidade entre os eventos. (GIRÃO & ANDRADE, 2015, p. 5)

Por fim, ao se analisar o dano, não pode haver responsabilização de alguém sem que haja prova da sua existência e o modo pelo qual este decorreu. Com isso, para poder obter êxito na reparação, é imprescindível que se faça a prova do dano, porquanto sem a prova do dano seria injusto aplicar responsabilização civil a outrem.

4. DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE ERRO MÉDICO

Necessário se faz a conceituação do que seria o erro médico. Segundo Campos e Scapin (2013), é comum a doutrina considerar o “erro médico” em sentido amplo como gênero do qual existem duas espécies: (1) erro profissional, também intitulado de erro de técnica, (2) o erro médico (sentido estrito), chamado de erro culposo ou culpa médica.

O ato médico ensejador de responsabilidade pode se consistir numa ação ou numa inação culposa. A ação se constituirá em conduta positiva imperita ou imprudente no desenvolvimento de sua atividade profissional, enquadrável dentro dos parâmetros comuns da responsabilidade. Por outro lado, a conduta negativa, a inação, poderá se constituir tanto em negligência no diagnosticar ou numa intervenção sobre a saúde de um paciente, causando-lhe um dano, como numa violação mais forte de deveres éticos, o que pode vir a se refletir na esfera penal. (BRANCO, 2000, p. 2)

Segundo Girão e Andrade (2015, p. 8), não existe fácil explicação sobre o assunto dada a subjetividade da culpa com relação à atividade exercida pelo profissional de saúde. A questão central diz respeito a identificar o que caracteriza o erro médico e a posterior responsabilidade? E, ainda que o profissional de saúde utilize de todos os meios para solucionar um problema o que irá excluir sua culpa no que tange a responsabilização civil? Ademais, se por alguma circunstância um tratamento ou procedimento venha a ter um resultado inesperado pela reação do organismo do corpo humano, é possível haver responsabilidade por erro? Outrossim, é fundamental saber conceituar o que vem a ser um erro médico para que se possa aplicar juridicamente a decorrente responsabilização do profissional.

Para compreensão do tema, nas palavras de Girão e Andrade (2015, p 9), é importante, de antemão, fazer uma breve distinção entre saúde e doença. Cite-se Giostri (2001, p. 57) que ensina que saúde em sentido amplo “é o bem estar de um indivíduo; e que doença é tudo aquilo que afaste tal situação”.

Ainda para aquela autora, nessa linha de raciocínio, o erro pode se derivar quando a saúde, ou seja, o bem estar do indivíduo venha a ser flagelado por enfermidade a qual não possuía em razão de uma ação ou omissão praticada pelo médico, que por negligência ou imprudência, deixou de tomar os devidos

procedimentos a seu alcance para zelar pelo bem estar do paciente, causando-lhe doença, em sentido amplo. Sob este liame, Giostri leciona que

o trabalho médico se sirva de procedimentos par combater a doença no intuito de restabelecer o estado de saúde, concludente, o erro seria representado pelo desvio ocorrido na obtenção daquele objetivo. Erro médico pode, então, ser entendido como uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou omissão do profissional. (GIOSTRI, 2001, p. 57)

Para Girão e Andrade (2015, p. 9), em consonância com Giostri, o erro médico somente acontece no instante em que a almejada cura para a saúde humana se desvia do resultado obtido, seja pela ação ou omissão.

Por outro lado, Girão e Andrade (2015, p. 10) lembra que o erro não somente se origina do não alcance do resultado, mas, também, do mau procedimento adotado pelo médico ante as mais variadas técnicas medicinais.

Pode-se, então, concluir, nas palavras de Girão e Andrade (2015, p. 10) que erro médico caracteriza-se por fato ocasionado de modo inesperado pelo profissional e que traz como pressupostos ação ou omissão decorrente de negligência, imprudência ou imperícia, gerando determinado grau de culpa, em virtude de acidente imprevisível, devendo ainda, ser levada em consideração a capacidade técnica do profissional e a previsibilidade do resultado como acidente e ausência de controle. Ressalte-se em se tratando do bem estar de um indivíduo, nem sempre é possível restaurar o *statu quo ante* do paciente.

Acidente imprevisível é o decorrente de lesão não desejada e evitada de caso fortuito ou força maior, tendo nesta qualidade a incapacidade de se prever e evitar o resultado danoso, sendo, este último, a ser tratado como o mal propriamente dito, decorrente a atividade ou inatividade do médico. (GIRÃO & ANDRADE, 2015, p. 10)

Alguns exemplos já noticiados e trazidos por Girão e Andrade (2015, p. 11):

uma pessoa, necessitando de cirurgia para amputar a perna esquerda, mas, o médico cirurgião não se atenta e amputa a direita. Este tipo de situação traz enorme angústia e sofrimento para o paciente, posto que ficará sem os dois membros inferiores, pois o saudável já não existe mais, e será necessária nova cirurgia pra amputar a perna doente.

(...) aplicação de medicamentos diretamente na veia do paciente com inobservância do profissional aos rótulos dos líquidos injetados, aplicando substâncias distintas das quais o paciente realmente necessita, vindo, em vários casos, o falecimento do indivíduo.

4.1. Erro profissional

Venosa (2013, p. 150) faz a distinção entre erro médico – profissional para outros autores – e culpa médica, distinguindo as duas coisas. Na primeira menciona que o erro médico se consuma quando a ação médica é correta. Contudo, os meios técnicos aplicados ao caso concreto são incorretos. Na segunda situação, por outro lado, há imperícia no tocante a conduta do médico, que se incorreta caracterizará a culpa

O foco principal e que distingue uma da outra é que o erro profissional possui liame com a técnica empregada, já a culpa se agrega a conduta, podendo ser apreciada pela imprudência, negligência ou imperícia, como por exemplo, o médico praticar técnica ultrapassada, se assim já reconhecida pela categoria da profissão (VENOSA, 2013, p.150).

Segundo Girão e Andrade (2015, p. 11), essas circunstâncias são de extrema relevância para apurar o grau da culpa, tanto cível quanto penal do profissional, identificando, portanto, a responsabilidade médica.

Para CAMPOS e SCAPIN (2013), “haverá erro profissional nas hipóteses em que a conduta médica selecionada é adequada, mas a técnica empregada é incorreta, ou seja, o médico aplica corretamente uma técnica considerada ruim para aquela situação específica”. Neste caso, o erro é escusável, pois se justifica, principalmente quando se cuida de técnica médica conhecida e usual, de forma que qualquer profissional diligente e cuidadoso estaria sujeito a cometer tal falha. Afirma STOCO (1999 apud CAMPOS e SCAPIN, 2013) que *o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.*

4.2. Erro médico em sentido estrito

Segundo Cavaliere (2018, p. 373), médicos erram porque são pessoas, sendo este o preço que os seres humanos pagam pela habilidade de pensar e agir. Afirma que o erro ocorre em todas as profissões. No caso da atividade médica, de forma particular, o problema é que o médico tem como objeto de seu labor a vida humana e em situações muitas vezes imprevisíveis, o que torna seu erro mais dramático, haja vista que de uma simples falha na atuação do profissional podem resultar consequências graves e às vezes irremediáveis para o indivíduo, tal como a perda da vida.

É importante frisar que o erro profissional – ou de técnica – jamais pode ser confundido com o erro médico – ou culpa médica (sentido estrito), haja vista que de cada um resultam consequências diversas para o profissional.

O erro médico em sentido estrito, também intitulado culposo, este decorre de culpa médica *stricto sensu*. Entretanto, o médico que agir dolosamente no sentido de causar prejuízo ao paciente deverá também ser responsabilizado. Destarte, como pontuam CAMPOS e SCAPIN (2013, p. 261):

se no exercício de sua arte, o médico age com cautela e diligência, não cometerá erro médico culposo, de forma que não responderá pelos danos decorrentes de sua atividade. Todavia, agindo de forma contrária, o cometerá, razão pela qual por ele será responsabilizado, competindo-lhe reparar os danos causados pela sua conduta culposa.

Como aludem CAMPOS e SCAPIN (2013, p. 257), reconhece-se que, de um modo especial, existe grande dificuldade em analisar a ocorrência de um erro médico, haja vista que sua apuração depende de inúmeros outros fatores que não somente a atuação adequada do profissional da área.

Isto porque, como nos ensina o CAVALIERI FILHO (2018, p. 373):

além da realização do diagnóstico correto, da determinação do tratamento adequado, para obter sucesso na terapia aplicada, é preciso analisar as reações do próprio organismo do paciente, que varia de uma pessoa para outra, como também a evolução natural do quadro apresentado.

Portanto, deve-se considerar o fato de o médico assumir obrigação de meio para determinar a amplitude dos danos causados na prática médica. Este dever se

refere, conforme ensinam CAMPOS e SCAPIN (2013, p. 257), *ao dever de prestar cuidados conscienciosos, aplicando as técnicas médicas adequadas para a situação*. Porém, ressalta-se que o profissional não se compromete em curar e salvar a vida do paciente.

O erro tolerável em medicina, do qual não resulta o dever de indenizar, é o erro não-intencional, o acidente imprevisível ou “infelicitas facti”, que se diferencia da culpa médica, ou seja, dos casos de imperícia, imprudência ou negligência. (SANTOS NETO, 1997 apud CAMPOS e SCAPIN, 2013, p. 257)

Em suma, o erro médico em sentido estrito ou culposo decorre de uma conduta profissional caracterizada por imprudência, negligência ou imperícia, a culpa médica, que se caracteriza pela simples realização de um ato sem atentar-se às normas impostas pelo conhecimento médico médio, mesmo que não tenha sido desejado por seu agente.

5. ELEMENTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil do profissional da Medicina deriva da culpa no sentido amplo, esta engloba o dolo, ou seja, a vontade premeditada de causar dano, e a culpa em sentido estrito (UDELSMANN, 2002).

Inicialmente, há que se verificar a real ocorrência de algum dano ao paciente. Havendo dano, há que se auferir a noção do nexo de causalidade, ou seja, é imperativo que se estabeleça que a lesão foi realmente causada por ação ou omissão do médico e sua culpa.

A culpa em sentido estrito tem três vertentes: a imprudência, a negligência e a imperícia. A imprudência se caracteriza pela prática de atos de risco não justificados, afoitos, sem a cautela necessária. A negligência é um ato omissivo, quando o médico deixa de observar regra profissional já bem estabelecida e reconhecida pelos colegas da especialidade. E a imperícia é o despreparo, a prática de determinados atos sem os conhecimentos técnico-científicos necessários para realizá-los (UDELSMANN, 2002).

