



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS –
UNIPAC**

**FACULDADE DE DIREITO
BACHARELADO EM DIREITO**

LUCIANO BOUSADA LOPES

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Monografia de conclusão de Curso
apresentada ao curso de ciências
jurídicas da Faculdade de Direito, da
Universidade Presidente Antônio Carlos,
como exigência para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.
Orientador: Professor Leonardo R. F. de
Mendonça.

UNIPAC/JF

2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

Luciano Sousa da Lopes

Aluno

Responsabilidade Civil do Médico

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Luciana Maria Braga

Idel Oliveira

Simone da Silva

Aprovada em 04 / 08 / 2008.

Dedicatória

Dedico este trabalho de pesquisa a minha esposa e companheira Robertha que obtive do Ser Supremo a oportunidade e privilégio de conhecer tornando-me completo, sempre me incentivando e estimulando em todos os momentos, principalmente nos mais difíceis.

Agradeço aos meus pais Airton em especial
minha mãe Maria da Glória (*in memoriam*) que
me proporcionaram a oportunidade de estar aqui,
contribuindo em toda minha formação. *Infinitas
saudades.*

(...) Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. (...)

JURAMENTO DE HIPÓCRATES

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO-----	10
1 - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MEDICINA ATUAL -----	13
2 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL-----	15
2.1 - <u>Responsabilidade subjetiva</u> -----	17
2.2 - <u>Responsabilidade objetiva</u> -----	18
3 - OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO-----	20
4 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO-----	23
4.1 - <u>Caracterização da culpa</u> -----	25
4.2 - <u>O ônus da prova do erro médico</u> -----	26
5 - EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NA ATIVIDADE MÉDICA -----	28
6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS-----	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	33

Resumo

A meta a ser alcançada com o presente trabalho é a análise da responsabilidade civil do médico ante um ato errôneo, que gere dano a alguém. Discutir-se-á quem responderá por tal dano, abordando as teorias que tratam deste assunto. A responsabilidade civil estabelece, em nosso país, via de regra, que aquele que causar dano a outrem deve ressarcir-lo por estes prejuízos. A responsabilidade civil do médico advém, também, desta disposição existente em nosso ordenamento jurídico. Deve, pois, subsistir a indenização, caso o paciente submetido à tratamento médico, venha, por causa deste tratamento, a sofrer um prejuízo, seja de ordem material ou imaterial, patrimonial ou não patrimonial. Dessa forma, o tema será estudado de maneira a suscitar a sua pesquisa, fornecendo subsídios que nos permitam aferir sobre a responsabilidade de tal profissional.

Palavras-chave: Medicina. Médico. Responsabilidade. Culpa. Dolo. Dano.

Abstract

The goal to be reached with the present work is the analysis of the civil liability of the doctor before an erroneous act, that generates damage to somebody. Who will be argued will answer for such damage, having approached the theories that deal with this subject. The civil liability establishes, in our country, usually, that that one that to cause damage outrem it must resarciz it for these damages. The civil liability of the doctor advém, also, of this existing disposal in our legal system. The indemnity must, therefore, subsistir, in case that the patient submitted to the medical treatment, comes, for cause of this treatment, to suffer a damage, either of material or incorporeal, patrimonial or not patrimonial order. Of this form, the subject will be studied in way to excite its research, supplying subsidies that in allow them to survey on the responsibility of such professional.

Word-key: Medicine. Doctor. Responsibility. Guilt. Deceit. Damage.

INTRODUÇÃO

O direito da responsabilidade civil, nos ordenamentos jurídicos, visa a regular e a trazer respostas ao problema social da distribuição dos infortúnios. Em outras palavras, urge definir se, diante de uma infelicidade, de uma calamidade, ou de um acidente, o dano há de ser tolerado por aquele que o experimenta, ou se cabe a mais alguém assumi-lo, integral ou parcialmente. Resumindo, busca, em face de um dano, quem deverá responsabilizar-se por ele e em que medida.

De uma maneira global, se podem distinguir dois critérios fundamentais de atribuição ou imputação da responsabilidade civil por danos:

1. Critério da culpa,
2. Critério do risco.

De acordo com o primeiro critério, que informa a responsabilidade dita subjetiva, responsável será aquele que, agindo culposamente, causar dano a outrem. Em concordância com o segundo critério, próprio da responsabilidade objetiva, será responsável pelo dano aquele cuja atividade, por sua natureza, implicar um risco não tolerado à esfera jurídica alheia. Ambos os critérios são acolhidos pela lei, com campos de incidência que se ambicionam excludentes, mas que, por vezes, não se apresentam claramente apartados.

A atividade médica, como qualquer atividade humana, não está alheia à problemática acima anunciada. Diante de uma infelicidade decorrente do exercício da medicina, é preciso averiguar a quem e em quais condições, há de ser imputada a respectiva responsabilidade.

Em nosso país, via de regra, a responsabilidade civil conjuntura que aquele que causar dano a outrem deve ressarcir-lo por estes prejuízos. Também advém desta disposição existente em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade civil do médico. Deve, pois, subsistir a indenização, caso o paciente submetido à tratamento médico, venha, por causa

deste tratamento, a sofrer um prejuízo, seja de ordem material ou imaterial, patrimonial ou não patrimonial.