A lei nº 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), no seu artigo 14, §4º, confirmou a necessidade da verificação da culpa dos profissionais liberais, contrariamente aos demais fornecedores de serviços, como exigência para reparação de dano em caso de erro médico.

A aferição da culpa do médico obedecerá então a uma equação com três incógnitas: ação ou omissão culposa + relação de causalidade + dano = responsabilidade civil.

5.1. Responsabilidade Civil Subjetiva do Profissional Médico

Até a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade médica era disciplinada pelos arts. 159 e 1.545 do Código Civil, de 1916, fundamentada na teoria da responsabilidade subjetiva, ou seja, com a necessidade de comprovação da culpa do agente para determinar o dever de reparar danos. Entretanto, as mudanças sociais dos últimos anos revelaram a necessidade de uma disciplina quanto aos aspectos consumeristas presentes.

Com as alterações provenientes da nova sociedade de consumo, o médico, que era uma pessoa escolhida pela família para acompanhar toda a vida do paciente, passa a ser um profissional selecionado mais pelo seu nível de conhecimento e grau de especialização do que por qualquer outro motivo específico, de forma que, para a maior parte da doutrina e da jurisprudência, passou a ser considerado um fornecedor que presta serviços médicos, justificando-se a aplicação das regras constantes no Código de Defesa do Consumidor. (CAMPOS e SCAPIN, 2013)

Entretanto, há discussão, principalmente em virtude da própria natureza dos serviços médicos, sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica estabelecida entre médico e paciente. Certo é que a prestação de serviços médicos se enquadraria na definição de serviço contida no parágrafo segundo do artigo terceiro do CDC, dando ao profissional o *status* de fornecedor, como no *caput* do mesmo artigo e ao paciente, o de consumidor, como previsto no artigo segundo. Entretanto:

A atividade médica não pode ser simplesmente caracterizada como uma prestação de serviços tal como outra qualquer, haja vista que o dever do médico, no exercício da Medicina, vai muito além da obrigação de atender o paciente em contrapartida do recebimento dos honorários profissionais. (CAMPOS e SCAPIN, 2013)

Para pontuar o fato de a responsabilidade civil do profissional médico ter natureza subjetiva, apresenta-se o julgado:

INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. **ERRO MÉDICO**. PARTO. MORTE DO FETO. **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO**. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. PROVA PERICIAL. **CULPA NÃO COMPROVADA**. A configuração da responsabilidade civil dos médicos, ressalvados os casos de cirurgia estética, reclama a prova de sua culpa, na modalidade imprudência, negligência ou imperícia, em procedimento cirúrgico ou no tratamento do paciente. A responsabilidade do hospital, por sua vez, é objetiva, e, ainda que não dependa da prova de culpa, necessária a prova da deficiência na prestação dos serviços. Não resta configurado o ato ilícito e o conseqüente dever de indenizar por danos quando a prova pericial não aponta a existência de erro médico. (TJ-MG - AC: 10699090970053001 MG, Relator: Cláudia Maia, Data de Julgamento: 30/07/0019, Data de Publicação: 09/08/2019)

5.2. Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

Como apresentado por Angelim (2018, p. 16), o contratante que não cumprir com suas obrigações, numa relação jurídica contratual, em virtude de sua inadimplência, terá de indenizar o outro. Assim, a obrigação de indenizar aparecerá somente quando uma das partes contratantes não adimplir parte ou todo o contrato.

Destarte, a responsabilidade contratual caracteriza-se pela presença de um contrato que liga, através de relações jurídicas, as partes. Serão elas portanto agente e vítima. Já que o contrato é fonte de obrigações, sua inexecução também será: a violação de uma obrigação anterior é o que caracteriza a responsabilidade civil contratual. O artigo 389 do Código Civil dispõe que “não cumprindo a obrigação (...) responde o devedor por perdas e danos”. O agente causador do inadimplemento contratual será o incumbido de provar que não houve descumprimento das cláusulas contratuais (ANGELIM, 2018, p. 17).

Por outro lado, em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, não há vínculo contratual entre agente e vítima, mas existe um vínculo legal. O agente, por omissão ou ação, causará um dano à vítima por conta do descumprimento de um dever legal. O Código Civil, em seu artigo 186, conceitua “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Na responsabilidade extracontratual, cabe à vítima ou ao queixoso demonstrar os requisitos caracterizadores entre o comportamento do agente e o dano que foi sofrido (ANGELIM, 2018, p. 17).

Deve-se frisar que, a culpa surgindo da quebra do contrato ou de uma infração à lei, surgirá a obrigação de indenizar a vítima na medida do dano causado. O efeito principal que justifica a cisão entre estas modalidades de responsabilidades é a diferenciação sobre a quem cabe o ônus da prova.

Nesta esteira, na existência do contrato, na sua esfera será apurado o inadimplemento parcial ou mora, ou o inadimplemento total ou descumprimento. Por outro lado, não havendo contrato, será na ação do agente que a culpa deve ser aferida.

Ainda que exista contrato, em qualquer responsabilidade profissional, há um campo de conduta profissional a ser examinado, independentemente de existência

de convenção. Isto não afasta a natureza contratual da responsabilidade civil daquele profissional. A obrigação assumida é de meio e em seu bojo considera a necessidade de diligência e perícia nos serviços prestados.

Entretanto, para alguns autores, devido a necessidade de análise da conduta sem a possibilidade de presunção de culpa, responsabilidades contratual e extracontratual surgem simultaneamente (ANGELIM, 2018, p. 17).

Contudo, como assegura Dias (2010, p. 296) “o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir culpa”. Assim, pode-se entender que embora haja uma relação contratual, a presunção da culpa é relativa, pois dependerá dos meios utilizados para se alcançar o resultado esperado ou sua proximidade de forma que todos os métodos sejam empregados corretamente.

Diante desta explicação, nas palavras de Girão e Andrade (2015, p. 11),

a responsabilidade médica é estrita, haja vista que o referido profissional não tem, com exatidão, a certeza da cura para com o paciente, porém seu comprometimento estará resguardado pela sua metodologia e regras da ciência por ele praticada na tentativa de curar.

Em linhas gerais, não havendo sucesso por parte do médico em curar um paciente, restrita deve ser a aferição contratual para responsabilizar o médico, eis que a mera frustração de não se conseguir curar o cliente não gera o reconhecimento da inadimplência do profissional de saúde.

5.3. Obrigações de Meio e de Resultado

Conforme aponta COSTA (2016), diante do estabelecimento do acordo de vontades entre médico e paciente, tal relação jurídico-obrigacional é que revela a natureza contratual da prestação médica.

Importante na análise deste contrato de prestação de serviços médicos é se a obrigação assumida pelo profissional se amolda a obrigação de meio ou de resultado, como classicamente diferenciado pela doutrina.

A distinção entre estas classes é bem representada nas palavras de COSTA (2016):

Nas obrigações de meio, o profissional se compromete a agir com o cumprimento das regras da medicina, sem garantir o resultado pretendido pelo paciente. É dizer-se que não está obrigado a curar seu cliente, mas tão somente proporcionar os cuidados adequados segundo o grau de evolução da ciência. Assim, caso o tratamento não seja bem sucedido, não há que se falar em presunção da culpa do médico ou em inadimplemento contratual.

Já no que concerne as obrigações de resultado, há um comprometimento do devedor em atingir um determinado fim, mesmo que não se possa garantir 100% de cumprimento da obrigação. A não realização do resultado esperado implica no inadimplemento contratual.

A obrigação de meio se caracteriza por uma obrigação de efetivo tratamento, mas sem responsabilidade por resultado diverso. Um exemplo trazido por Girão e Andrade (2015, p. 13)

Cite-se, por exemplo, um paciente em estado terminal de câncer, o médico possui o dever e responsabilidade de utilizar de todas as técnicas medicinais na tentativa de curar o paciente. Contudo, por se tratar de uma doença que, na maioria dos casos, não tem cura, resta apenas ao médico a tentativa de salvar a vida do enfermo. Se este, contudo, vem a falecer, demonstrando que os métodos aplicados ao caso concreto tenha sido o ideal e eficaz contra a enfermidade, sem erro no tratamento, mas, porém, sem êxito para com o resultado, estamos diante de uma excludente da responsabilidade, em virtude da impossibilidade científica de produzir resultado pretendido, a cura.

Abaixo, um julgado que mostra o entendimento de que a obrigação assumida pelo médico é em regra de meio:

APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS - CIRURGIA PARA CORREÇÃO DE CATARATA - DESLOCAMENTO DE RETINA - **OBRIGAÇÃO DE MEIO ASSUMIDA PELO MÉDICO - ERRO MÉDICO NÃO DEMONSTRADO** - SURGIMENTO DO PROBLEMA 3 MESES APÓS A CIRURGIA - NÃO COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO E AS COMPLICAÇÕES SOBREVINDAS - RESULTADO NEGATIVO DENTRO DOS PARÂMETROS ACEITÁVEIS PELA MEDICINA - CASO FORTUITO - MÉDICOS QUE USARAM TODOS OS MEIOS NECESSÁRIOS NO PRÉ E PÓS-OPERATÓRIO - AUSENTE A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. A responsabilidade civil por erro médico decorre de imprudência, negligência ou imperícia no tratamento ou

prática cirúrgica empregados, por se tratar de obrigação de meio e não de resultado, o que não se apresenta ao caso em apreço; "Não sendo demonstrada conduta contrária do médico, à obrigação de tratar de paciente com zelo e diligência, utilizando os recursos da ciência da arte médica, não há como se reconhecer responsabilidade decorrente" (TAMG, AC 0269682-0, 7ª C. Cível, Relator Juiz Geraldo Augusto, j. 04.02.1999). (TJ-PR - AC: 6395451 PR 0639545-1, Relator: Rubens Oliveira Fontoura, Data de Julgamento: 11/05/2010, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 398)

No que tange às obrigações de resultado, como regra geral, quando se descumprem, "militará em desfavor do profissional a culpa presumida, já que o mesmo não atingiu o resultado desejado pelo paciente, cabendo-lhe afastar tal hipótese provando que o evento danoso ocorreu independentemente de sua conduta, ou seja, elidindo o nexo de causalidade". (COSTA, 2016)

Isto entretanto "não acontece com as obrigações de meio, nas quais recairá sobre o credor o dever de demonstrar em juízo que o devedor agiu com culpa, configurando-se essa pela violação das cautelas necessárias ao adimplemento contratual". (COSTA, 2016)

Com a evolução histórica e jurídica, não restam dúvidas de que a responsabilidade médica está pautada de natureza contratual. Entretanto, quando a cura de um doente não é alcançada, embora todos os métodos científicos sejam utilizados, isso significa não solucionar o problema, mas não implica que se esteja diante de um inadimplemento .

Uma das mais importantes teses que se tem apontada no decorrer da responsabilidade de quem atua na área da saúde é que a característica desta obrigação é de "meio", e sendo assim, não assume a obrigação de se conseguir o "resultado". (GIRÃO & ANDRADE, 2015, p. 11)

Para melhor compreensão faz necessário imaginar que o profissional celebra um contrato de prestação de serviços, contudo seu objeto está direcionado ao melhor tratamento para obter a possibilidade de curar, o que, portanto, se extrai a ideia principal de atingir a cura como fonte essencial da relação jurídica entre médico e paciente, salvo nos casos em que há erro, no tocante à utilização dos métodos, que por sua vez será atribuída culpa, enfocada pela negligência, imprudência ou imperícia.

Logo, a responsabilidade do médico será no sentido do melhor tratamento ao cliente, utilizando os métodos que assegurem certa chance de curá-lo, mas sem promessa exata de cura. Assim, haverá responsabilidade civil do médico quando restar provada uma das modalidades de culpa, seja pela negligência, imprudência ou imperícia. Girão e Andrade (2015, p. 12) exemplificam:

Há um caso de que o paciente necessita de uma operação para extração de um tumor, e após a cirurgia o paciente passa a ter complicações decorrente do esquecimento de um dos materiais utilizados na incisão do corpo, e este paciente vem a falecer. Assim, demonstrado que houve culpa no esquecimento do objeto dentro do corpo do paciente, haverá uma responsabilização, tendo em vista que embora o método para salvar fora o melhor e mais indicado para o caso, porém a culpa será atribuída pela ausência de diligência com relação ao material esquecido no interior do corpo do doente.

Nesses casos a solução do litígio está disposta no artigo 951 do Código Civil, mencionando que “O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da 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”.

Assim, evidenciado o erro mediante uma das modalidades de culpa, haverá a responsabilização do médico com o consequente dever de indenizar, podendo esta indenização, dependendo de cada caso, ser cumulada, segundo entendimento da súmula 37 do STJ.

O artigo 14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor salienta que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Dessarte, corrobora ao referido dispositivo legal que prevalece o entendimento de que a culpa, em se tratando de profissionais liberais, não se aplica a culpa objetiva, mas a culpa subjetiva provada mediante apuração de negligência, imprudência ou imperícia.

Lembram Girão e Andrade (2015, p. 12) que a responsabilidade do médico inicia-se desde a formulação do diagnóstico clínico ou laboratorial, sendo que estes procedimentos são de extrema relevância para que no futuro possa ser utilizado o tratamento correto em determinado caso, ou não havendo o tratamento específico, inclui-se aquele que melhor se adéque ao caso concreto, devendo ainda a responsabilidade ser postergada períodos posteriores ao tratamento, visando com

isso, assegurar a integralidade da cura e segurança jurídica no que tange a responsabilidade.

É notório na doutrina que, em regra, a obrigação assumida pelos médicos é de meios, tal como já explicitado, visto que há o reconhecimento de que diante da variabilidade de reações passíveis de decorrer do tratamento sobre o corpo humano, seja tal profissional obrigado a um fim específico. (COSTA, 2016)

Esta regra geral, entretanto, não é absoluta, já que se reconhece em determinadas especialidades da medicina características obrigacionais de resultado. Este é por exemplo o caso de anestesistas e de serviços acessórios como radiológicos, exames laboratoriais e diagnósticos em geral.

Por outro lado, há uma certa polêmica quanto à cirurgia plástica, a saber:

Esse [o cirurgião plástico] poderá atuar em intervenções meramente estéticas ou reparadoras. No primeiro caso, o credor encontra-se em gozando de boa saúde, mas deseja promover determinada alteração sobre sua forma física, de modo a tornar sua aparência mais satisfatória para si. Assim, considera-se majoritariamente que a obrigação do cirurgião seria de resultado, pois se subsume que quem procura a prestação do serviço em tais condições não restará satisfeito com a mera atividade do profissional.

Enquanto que nos procedimentos reparadores, visa-se a correção de alguma deformidade ou alteração corporal, isto é, o paciente se apresenta acometido por alguma enfermidade. Dessa forma, se comprometerá o profissional a utilizar-se de todos os meios e cautelas disponíveis a fim de que sua intervenção possa ser capaz de proporcionar melhor qualidade de vida ao enfermo, sem, contudo, garantir-lhe a melhora esperada – obrigação de meio.(STOCO, 1999 apud COSTA, 2016)

Outrossim, a obrigação de resultado traduz a noção de fim pretendido e satisfatório. É muitas vezes o caso das cirurgias estéticas. No tocante a estas o cenário pode se tornar oposto, visto que a responsabilidade aqui pode vir a se tratar de obrigação de resultado. O julgado a seguir demonstra essa possibilidade:

APELAÇÃO CÍVEL – Ação cominatória cumulada com pedido de indenização por danos materiais, morais e estéticos – Insurgência contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar o réu a custear novo procedimento cirúrgico reparador para a autora e a pagar R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais – Alegação de que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia – Desacolhimento – **Cirurgia plástica se enquadra no conceito de obrigação de resultado – Médico que responde por eventuais resultados insatisfatórios ou, mesmo, por problemas decorrentes da intervenção cirúrgica** – Apelada que, tendo procurado o réu com o fim de melhorar a sua aparência física, já se submeteu a dois procedimentos cirúrgicos malsucedidos

e, agora, necessita ainda de um terceiro para corrigir os erros causados pelas intervenções anteriores – Conduta danosa do réu restou comprovada – Sentença mantida – Recurso não provido.(TJ-SP - APL: 00640909120128260100 SP 0064090-91.2012.8.26.0100, Relator: José Roberto Furquim Cabella, Data de Julgamento: 31/01/2019, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/02/2019)

O fato do paciente não possuir nenhuma enfermidade e buscar ajuda médica na tentativa de sanar aquilo que para si é visto como um defeito, enseja em maior responsabilidade, pois o que se almeja é a exatidão do procedimento cirúrgico. Assim, contudo, se do procedimento surge, como conclusão, resultado adverso, este gerará o dever de indenizar, pois, em se tratando em obrigação de resultado, cabe às partes dirimirem as controvérsias dispostas no instrumento contratual.

Faz necessário compreender que não é a especialidade médica simplesmente por si que determinará se a obrigação assumida pelo médico será de resultado. O que sempre se deve analisar é a natureza do serviço e se é razoável considerar que o paciente possa sim esperar um resultado garantido. Também deve-se analisar o grau de informação a ele prestado e as promessas pelo médico realizadas.

É de se esperar que nestes casos a indenização pelo insucesso do procedimento será a restituição daquilo que fora pago pela atividade, dano moral e estético em virtude do insucesso estético, bem como o direito a indenização com gastos para realização de novo processo cirúrgico.

Assim, é de se esperar que o médico cirurgião plástico se vincule ao compromisso de obter um resultado bem determinado. A natureza desta atividade, em regra, é apenas melhorar a estética, não se admitindo a piora. Daí a importância de se obter o bom resultado.

Há autores que advogam que o simples objetivo de se obter um resultado estético, sendo este de caráter embelezador, faz surgir para o cirurgião uma obrigação de resultado. Esta advém de uma relação contratual, e, portanto, não pode ser enxergada como obrigação de meio. Isto se deve ao fato de o médico saber que o paciente é saudável e que na cirurgia, que embora realizada por diversas vezes com sucesso, pode ocorrer a eventualidade de não se obter êxito.

Contudo, é importante ressaltar que ainda há procedimentos desta espécie que continuam no rol das obrigações de meio. É o que alude Gonçalves (2015, p.

269) para os casos de atendimento a vítimas deformadas ou queimadas em acidentes, ou no tratamento de varizes e de lesões congênitas ou adquiridas, em que ressalta a natureza corretiva do trabalho.

E, ainda, sendo o médico o profissional responsável a alertar ao paciente acerca dos riscos, não pode transferir esta responsabilidade a este, tendo em vista que o dever de cautela parte do médico. Assim, o médico neste caso deve indenizar o paciente pelo infortúnio, ressaltando a culpa presumida do médico pelo erro, salvo culpa exclusiva do paciente ou atividade com alto índice de imprevisão. Este tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Há quem entenda, nas palavras de Girão e Andrade (2015, p. 12), que haverá três diferentes situações: (1) a obrigação é de meio, pela qual o médico não estará inteiramente obrigado a atingir cem por cento de eficiência, senão de proporcionar o melhor do ponto de vista técnico no sentido de curar o paciente, (2) a obrigação de resultado propriamente dita, que pressupõe obtenção de sucesso total e baseia-se na argumentação focada na natureza contratual, como inadimplemento contratual e presunção de culpa do médico inadimplente por não proporcionar o resultado desejado e (3) a de resultado intermediária, baseada no objetivo de apenas uma melhora da condição do paciente, sem garantir total eficácia.

5.4. Responsabilidade direta e indireta

Angelim destaca que (2018, p. 20) quando o ato que causa o dano é realizado pelo agente, sua responsabilidade será direta e este deverá responder pela consequência do seu ato. Trata-se de responsabilidade por fato próprio e deriva diretamente do agente, que foi o causador do dano. O nexo de causalidade e o dano devem ser provados quando a ação ou omissão da pessoa imputada causa prejuízo ou viola direito de outrem.

No entanto, muitas situações de prejuízos não seriam reparadas se unicamente os causadores dos danos fossem responsáveis pela indenização. Em situações descritas na lei, os ordenamentos permitem que terceiros sejam

responsabilizados pela restituição do prejuízo mesmo que não tenham concorrido diretamente pelo evento. (ANGELIM, 2018, p. 21)

Por outro lado, para Girão e Andrade (2015, p. 12) aplica-se, ainda, a responsabilização do médico quando o fato se deriva de erro de outrem, por exemplo, haverá presunção de culpa quando uma enfermeira administra medicamento do qual provenha de determinação do médico, e este medicamento acarrete em alguma enfermidade ao doente. Dessa forma, o médico não responde tão somente por fato próprio, mas, também, por fato de outrem.