Para a compreensão do mecanismo jurídico da precisão desta indenização, que pode o médico, judicialmente, ser compelido a fazer, há que se sopesarem conceituações que vão ser empregadas como base, no manejo dessa situação jurídica que se estabelece entre o médico e o paciente lesado. Os primeiros conceitos são os de responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva, logo em seguida vêm os de relação contratual e relação extracontratual, e ao final, os conceitos de obrigação de meios e obrigação de resultado.

A responsabilidade civil do médico sempre provocou variadas controvérsias, não apenas pela sua inclusão ora no campo contratual, ora no campo extracontratual; mas, sobretudo, pela maneira mais circunstancial em que a profissão é desempenhada. O formato mais correta é usá-la na forma contratual, e até mesmo no atendimento não oneroso. É claro que o médico, ao exercer suas atividades junto ao paciente, sua intenção é beneficiá-lo.

Mesmo assim, o dano pode nascer. Isso obriga o médico, pela teoria objetiva da responsabilidade, a reparar o prejuízo, pois uma vontade honesta e a mais cuidadosa das atenções não eximem o direito de outrem. O certo é que os tribunais, até a algum tempo, apenas assinalavam a responsabilidade médica ante de um erro grosseiro ou de uma forma irrefutável de negligência.

Destarte, assim como não é fácil estabelecer a responsabilidade penal do médico, sua responsabilidade civil começa a sofrer intensas mudanças. Seus aspectos se voltam excepcionalmente para o caráter político-econômico, tendo como princípio mais acolhido o da distribuição dos danos, caracterizado por uma exigência econômica em decorrência da qual qualquer dano deve ser repartido entre os envolvidos. Onde quer se chegar à responsabilidade civil é garantir o equilíbrio social, quando qualquer prejuízo causado poderia acarretar dano a um dos elementos do grupo.

Clovis Bevilacqua¹ afirmava:

O Direito Penal vê, por trás do crime, o criminoso e o considera um ente anti-social, ao passo que o Direito Civil vê, por trás do ato ilícito, não simplesmente o agente, mas principalmente a vítima, e vem em socorro dela, a fim de, tanto quanto lhe for permitido, restaurar seu direito violado,

¹ BEVILAQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1929.

constituindo a eurritmia social refletida no equilíbrio dos patrimônios e das relações pessoais, que se formam no círculo do direito privado.

O direito moderno procura evadir do subjetivismo dos velhos conceitos filosóficos, buscando aproximar-se do fato por uma aspiração do ideal de igualdade. É evidente, porém, que essa solidariedade social da repartição dos danos não deve ser duramente tida como uma igualdade matemática.

Pelo que se revela, a visão dos tribunais está se inclinando para a reparação do dano, pouco importando que o resultado seja demonstrado por uma falha instrumental ou da ciência, quando a culpa do médico não chegou a ser comprovada.

Esta responsabilidade do médico está presa pelo aspecto contratual que faz da relação médico-paciente um contrato de locação de serviços. Os julgadores não estão muito inclinados em examinar intensamente as razões subjetivas da culpa, senão apenas em reparar o dano.

1 - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MEDICINA ATUAL

Não se pode olvidar o fato de a Medicina atual ter tomado direções díspares da de antigamente. Acontecimentos e situações começam a se processar ao nosso redor, como contingência da modernização de meios e de pensamentos. Não estamos mais na época em que o médico desempenhava, de forma quase solitária e espiritual, uma atividade junto a quem pessoalmente conhecia. A Medicina-Arte agoniza nas mãos da Medicina-Técnica. A erudição médica vai sendo substituída por um concreto arcabouço instrumental.

O médico de família cedeu espaço ao técnico especializado, que trabalha friamente, voltado quase que unicamente para esses meios extraordinários que a tecnologia atual pode proporcionar.

Esse médico viu-se compelido a trocar uma deontologia clássica e universal por um sistema de normas compatíveis com a realidade vigente, nem sempre assentadas a sua consciência e determinação. Não se diga que tudo isso tem como responsável o médico, mas se originou diante da evolução sofrida pelo contexto no qual se insere.

Por sua vez, a sociedade também não ficou impassível às mudanças, tornando-se uma sociedade utilitarista e pragmática, embasada em parâmetros de produção e consumo, sacrifica o indivíduo como ser humano e tende à supervalorização do coletivo. Gera-se uma mentalidade tecnocrata inebriada com os vertiginosos sucessos, em que o homem começa a ser despersonalizado e desvalorizado como uma simples coisa, inexpressivamente, posto dentro dessa pungente realidade que ele próprio criou e não pode mais controlar. Este pensamento fundou uma modalidade de medicina, na qual o homem tornou-se um grande enfermo numa coletividade crescente mais alucinada. Essa sociedade criou a medicina dos sintomas.

Nasceram as empresas médicas privadas, cada dia mais proliferantes, surgindo as multinacionais de serviços médicos, perseguindo a saúde por todos os lugares. A doença passou a ser uma fonte de riqueza.