Outra aplicabilidade da responsabilização por fato de outrem, exemplificada no trabalho de Girão e Andrade (2015, p. 13), se encontra nos casos em que há uma equipe médica, sendo que nesta equipe há um dirigente denominado médico-chefe. As consequências dos maus procedimentos praticados pelos demais médicos que estão sob suas ordens acarretam em responsabilidade direta do médico-chefe, pois há presunção de que o ato foi praticado como se ele mesmo tivesse realizado.

5.5. O dever de Informar

A doutrina jurídica sobre responsabilidade civil, nas palavras de COSTA (2016) aponta para a existência de alguns deveres implícitos, os quais deve observar o profissional da medicina. É de se destacar aqui o “dever de informação e o correlato direito do paciente em ser alertado de todos os riscos do tratamento”. O que se questiona aqui é o sentido de indagar se ausência de informação pode ser causa autônoma de responsabilização?

Com efeito, ao prestar as informações sobre um determinado tratamento a ser realizado, o médico estará de certo modo fazendo com que o seu cliente dê anuência ao proceder, já que este, regra geral, não pode ser constrangido ou obrigado a aceitar a intervenção sobre seu corpo, conforme melhor leitura do art. 15 do CC/02, sob pena de se ferir a liberdade pessoal daquele. Além do que atende ao princípio da boa fé, o qual serve de pilar das relações jurídicas obrigacionais, estendendo-se por diversos domínios do nosso direito (MIRAGEM, 2010 apud COSTA, 2016).

Surge portanto a necessidade de obtenção de um consentimento “qualificado” e, nas palavras de COSTA (2016) “tal qualificação é a informação capaz de dar ao paciente a compreensão do tratamento”. É o que alguns na doutrina nomeiam consentimento esclarecido[36]. Nesse contexto, subsume-se que as informações devam ser claras, não no sentido técnico-científico, mas no sentido da utilização do *standard* do homem médio seja capaz de compreendê-las. (COSTA, 2016)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE COLUNA. **DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO**. CONTRAÇÃO DE INFECÇÃO HOSPITALAR. PACIENTE QUE RESTOU COM INCONTINÊNCIA URINÁRIA E FECAL E INCAPACIDADE LABORATIVA PARCIAL. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. DO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DO MÉDICO DEMANDADO QUANTO AO DEVER DE INDENIZAR. Consoante expressa dicção do artigo 1.010, II e III, do CPC, ao interpor apelação, compete ao recorrente, em seu arrazoado, expor os fatos e o direito, bem como as razões do pedido de reforma, sob pena de não conhecimento da insurgência. Hipótese em que o médico recorrente apresentou razões dissociadas da linha argumentativa da decisão hostilizada, por ausência de contraposição ao fundamento que embasou a decisão, **consistente na falha do dever de informar** e na eleição de procedimento sem o esgotamento de outros mais conservadores, o que impede o conhecimento do recurso. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOSOCÔMIO. INFECÇÃO HOSPITALAR. É cediço que os hospitais, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de... terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. Hipótese em que o laudo pericial é conclusivo no sentido de que a infecção que acometeu o autor tem origem hospitalar e ocasionou graves sequelas (incontinência urinária e fecal e incapacidade laboral parcial), não tendo o nosocômio comprovado quaisquer das excludentes de sua responsabilidade, devendo ser mantido o reconhecido do dever de indenizar. Dano moral in re ipsa. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. Em atenção aos parâmetros estabelecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias para a fixação do montante indenizatório, atento às particularidades do caso concreto, o quantum de R\$ 50.000,00, acrescido de correção monetária e juros moratórios legais, se mostra razoável e proporcional. DO PENSIONAMENTO PARA O CUSTEIO DE TRATAMENTO. Pedido de pensionamento para o custeio dos gastos decorrentes do evento danoso, no montante de R\$ 4.000,00, que não encontra demonstração do efetivo dispêndio, ônus que competia ao demandante, na forma do artigo 373, I, do CPC. APELAÇÃO DO MÉDICO DEMANDADO CONHECIDA EM PARTE E, COM ESSE LIMITE, DESPROVIDA. APELO DO NOSOCÔMIO NÃO PROVIDO. RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70079829743, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em... 21/02/2019).

(TJ-RS - AC: 70079829743 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 21/02/2019, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/03/2019)

Importante frisar que a mera assinatura de termo ou formulário padrão pelo paciente não é suficiente para que seja atendida a obtenção do consentimento. Segundo COSTA (2016), não há uma imposição de forma específica para tanto e, principalmente, o consentimento deverá ser fruto do diálogo entre médico e paciente no qual exista a preocupação por parte do profissional em alertá-lo de todas as particularidades do tratamento. Não se pode falar em um consentimento que foi validamente obtido caso a informação seja incompleta, imprecisa, obscura etc.

O fato de o médico prestar a informação deve ser corroborado pela completa compreensão pelo paciente e pela livre escolha. Mas há exceções. Não se pode falar que o consentimento foi informado se o paciente, no caso concreto, na situação em que se encontrava, seja por sofrimento, dor ou limitação física ou psíquica, causados por emergência médica, não poderia ter a plena compreensão do tratamento ao qual seria submetido ou tampouco escolher se deveria permiti-lo. Mas neste caso, é dever do médico prestar o serviço e realizar o tratamento a despeito da incerteza sobre a prestação de informação. Aqui vê-se que o a necessidade de obter-se o consentimento informado é limitada pelo direito à saúde, que deve ser garantido pelo profissional médico, conforme seu juramento hipocrático.

Deste modo, ao consentimento informado se impõem limites. Os limites são os direitos fundamentais e da personalidade. Ao médico, face a gravidade do caso e o grau de urgência, cabe analisar no caso a necessidade de plena compreensão sobre o tratamento ou até mesmo se ele pode ser consentido. Por outro lado, o profissional não poderá se elidir de responsabilidade pelo só-fato de ter um formulário de autorização assinado por um paciente. Sua responsabilidade deverá ser sempre aferida de forma subjetiva e com base na diligência e cumprimento dos protocolos.

5.6. Exclusão da Responsabilidade Civil

As causas excludentes da responsabilidade civil aplicáveis à profissão de medicina já foram explicadas de forma implícita em outros contextos neste capítulo.

Entretanto, faz-se necessário retomá-las, agora grifando-as com a sua importante função de elidir os médicos da responsabilidade civil se estiverem presentes no caso concreto.

Conforme alude Branco (2000, p. 12), não há de se falar em responsabilidade quando entre a ação do médico e o resultado morte, ou agravamento da enfermidade, não existir um nexo de causalidade, pois só será responsável o médico que, agindo culposamente, provocar danos. Em se tratando de de uma obrigação de meios, a indenização será possível quando o médico, no caso concreto, descumprir seus deveres de cuidado.

De outra sorte, ainda alude Branco (2000, p. 12), se intervier outro fato na cadeia causal, como a ocorrência de nova enfermidade ou a manifestação de sintomas antes não aparentes, surge um problema para a responsabilização. Quando, apesar de alertado, o paciente assume determinado risco, que é próprio de certas intervenções, também não se pode imputar responsabilidade ao médico.

Cumprido o dever de informar, mesmo que o risco seja grande, inclusive igual à possibilidade de recuperação, não será o médico responsabilizado se o resultado que busca atingir seja o de afastar um mal maior, como, por exemplo, a própria morte.

Nestes casos, deverá o profissional pesar os bens que estão em jogo e avaliar com grande cuidado os rumos a serem seguidos. Se for necessário deverá precaver-se com o auxílio de colegas que endossem sua opção.

5.7. O erro médico e o ônus da prova

Conforme já demonstrado, a responsabilidade do profissional será apurada por critério subjetivo, em se tratando de cirurgia não estética, aplicando-se a teoria da obrigação de meio. Lembram Girão e Andrade (2015, p. 17) que complexo se demonstra a constatação da prova de um erro realizado pelo mau procedimento, tendo em vista que o critério subjetivo de avaliação da responsabilidade em

obrigação de meio induz à presunção de que todas as medidas foram conduzidas em conformidade aos preceitos da ciência de curar.

O raciocínio que leva a esta conclusão, se inicia pelo fato de a obrigação de meio não trazer certeza da cura, o que, portanto, gera incerteza quando o mesmo tratamento salvou ou curou uma pessoa, mas pode não ter sido eficaz em outra do mesmo caso.

A prova de eventual erro deverá ser considerada desde o diagnóstico até o resultado final do procedimento, sendo que a constatação de que o paciente foi tratado sem a devida diligência ensejará no erro, caso a pessoa sofra algum dano.

A ausência de cuidado se demonstra a partir dos exames realizados no paciente e as anotações registradas no prontuário. A partir daí, em eventual lide, poderá ser analisada com base nestas provas se o fato danoso decorreu de um erro do médico por não ter prosseguido com os preceitos da medicina. Saliente-se que aqui, a culpa será analisada pelo magistrado tomando fundamento na teoria de obrigação de meio, podendo o juiz, conforme o caso isentar ou aplicar sanções. (GIRÃO & ANDRADE, 2015, p. 18)

O Código de Defesa do Consumidor excepciona o ônus da prova com relação a responsabilidade dos profissionais liberais, no bojo do parágrafo 4º do artigo 14 da Lei 8.078/90, onde dispõe: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Dessa forma, a lei consumerista, embora tenha equiparado os profissionais liberais como fornecedores de serviços, excepcionou da sua regra geral a análise da responsabilidade dos profissionais, pois, via de regra, os fornecedores de produtos e serviços respondem independentemente da existência de culpa – responsabilidade objetiva –, conforme disposto no artigo 12 e 14 caput, aplicando o critério objetivo para aferir a culpa (GIRÃO & ANDRADE, 2015, p. 19).

Com efeito, conforme já disposto anteriormente, a responsabilidade dos médicos será apurada mediante verificação de culpa, ou seja, critério subjetivo. Assim, não há presunção da culpa, devendo a outra parte provar que o médico procedeu com negligência, imprudência ou imperícia.

A exceção à responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor deve-se ao fato de que a os profissionais de saúde contraem em regra obrigações de meio, e como já mencionado anteriormente, não possuem o dever da exatidão

com o resultado, salvo em se tratando de cirurgia estética a qual há a obrigação de resultado.

Nesta linha, expõe algumas jurisprudências a respeito:

AÇÃO INDENIZAÇÃO ERRO MÉDICO. CIRURGIA PÁLPEBRAS. BLEFAROPLASTIA. DANOS. **AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO**. SENTENÇA MANTIDA. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PRESSUPÕE SUA IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA OU IMPERÍCIA, COMO ASSENTADO NO ARTIGO 951 DO CÓDIGO CIVIL E NO §4º DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, SENDO QUE, NÃO RESTANDO TAIS ELEMENTOS COMPROVADOS NOS AUTOS, A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO SE IMPÕE. Restando suficientemente demonstrado ter o médico observado todas as exigências que lhe seriam imputáveis e não tendo sido evidenciada a adoção de qualquer conduta incorreta de sua parte, que pudesse ser considerada fator determinante para o quadro de insatisfação apresentado pela parte autora, não há como agasalhar o pleito inaugural". Publicado no tribunal de justiça de minas gerais em 15/05/2015. Recurso 1.0707.07.143319-7/003. Relator: Luiz Carlos Gomes Da Mata.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. MAMOPLASTIA. ASSIMETRIA. ALEGADO ERRO MÉDICO. PERÍCIA CABAL CONTRÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DA CLÍNICA DE DERMATOLOGIA E ESTÉTICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO MORAL E MATERIAL. NÃO CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO NÃO PROVIDO. A clínica que divulga serviços de cirurgia estética em parceria com o cirurgião possui responsabilidade civil objetiva quanto aos possíveis danos oriundos de cirurgia realizada pelo médico parceiro, regulada conforme art. 14 do CDC, **desde que provada a culpa do médico atendente**. A responsabilidade civil do médico, em regra é subjetiva, regulada pelo art. 186 do CCB e pelo art. 14, §4º do CDC. Uma vez não demonstrado nexos de causal entre os serviços prestados ao paciente e o dano, face a inexistência de negligência ou de erro médico, não há se falar na responsabilidade civil da clínica ou do médico. Recurso conhecido e não provido. Publicado no TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS em 19/05/2015. Recurso 1.0525.09.175612-8/005. Relator: Márcia De Paoli Balbino.

No entanto, em se tratando de prova do erro, faz-se necessária aferição do ônus da prova, podendo neste caso, ainda que subjetiva a culpa, o juiz determinar a inversão do ônus da prova, tendo por base o fundamento do artigo 6º, inciso VIII, da Lei 8.078/90, entendendo que a hipossuficiência desta relação não é apenas financeira, mas compreende-se também a capacidade técnica do médico, tal como se pontua:

Erro médico. **Inversão do ônus da prova**. Saneador que afasta preliminar de ilegitimidade passiva e que, ao inverter os ônus da prova em ação de ressarcimento de danos por erro

médico, não só valoriza a função do Judiciário no quesito 'perseguição da verdade real', como faz absoluto o princípio da igualdade substancial das partes, suprimindo a inferioridade da parte hipossuficiente (artigos 125, I, do CPC; 5º, LV, da Constituição Federal; e 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90) (GONÇALVES, 2013, p. 264).

Assim, o consumidor deverá, nos casos de obrigação de meios, comprovar que o profissional agiu com algum dos pressupostos da existência de culpa, corroborando nos autos a existência de negligência, imprudência ou imperícia para responsabilizar o médico (GOMES, 2004, p. 50). Há, por outro lado, casos em que, com base na hipossuficiência técnica, seja possível a inversão do ônus de provar o erro.

6. TEORIAS ALTERNATIVAS APLICÁVEIS À RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Em seu trabalho, Angelim (2018, p. 28) pontua que para de desviar as vítimas dos obstáculos de provar o erro médico, foram criadas duas teorias que criam uma presunção de culpa contra o profissional e a favor da vítima em situações bem determinadas. Tanto a teoria francesa da perda de uma chance (*perte d'une chance*) quanto a norte-americana da *res ipsa loquitur* foram desenvolvidas como forma de superação da dificuldade de provar-se a culpa médica através do uso do pensamento lógico do juiz (ANGELIM, 20018, p. 18). Estas teorias serão objeto de explicação nos itens a seguir.

6.1. Teoria da Perda de uma Chance²

A Teoria da Perda de uma Chance (Perte d'une Chance), segundo Angelim (2018, p. 28) surgiu na França em meados do século XX, passando a ser considerada no Brasil a partir dos anos 1991. Segue a linha de que o autor do dano será responsabilizado quando impossibilitar alguém de obter uma vantagem ou privá-la de evitar prejuízo. Não se trata de prejuízo direto à vítima, mas de uma probabilidade. Na relação médico e paciente, Melo (2014, p. 25), afirma que:

Possibilita ao lesado o suporte jurídico necessário para pleitear indenizações em caso de frustração do atendimento médico que a possa ter privado de alguma chance de obter ou buscar a cura. Para sua procedência, é preciso que estejam devidamente configuradas, de modo preciso, a seriedade da probabilidade de cura e sua relação de causalidade direta com os atos praticados pelo médico desidioso.

Ensina Angelim (2014, p. 29) que “a obrigação do médico perante o paciente não é de cura, mas de utilizar todo seu conhecimento e propiciar as chances de conseguir cura ou sobrevivência.” Nesta senda, quando os cuidados do profissional são falhos e geram a perda da conjuntura que a vítima teria de se curar ou sobreviver, torna-se inevitável a responsabilização do mesmo, pois o paciente não

2 A tradução da expressão *perte d'une chance* para o português deve ser encarada com cautela. É mais aderente ao seu significado original a tradução perda de uma oportunidade. Entretanto, neste trabalho utiliza-se perda de uma chance por esta versão ser mais difundida na doutrina e jurisprudência.

teve oportunidade de ser tratado impecavelmente e em tempo certo, visto que suas chances foram diminuídas.

Assim, aplica-se tal teoria em ação judicial motivada por prejuízo provocado pelo médico decorrido de negligência, havendo assim a perda da oportunidade de um tratamento em tempo regular e/ou adequado. Cabe ao juiz reconhecer que a perda da chance realmente aconteceu. Normalmente, a indenização cabível à vítima não será integral, mas submetida à ponderação. A indenização será parcial, dada a inexistência de certeza absoluta, mas uma possibilidade. Nesse sentido destacam-se alguns precedentes judiciais. No caso abaixo, foi o atraso excessivo no diagnóstico que redundou na redução das possibilidades de cura.

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. ATENDIMENTO MÉDICO REALIZADO EM UNIDADE PÚBLICA DE SAÚDE. EQUIPE MÉDICA QUE IGNOROU ASSINTOMATOLOGIA DO PACIENTE. ÓBITO. PRETENSÃO COMPENSATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, CONDENANDO A MUNICIPALIDADE AO PAGAMENTO DE R\$ 100.000,00, A TÍTULO DE REPARAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. RECURSO PRIVATIVO DO ENTE PÚBLICO. 1 -Aplicação da teoria do risco administrativo. (...) 2 -O Poder Público, ao receber um paciente em qualquer estabelecimento da rede pública de saúde, assume o compromisso de zelar pela preservação da sua integridade física, da sua saúde e da sua vida. Tem o dever de empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de ser responsabilizado civilmente pelos danos ocorridos. O profissional não pode ser responsabilizado por resultados indesejados. O que se exige é que o médico esteja atento aos relatos dos pacientes, à anamnese e realize exames clínicos e laboratoriais complementares com vistas à elucidação diagnóstica, o que não ocorreu na hipótese em exame. Administração Pública que atua como garantidora e, por omissão, cria situação que tem como consequência a ocorrência do dano. Isto se dá em razão do fato de que os médicos, no exercício da função, assumem o dever de empregar todos os meios, técnicas e habilidades necessárias a fim de resguardar a integridade, saúde e a vida dos pacientes. Laudo pericial que constatou que, tendo em vista o quadro patológico apresentado pelo paciente, o serviço médico aplicável ao caso não foi aquele que foi efetivamente prestado pela unidade médica, que agiu de modo negligente e atraiu a responsabilidade objetiva pelos danos causados. Caracterização de omissão específica da Edilidade, porquanto houve o descumprimento do dever jurídico de realizar exames cotidianos, analisar os resultados dos exames laboratoriais (hemograma) e observar as evidências do quadro clínico do paciente, materializando-se como causa direta e imediata da privação da oportunidade de impedir a ocorrência do óbito do paciente. **Aplicação da teoria importada do direito francês, conhecida como a "Teoria da Perda de Uma Chance". A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não**

obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de um benefício futuro provável. Deve-se realizar um balanço das perspectivas a favor e contra. No caso sub judice, inarredável a conclusão de que a procrastinação excessiva na apuração diagnóstica redundou na dispensação de tratamento médico inadequado ao paciente, o que reduziu drasticamente as possibilidades concretas e reais de sua cura, ressaltando, por oportuno, na hipótese dessa modalidade autônoma de indenização, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou o paciente. Precedentes do E.STJ. Assim, estabelecido o elo entre a conduta omissiva do Estado e os danos suportados pela vítima, tendo em vista que não há nos autos qualquer elemento que afaste o nexo de causal pelos danos causados e elida a responsabilidade estatal. Diante de tais dados, sendo o agente causador dos danos uma pessoa jurídica de direito público, a obrigação de indenizar resta latente. 3 -Verba compensatória arbitrada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) que não merece reparo, posto que fixada em observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo certo que tal valor não importa em enriquecimento ilícito, mas atende à específica finalidade de amenizar o sofrimento pelo qual o autor passou e ainda passa. Aplicação do verbete nº 343 da súmula da Jurisprudência desta Corte Estadual. Juros legais que deverão incidir a partir da data da prolação da sentença. Dano moral puro. Verba compensatória que somente passa a ter expressão em dinheiro a partir do decisum que determinou o respectivo valor. Inteligência do artigo 407 do CC. Somente após a declaração de existência do dano e seu arbitramento é que o devedor pode livrar-se da dívida, sendo a partir deste momento que se deve falar em mora do réu. Reforma da sentença, de ofício, no que tange aos consectários legais, fundada no recente julgado proferido pelo E.STF nos autos do RE nº 870947/SE (Tema 810), apreciado e decidido em Repercussão Geral. Juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança. Adoção do IPCA-E para a correção monetária. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Já neste caso a seguir, foi a demora na entrega de material que viabilizasse o tratamento que culminou na redução das possibilidades de cura.

APELAÇÃO. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLANO DE SAÚDE. DEMORA EXCESSIVA NA ENTREGA DE VÁLVULA NECESSÁRIA AO PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA. MORTE DO SEGURADO, FILHO DA AUTORA. DEPOIMENTOS DA EQUIPE MÉDICA RESPONSÁVEL QUE ATESTAM A FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESRESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. APLICAÇÃO DA **TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VERBA COMPENSATÓRIA CORRETAMENTE FIXADA. É exigível das operadoras de planos de saúde a rápida resolução das solicitações médicas a respeito de internações e solicitação de material necessário para procedimentos de urgência em virtude do inegável risco de vida e à saúde no ramo que atuam, sendo desproporcional e injustificado qualquer atraso em virtude de entraves burocráticos. Patente a falha na prestação do serviço, resultante da demora excessiva, que gera violação a direito da personalidade e angústia para os familiares do paciente internado em estado grave de saúde. Realizando-se uma ponderação dos princípios envolvidos na questão, norteadas pelo princípio da proporcionalidade, tem-se que o direito

fundamental de respeito da dignidade da pessoa humana, in casu, prepondera em face do mero direito obrigacional do apelado, não sendo razoável se sacrificar uma vida humana em virtude de entraves burocráticos que prolongam o adequado tratamento médico dos pacientes em estado grave de saúde. **Não se pode olvidar que o réu, ao demorar a fornecer o material necessário ao procedimento médico inviabilizou uma autêntica oportunidade de prolongamento da vida do segurado do plano, importando no dever de indenizar os familiares da vítima pelo prejuízo experimentado com a perda da oportunidade do êxito.** A verba compensatória fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) mostra-se adequada ao dano sofrido, não merecendo redução, em razão de todo o transtorno que autora suportou pela demora da ré, ocasionando a morte de seu filho, sem nenhuma possibilidade de melhora em virtude de excessiva demora na entrega do material necessário para o procedimento cirúrgico. Recurso ao qual se nega provimento.

Observa-se que esta tem bastante aceitação na jurisprudência pátria, principalmente quando se trata de casos de aplicação do direito do consumidor à estabelecimentos de saúde com o reconhecimento da responsabilidade objetiva.

DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRETENSÃO COMPENSATÓRIA DE DANOS MORAIS, SUPOSTAMENTE DECORRENTES DE FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. PACIENTE QUE, APRESENTA COMPLICAÇÕES IMEDIATAMENTE APÓS TER SIDO SUBMETIDO A UM EXAME DE BRONCOSCOPIA, VINDO A ÓBITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELA PARTE AUTORA VISANDO À REFORMA INTEGRAL DA SENTENÇA. **PROVA DOS AUTOS QUE INDICA TER HAVIDO A PERDA DE UMA POSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CARACTERIZADA.** RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL CONFIGURADO NA ESPÉCIE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, PARA CONDENAR A RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, QUE ORA ARBITRO EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), QUE MELHOR ATENDE AO CARÁTER PUNITIVO DA CONDENAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA, A CONTAR DA PRESENTE DATA, O JUROS LEGAIS, A PARTIR DA CITAÇÃO

Neste último caso, admite-se então a solidariedade entre hospital e plano de saúde em caso no qual a perda de uma chance foi reconhecida em um procedimento de extubação que pode ter contribuído para causar danos neurológicos no paciente.

DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. AUTOR MENOR IMPÚBERE QUE DEU ENTRADA NO HOSPITAL RÉU COM QUADRO DE MENINGOCOCCEMIA, CORRETAMENTE DIAGNOSTICADA E TRATADA PELA EQUIPE MÉDICA, DE ACORDO COM O LAUDO PERICIAL. EPISÓDIO DE EXTUBAÇÃO OCORRIDO DURANTE O PERÍODO DE

INTERNAÇÃO EM UTI PEDIÁTRICA. POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DESTE EPISÓDIO NO RESULTADO PRODUZIDO NO MENOR COM RELAÇÃO AOS DANOS NEUROLÓGICOS QUE O ACOMETERAM, **NOS TERMOS DOS ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELO EXPERT. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE.** RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS RÉUS (ART. 14 CDC). SOLIDARIEDADE DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE (ARTS. 7º E 25, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC). DANO MORAL FIXADO DE MANEIRA ADEQUADA PELO JUÍZO A QUO, NO VALOR DE R\$150.000,00 PARA O MENOR E R\$50.000,00 PARA SUA GENITORA. PENSIONAMENTO VITALÍCIO A SER PAGO AO AUTOR YAN CARLOS A PARTIR DOS 14 ANOS DE IDADE. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA ADEQUADAMENTE FIXADOS EM 10% DO VALOR DA CONDENAÇÃO. SENTENÇA PRESTIGIADA. NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS.

6.2. Teoria *Res Ipsa Loquitur*

De outro lado está a teoria *Res Ipsa Loquitur*. Esta expressão latina pode ser traduzida como “a coisa fala por si mesma”. Para aplicá-la, o magistrado evidencia que o dano ao paciente não ocorreria se o médico não tivesse agido com culpa. A partir daí a presunção de culpa passa a existir, como indica Angelim (2018, p. 29).

A sua aplicação visa a permitir que a interferência seja presumida como verdadeira até que se produza prova que convença do contrário. Recorrendo-se a ITURRASPE (1979, p. 52), entende-se que essa construção teórica se insere naquilo que se pode denominar de “direito de evidência circunstancial”, aplicável nas seguintes circunstâncias:

- (a) Não há evidencia de como e porque ocorreu o dano;
- (b) Acredita-se que não haveria ocorrido se não houvesse culpa;
- (c) Recai sobre o médico que estava atendendo pessoalmente ao paciente.

Significa dizer que o evento danoso ocorreu em face de uma intervenção que normalmente não oferecia aquele tipo de risco, ou seja, em circunstâncias normais aquilo não ocorreria. Assim, se veio a ocorrer o acidente, alguma forma de culpa (imprudência, negligência ou imperícia) deve ter concorrido para sua manifestação.

Ante a simples ocorrência de determinados fatos, pode-se presumir a culpa médica, em favor do paciente. É uma presunção *hominis*, extraída por inferência, de um fato povoado nos autos. São exemplos: o esquecimento de pinças ou outro instrumental cirúrgico dentro do corpo do paciente; as queimaduras produzidas no

paciente por diversas fontes de calor durante o transcurso da operação ou tratamento; as infecções produzidas por falta de esterilização ou esterilização inadequada do instrumental cirúrgico; as lesões em qualquer parte do corpo de um enfermo anestesiado produzidas fora da zona onde tem lugar o tratamento ou operação.

LOPEZ (2010, p. 311), preconizava que em outros países foram desenvolvidos vários expedientes jurídicos com o fim de facilitar a defesa do direito do ofendido no que diz respeito à culpa médica e, mais do que isso, buscando efetivamente vê-lo indenizado. Citando a doutrina norte-americana da *res ipsa loquitur*, afirma a autora de que diante de determinadas evidências o juiz poderia admitir de pronto a culpa do profissional, dispensando, inclusive, a realização da prova pericial. Menciona como exemplos, o caso do doente que venha a falecer no pós-operatório por abandono de cuidados, ou quando há erro grosseiro de diagnóstico, como na hipótese de tratar como sífilis um câncer.

A denominação de “*res ipsa loquitur*” é também conhecida como “*prima facie case*” ou “*Anscheinsbeweis*” e, entre nós, como máximas decorrentes da experiência comum, do nosso cotidiano, nos termos como previsto no art 335 do Código de Processo Civil.

Qualquer que seja a denominação adotada, o que importa é considerar que o instituto visa permitir que a inferência, decorrente da lógica ordem das coisas, seja, presumida como verdadeira, até que se produza prova que convença do contrário. Poucos são os precedentes na jurisprudência pátria que empregam tal teoria. Destaque-se o seguinte:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.317.748 - SP (2012/0068342-0) RELATOR :
MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO RECORRENTE :
GUSTAVO TRIGUEIRO E OUTROS ADVOGADA : PRISCILA PIRES
BARTOLO E OUTRO (S) RECORRIDO : TÂNIA GUSSON MURARI
ADVOGADO : LÚCIA HELENA NOVAES DA SILVA LUMASINI RECURSO
ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL.
ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE QUADRIL. DEFEITO DE INFORMAÇÃO.
COMPLICAÇÕES CIRÚRGICAS. 1 - FALTA DE DILIGÊNCIA QUANTO AO
DEVER DE INFORMAÇÃO RECONHECIDA NA ORIGEM. 2 - REVISÃO
PELO ACÓRDÃO RECORRIDO DE TODA PROVA, ESPECIALMENTE A
PERICIAL. 3 - RECURSO ESPECIAL EMBASADO NA ALEGAÇÃO DE
INOCORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO.. 4 - NECESSIDADE DE
REVALORAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO, INCIDINDO O
ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ. 5 - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA
SEGUIMENTO. DECISÃO Vistos etc. Trata-se de recurso especial
interposto por GUSTAVO TRIGUEIRO e OUTROS contra acórdão do

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ementado nos seguintes termos: Paciente adulta com displasia do desenvolvimento do quadril e que, resumidamente, constitui patologia congênita inverterada e para a qual não se indica cirurgia, pelas complicações decorrentes; submetida a três cirurgias, resultou protusão intrapélvica da prótese [ocupando a pelve] e lesão do nervo ciático direito, causa de seu deambular claudicante - **Elementos dos autos que autorizam concluir pela falta de diligência quanto ao dever de obter consentimento esclarecido, por ausência de informação adequadas da vantagem de tratamento alternativo e por culpa [evidenciada quanto a implementação da prótese devido a ausência do apoio ósseo] e presumida [não elidida pelos médicos] pela lesão do nervo ciático [teoria da res ipsa loquitur]**- Provimento, em parte, condenando os médicos ao pagamento de cirurgia corretiva [da protusão intrapélvica] e danos morais arbitrados em R\$ 50.000,00, prejudicados os agravos retidos. Em suas razões, a parte recorrente sustentou que o acórdão recorrido violou o disposto nos artigos 186, 884, 866, 927, 945 e 951 do Código Civil; 30, 21, 333, 436 e 458 do Código de Processo Civil; 14 do Código de Defesa do Consumidor; 7.º, 8.º, 16, 18 e 46 do Código de Ética Médica (Resolução C.F.M 1931/2009) e 93, IV, da Constituição Federal/88. Ainda, apontou dissídio jurisprudencial. Alegou, em síntese, que não houve erro médico e que o Tribunal de origem parte de premissa equivocada. Postulou conhecimento e provimento do recurso. Presentes as contrarrazões, o recurso especial foi admitido por decisão prolatada no Agravo de Instrumento n. 1.343.777/SP. É o relatório. Decido. **Não merece acolhida a irresignação recursal.** Trata-se de ação indenizatória movida por Tânia Gusson Murari, ora recorrida, contra o Hospital de Clínicas Dr. Paulo Sacramento e os doutores Gustavo Trigueiro, Wesley Max Ramos, Nicolau Granado Secre, ora os recorrentes, todos médicos que a acompanharam e procederam à realização da cirurgia de prótese na tentativa de corrigir luxação congênita de quadril, em razão de suposto erro médico. (...) O erro está confirmado na resposta ao quesito 2, formulado pela autora, quando o Perito informa que "o pouco uso o acetábulo o torna hipoplásico o que aumenta o risco de complicações. Para contornar pode-se fazer reforço ósseo e usar telas como foi usado na terceira cirurgia" [fl. 407]. As duas primeiras cirurgias não observaram essa diligência, o que constitui grave falha de constatação e diagnóstico da complicação que se sucedeu, sendo que na terceira cirurgia, realizada para corrigir o problema da prótese da segunda, foi traumatizado o nervo ciático direito e não há explicação para essa ocorrência danosa, o que confirma uma sucessão de falhas imperdoáveis iniciadas com a falta de informações adequadas para obter o consentimento esclarecido e que aumentaram na medida em que se sucediam as intervenções cirúrgicas. Tangente ao nervo ciático, novamente o perito tergiversou na confirmação da culpa, o que não é incomum, embora caiba elogiar o trabalho pela objetividade das respostas leais. Para o Perito a lesão é inerente ao procedimento, o que constitui resposta curiosa quando despida de substrato literário que a fundamentaria. No entanto e aplicando-se a teoria da res ipsa loquitur e que se baseia em estabelecer presunção de culpa médica do resultado anormal e notoriamente fora da previsibilidade pelo tipo de cirurgia realizada, como quando alguém se interna para curar de apendicite e sai do hospital com o ombro direito atrofiado [caso Ybarra x Spangard, julgado pela Corte da Califórnia e mencionado por CARLOS A. CALVO COSTA, in Danos ocasionados por la prestación médico-asistencial, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 161]. Aplicando-se, pois, o art. 6o, VIII, da Lei 8078/90, principalmente por não ter sido a autora informada de que poderia ser lesionado o nervo ciático, competiam aos médicos provarem que agiram com técnica e empenho razoável na terceira cirurgia, explicando a causa da lesão de forma científica e aceitável. Não o fizeram [art. 333, II, do CPC] e isso reforça a tese de que o trauma também se credita ao fator imprudência,

quicá imperícia [art. 186, doCC]. Em suma, o presente recurso especial vem embasado na alegação central de que o acórdão recorrido partiu de premissa fática equivocada. Isso inviabiliza a irresignação recursal, em sede especial, diante da impossibilidade desta Corte Superior rever eventuais erros na valoração da prova dos autos. É vedado a esta Corte Superior afastar o erro médico afirmado na origem, em face do reconhecimento da falta de prestação de informações adequadas à paciente, pois para tanto seria necessária a reavaliação de toda prova, detidamente revista e sopesada pelo Tribunal de origem, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ. Ante todo exposto, nego seguimento ao recurso especial. Intimem-se. Brasília (DF), 04 de dezembro de 2014. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO Relator (STJ - REsp: 1317748 SP 2012/0068342-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 10/12/2014)

Neste precedente a seguir, apesar de se reconhecer a possibilidade da inversão do ônus pra prova com base na teoria, a mesma não foi aplicada ao caso concreto.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. REGIMÉ JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL MÉDICO. APLICAÇÃO DAS REGRAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONDUTA CULPOSA NÃO COMPROVADA. DEVER DE REPARAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. A responsabilidade do profissional médico depende da análise de conduta culposa, consoante o disposto no artigo 951 do CC e artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, cabendo a parte autora comprovar o ato ilícito ocorrido por culpa do profissional, o nexo de causalidade e o dano sofrido. Precedentes. 2. Debate doutrinário e jurisprudencial sobre a caracterização da responsabilidade como de meio ou de resultado. **3. Adoção da tese de que a obrigação é de meio, e ainda que se possa, em determinados casos, inverter-se o ônus da prova por aplicação de diversas teorias alienígenas aplicáveis no direito brasileiro (teorias da carga probatória dinâmica e da res ipsa loquitur), fato é que não se pode perder de vista que a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, sendo que o moderno processo civil impõe às partes, especialmente na área da responsabilidade médica, adotarem conduta processual de colaboração processual no sentido de levar para os autos do processo os respectivos elementos de prova ao seu alcance e úteis para o melhor julgamento. 3. Da análise do conjunto fático-probatório, não é possível concluir que o atendimento prestado à paciente pela médica demandada tenha sido imprudente, negligente ou imperito, o que descaracteriza a suposta falha na prestação de serviços. 4. A inexistência de prova específica da natureza do material heterogêneo encontrado no útero da autora (exame histopatológico), aliada ao fato de não ser incomum a presença de resquícios placentários após o parto mesmo com a observância do procedimento médico correto, mormente em partos prematuros, afastam o ato ilícito por ausência de nexo causal ou do alegado dano. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

(TJ-RJ - APL: 01109075920088190001 RJ 0110907-59.2008.8.19.0001, Relator: DES. LUCIANO SILVA BARRETO, Data de Julgamento: 16/01/2014, VIGÉSIMA SEXTA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 07/02/2014 16:07)

Tanto a teoria francesa da perda de uma chance, quanto a teoria norte americana da *res ipsa loquitur*, foram desenvolvidas como forma de superação da dificuldade de se provar a culpa médica, na linha de defesa que fazia SAVATIER (1967 apud LOPEZ, 2010, p.311) de que o juiz está autorizado a usar dos indícios suficientemente lógicos e fortes para tornar sua convicção legítima , pois existe sempre uma lógica no desenvolvimento dos fatos, mesmo quando esses sejam biológicos.

7. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE

7.1. Responsabilidade Civil Objetiva

Conforme já explicitado, o avanço das técnicas de produção e das relações de consumo desde a Revolução Industrial até os dias atuais, levou a readmissão do instituto da responsabilidade objetiva, isto é, em situações que prescindem da demonstração da culpa do agente causador do dano. Esta parte do conceito de risco como fundamentação.

Ensina Cavalieri Filho (2018, p. 153) que partindo do risco como elemento caracterizador, a nova concepção objetiva da responsabilidade acabou por subdividir-se em diferentes espécies, de acordo com as diferentes correntes doutrinárias que se estabeleceram na época e que apoiaram este movimento, tais como a teoria do risco integral, risco profissional, risco criado, risco excepcional, risco-proveito.

Certo é que a teoria do risco criado foi a albergada pelo Código Civil Brasileiro. Esta foi consagrada no parágrafo único do artigo 927, do atual CCB, o qual representa sua cláusula geral. Além desta, existem outras previsões de responsabilidade objetiva no atual Código Civil. Como observa Stoco (2007, p. 159), são exemplos os artigos 931 (responsabilização dos empresários individuais e empresas por produtos postos em circulação); 932 e 933 (responsabilidade dos pais, tutores, curadores, empregadores, etc, pelos filhos menores, pupilos, curatelados, empregados, etc); 936 (responsabilização do dono do animal pelos danos que ele vier a causar); 938 (responsabilidade do habitante do prédio pelos objetos que dele venham a cair).

Leciona Stoco (2007, p. 161-162) que de acordo com essa teoria, todo aquele que, em razão da atividade que desenvolva, submeter alguém a qualquer tipo de risco, independente de auferir proveito dessa situação, deve responder pelos possíveis prejuízos que tal indivíduo venha a experimentar quando do exercício desta atividade.

Já o Código de Defesa do Consumidor se baseia em outra teoria: a do Risco Proveito. Conforme escreve Freitas (2015), a máxima romana *ubi emolumentum ibi*

onus, que se traduz em onde está o bônus deverá estar o ônus, é fundamento da teoria do risco proveito. Significa exatamente que aquele que tira proveito ou vantagem do fator gerador do dano, ainda que indiretamente, tem a obrigação de repará-lo.

O simples fato de colocar para funcionar uma atividade com objetivos econômicos já é suficiente para que surja o dever de reparar os danos que porventura ela cause. A obtenção de proveito econômico, nesse caso, é um pressuposto indispensável, já que é a vantagem econômica que faz com que negócios baseados no lucro surjam (FREITAS, 2015).

Ainda afirma Freitas (2015) que no âmbito das relações de consumo, os a responsabilidade objetiva foi logo acolhida e denominada “responsabilidade pelo fato do produto”. Isto significa dizer que não interessava investigar a conduta do fornecedor de bens ou serviços, mas somente se deu causa (responsabilidade causal) ao produto ou serviço, sendo responsável pela sua colocação no mercado de consumo.

7.2. Incidência do Código de Defesa do Consumidor e Responsabilidade Civil Objetiva dos Estabelecimentos Hospitalares

É certo também que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu, no parágrafo quarto de seu artigo 14, uma regra específica em relação ao fornecimento de serviços por profissionais liberais, pois neste caso a responsabilidade, com relação a danos causados pela sua atividade, deve ser apurada mediante a verificação da culpa do médico no exercício de sua atividade, em razão da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados e do reconhecimento da fragilidade do profissional que pratica uma atividade de forma independente.

Conforme destacam Campos e Scapin (2013):

esta forma de responsabilidade é considerada exceção no Código de Defesa do Consumidor, que procurou resguardar o profissional liberal que realiza seu trabalho por conta e risco próprios, pois depende da demonstração de culpa, considerada em sentido amplo (dolo, negligência, imprudência e imperícia), ressalvada a possibilidade do médico ter assumido uma

obrigação para a concretização de resultado específico, ocasião em que se compromete em apresentar um resultado final certo, de forma que, nesta situação, a culpa será presumida, ou seja, independe de prova.

Faz-se portanto necessário ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor excepcionou tão somente a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica para a qual ele trabalhe como empregado ou que faça parte da sociedade.

Destarte, quanto à responsabilidade civil do médico que atua de forma direta na execução da atividade médica, isto é, que mantém com o paciente uma relação jurídica de caráter personalíssimo, na qualidade de profissional liberal, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor manteve a mesma disciplina prezada desde o Código Civil, de 1916.

Igualmente, lembram Campos e Scapin (2013), encontra-se a disciplina do Código Civil vigente, que dispõe sobre o assunto nos arts. 186, 927 e 951, quando prevê que o dever de indenizar por parte daquele 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”, reforçando ainda mais o critério da culpa na responsabilidade civil do médico.

Portanto, constata-se que, nos três diplomas legais, a responsabilidade civil do médico no exercício da profissão deve ser apurada mediante a comprovação de culpa do profissional na ação ou omissão, não havendo qualquer discussão sobre o fato de que, nesta hipótese, deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva. (CAMPOS e SCAPIN, 2013)

Só se pode destacar a a culpa como pressuposto de responsabilização profissional nos casos que envolvam a responsabilidade pessoal do médico., Aplicando-se assim a regra que excepciona a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, que está contida no art. 14, §4º do CDC.

Entretanto, o fato dos profissionais liberais se organizarem como uma pessoa jurídica lhes retira esse privilégio, devendo ser tratados como fornecedores normais, submissos a regra geral do art. 14 do CDC, que é a da responsabilidade objetiva pelos danos causados.

Ainda segundo Costa (2016), a diferença entre os casos de responsabilização pessoal e os casos de responsabilização empresarial, estes últimos representados pelas clínicas, hospitais e planos de saúde, é que em relação aos primeiros não se exige a verificação da culpa, por se estar diante de hipótese de responsabilidade objetiva que o CDC denomina de responsabilidade por fato do serviço do artigo 14, *caput*. Dessa maneira, os hospitais respondem objetivamente pelos atos praticados por integrantes do seu corpo técnico, existente a relação de subordinação. Ocorre que a caracterização de tal tipo de responsabilidade depende da existência da prestação de um serviço defeituoso, consoante se depreende do art. 14, §3º do CDC.

AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. SEQÜELAS GRAVÍSSIMAS E IRREVERSÍVEIS, COM INCAPACITAÇÃO TOTAL E PERMANENTE POR FALHA NA ASSISTÊNCIA À PARTURIENTE. DANOS MORAIS CONFIGURADOS E CORRETAMENTE ARBITRADOS. 1. Limitado o inconformismo do apelante ao valor arbitrado a título de danos morais, verifica-se, na análise das circunstâncias alinhadas nos autos, especialmente a evidenciada conduta negligente da unidade hospitalar e as seqüelas físicas e mentais causadas à menor, que o quantum fixado pelo juízo obedeceu aos critérios da proporcionalidade e da lógica razoável, devendo ser mantido. 2. Recurso a que se nega provimento. (TJ-RJ - APL: 00189939020018190054 RIO DE JANEIRO SAO JOAO DE MERITI 2 VARA CIVEL, Relator: ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME, Data de Julgamento: 26/09/2007, DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/10/2007)

Assim, pode-se afirmar, em respeito às devidas especificidades à configuração da responsabilidade civil por erro médico, que o CDC se aplica com todos os seus dispositivos na prestação de serviços de saúde. O que se pode extrair é que o tratamento dado ao profissional liberal da área é diferenciado já que não se admite a sua responsabilização objetivamente, exigindo-se assim a prova da culpa. O próprio CDC traz essa exceção em seu art. 14, §4º. Já os estabelecimentos de saúde, como prestadores de serviço, respondem de forma objetiva.

CONCLUSÕES

As conclusões deste trabalho serão apresentadas em tópicos. Sendo assim, pontuam-se

- O conceito de erro médico é bastante amplo. Há que se diferenciar o erro profissional, ou de técnica, no qual a conduta médica selecionada é adequada, mas a técnica empregada é incorreta. Neste caso, o erro é escusável, pois se justifica, principalmente quando se cuida de técnica médica conhecida e usual, de forma que qualquer profissional diligente e cuidadoso estaria sujeito a cometer tal falha.
- O erro médico – ou culpa médica (em sentido estrito) – não pode ser confundido com o erro de técnica, haja vista que de cada um resultam consequências diversas para o profissional. O erro médico em sentido estrito, também intitulado culposo, este decorre de culpa médica *stricto sensu* ou dolo.
- Em regra, a responsabilidade civil do profissional médico se amolda à natureza contratual, direta e subjetiva. Portanto, a responsabilidade dos médicos será apurada mediante verificação de culpa, ou seja, critério subjetivo. Não pode haver presunção da culpa, devendo a outra parte provar que o médico procedeu com negligência, imprudência ou imperícia.
- Preponderantemente, a obrigação assumida pelos médicos é de meio. Entretanto, pode-se observar três situações: (1) a obrigação é de meio, pela qual o médico não estará inteiramente obrigado a atingir cem por cento de eficiência, senão de proporcionar o melhor do ponto de vista técnico no sentido de curar o paciente; (2) a obrigação de resultado propriamente dita, que pressupõe obtenção de sucesso total e baseia-se na argumentação focada na natureza contratual, como inadimplemento contratual e presunção de culpa do médico inadimplente por não proporcionar o resultado desejado; e (3) a de resultado intermediária, baseada no objetivo de apenas uma melhora da condição do paciente, sem garantir total eficácia.

- É pacífico que existem alguns deveres implícitos, os quais deve observar o profissional da medicina, tal qual o “dever de informação e o correlato direito do paciente em ser alertado de todos os riscos do tratamento”.
- A teoria francesa da perda de uma chance é aplicada quando o prejuízo provocado pelo médico decorre de negligência, havendo assim a perda da oportunidade de um tratamento em tempo regular e/ou adequado. Cabe ao juiz reconhecer que a perda da chance realmente aconteceu. Normalmente, a indenização cabível à vítima não será integral, mas submetida à ponderação. Esta teoria tem sido aceita pelos tribunais brasileiros, tal como demonstrado.
- Já a teoria americana *Res Ipsa Loquitur*, visa a permitir que a interferência seja presumida como verdadeira até que se produza prova que convença do contrário. Ela aplicável nas seguintes circunstâncias: (a) Não há evidencia de como e porque ocorreu o dano; (b) Acredita-se que não haveria ocorrido se não houvesse culpa; (c) Recai sobre o médico que estava atendendo pessoalmente ao paciente. Esta teoria não é bem aceita pela jurisprudência nacional porquanto é considerada incompatível com a tradição do Direito brasileiro, visto que o CPC já admite a teoria da carga dinâmica da prova.
- Ressalte-se que o Código de Defesa do Consumidor excepcionou tão somente a responsabilidade pessoal do profissional liberal, reservando a este a prerrogativa de responder em caso de prática culposa. Isto, entretanto, não favorece a pessoa jurídica para a qual ele trabalhe como empregado ou que faça parte da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Mariana. **Com 3 ações de erro médico por hora, Brasil vê crescer polêmico mercado de seguros.** In: BBC Brasil. Acessado em 27/10/2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492337> .

ANGELIM, Julia Magalhães. **Responsabilidade civil por erro médico: uma análise da vulnerabilidade do profissional da saúde.** Rio de Janeiro, 2018.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Doutrina: Responsabilidade Civil por Erro Médico: Aspectos.** In: Revista de Direito Civil – RDC. Mar-Abr/2000.

CALIGARI, Roberto. **Erro médico causa seis mortes por hora no Brasil.** In: Portal PebMed. Acessado em 27/10/2019. Disponível em: <https://pebmed.com.br/erro-medico-e-causa-de-seis-mortes-por-hora-no-brasil/> .

CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho e SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do código de defesa do consumidor às ações judiciais por alegado erro médico.** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 108, pp. 245-268. São Paulo, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COSTA, Filipe Alves De Lima. **Responsabilidade civil dos profissionais de medicina a luz do código de defesa do consumidor.** In: Portal Conteúdo Jurídico, abr/2016. Acessado em 22/11/2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,responsabilidade-civil-dos-profissionais-de-medicina-a-luz-do-codigo-de-defesa-do-consumidor,55694.html>.

COSTA, Henrique Araújo e COSTA, Alexandre Araújo. **Erro médico: a responsabilidade civil e penal de médicos e hospitais.** Brasília: Thesaurus, 2008.

DIAS, Judit. **Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance.** Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, centro de ciências sociais e jurídicas – CEJURPS Curso de Direito. Itajaí, 2010.

FREITAS, Elenilton. **Teorias do Risco**. In: Jus Brasil, 2015. Acessado em 06/10/2019. Disponível em: <https://eleniltonfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/250885109/teorias-do-risco> .

GIOSTRI, Hidelgard Taggssell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Imprensa Braille-Adevipar, 2001.

GIRÃO, Mardônio da Silva e ANDRADE, Alexsandro Oliveira. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2015.

GOMES, Rui Kleber Costa. **Responsabilidade civil do médico no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Pillares, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. 4. Responsabilidade Civil**. 10 ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad civil del medico**. Buenos Aires: Astrea, 1979.

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

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. Quartier Latin, 2010.

MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 289 e ss.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. In: Responsabilidade Civil: direito fundamental à saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. 3.Ed.. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEZADO, Paulo. **Responsabilidade administrativa, civil e penal do médico**. 2008. Acessado em 23/06/2019. Disponível em:

<http://www.pauloquezado.com.br/detalhes-artigos.cfm?artigo=artigo&wartigo=6&wart=Responsabilidade-Administrativa-Civil-e-Penal-do-Mdico> .

VEJA. **Erro médico mata mais que câncer no Brasil**. Acessado em 27/10/2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/erro-medico-mata-mais-que-cancer-no-brasil/> .

SANTOS NETO, Leopoldo Luis dos. **O erro diagnóstico**. S-Brasília Médica, v. 34, n. 1/2, pp. 44-46, 1997.

SAVATIER, René. **Comment repenser, la conception française actuelle de la responsabilité civile?** Paris: Daloz,1967.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jursiprudência**. 7. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TELLECHEA, Julia Jardim. **Erro médico e responsabilidade civil: quando o médico também é vulnerável**. Acessado em 06/10/2019. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/julia_tellechea.pdf .

UDELSMANN, Artur. **Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. Rev. Assoc. Med. Bras. v.48 n.2 São Paulo abr./jun. 2002. Acessado em 23/06/2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302002000200039&lng=es&nrm=iso&tlng=pt .

VENOSA, Silvio Salvo. **Responsabilidade civil, vol. 4**. 13 ed.. São Paulo: Atlas, 2013.