Enfim, surgiu o risco. Há certas profissões, e a Medicina é uma delas, que, por sua natureza e circunstâncias, criam perigo de danos a outrem. Não existe médico, por menos experiente que seja, ou paciente por mais ingênuo que possa parecer que não estejam informados do risco suscitado na tentativa de salvar uma vida ou de restabelecer uma saúde.

2 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A regra geral de imputação da responsabilidade civil sob o escudo do Código Civil de 1916 era a da responsabilidade subjetiva, ou por culpa. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, ficava obrigado a reparar o dano, como dispunha o art. 159 do Código revogado. Particularmente acerca da responsabilidade dos profissionais da saúde, havia ainda a norma específica do art. 1.545 do mesmo Código revogado, que rezava:

Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

Tal disciplina não se modificou de maneira perceptível com o advento do Código Civil de 2002. Agora com muita ênfase, a sede da matéria no novo Código são os arts. 186 e 927, que fazem às vezes do antigo art. 159. *In verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Particularmente o parágrafo único do art. 927 do Código Civil faz menção à responsabilidade objetiva por risco, que, contudo, na voz uníssona da doutrina e da jurisprudência, salvo exceções adiante mencionadas, não se aplica à relação médico-paciente.

O art. 1.545 do antigo Código Civil, mera especificação da regra geral da responsabilidade por culpa, encontra certa equivalência no art. 951² do Código atual, que prevê 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 uma vez mais o critério da culpa na responsabilidade civil do médico. O mesmo artigo remete ainda a critérios de liquidação do dano pré-estabelecidos nos três artigos anteriores (arts. 948, 949 e 950), o que, todavia, será objeto de apreciação.

Por outro lado, a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), e que passou a reger as relações de consumo de produtos e serviços, vem sendo com constância aplicada às relações médico-paciente, suscitando conseqüências proeminentes na disciplina jurídica da matéria, mormente no campo probatório. No que tange o critério de aferição da responsabilidade do médico, todavia, a aplicação do CDC não destoia do que até aqui se expôs, sendo muito claro o art. 14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor quando dispõe que:

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

(...)

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

O conjunto das disposições legais acima citadas permite concluir que dos médicos é exigida a observância do dever de prudência, diligência e perícia no exercício de sua atividade, de tal sorte que ele não se responsabiliza, em regra, pelo resultado antagônico que possa advir ao paciente como implicação de acidentes ou processos mórbidos cujo controle esteja além das disponibilidades técnicas e materiais do médico.

Isso porque o médico tem, segundo a linguagem corrente da doutrina, e salvo exceções a seguir analisadas, o que se denomina “obrigação de meio”, em contraposição à “obrigação de resultado”. Dito de outra forma, ele se sujeita a aplicar os meios apropriados, segundo o estado da técnica e da arte médicas, para curar o paciente, mas não se obriga a garantir o resultado da cura. Por isso, a sua responsabilidade surge não do fracasso na

² Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização indevida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

aquisição do resultado da cura em si, mas tão-somente do emprego de meios impróprios para atingir aquele resultado, quando ele não é alcançado.

A responsabilidade civil gira em torno de duas teorias:

1. Subjetiva;
2. Objetiva.

2.1 - Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa é aquela que além do ato do agente causador da lesão, tem que estar presente o dano no lesado e também do nexos causal estabelecido entre o ato lesivo e o dano ao lesado, tem ainda que se achar presente a culpa do agente causador do dano, caracterizando-se pela presença no agir deste de dolo ou pela presença só de culpa no sentido estrito, ou seja, de imprudência ou negligência ou imperícia.

A teoria subjetiva, portanto, tem na culpa seu embasamento. No campo das questões civis, a expressão culpa tem um sentido muito amplo. Vai desde a culpa *stricto sensu* ao dolo. É o elemento do ato ilícito, em torno do qual a ação ou a omissão leva à existência de um dano. Não é sinônimo, portanto, de dano. E somente haverá culpa se dela derivar um prejuízo. Contudo, tal teoria não responsabiliza apenas aquela pessoa que se comportou de modo correto, mesmo que tenha causado qualquer tipo de dano.

Aqui, argüi-se a responsabilidade do autor quando existe culpa, dano e nexos causal. Seu alicerce é todo moral: inicialmente, porque leva em conta a liberdade individual, e depois porque seria injusto impor a todos, indistintamente, conseqüências análogas a um mesmo fato causador. Não faz injustiça com o autor, mas a deixa fazer contra quem já sofre a contingência de ser vítima.

No entanto, presentemente, essa teoria começa a ser contrariada por várias razões: a indefinição do conceito de culpa pelo cunho teórico e caracterização imprecisa, o surgimento da responsabilidade sem culpa, o sacrifício do coletivo em função de um egoísmo individual sem justificativa nos tempos atuais e a socialização do direito moderno.

Assim, o conceito de culpa vai se solidificando.

2.2 Responsabilidade objetiva

Segundo o doutrinador Neri Tadeu Camara Souza³, a responsabilidade objetiva é aquela em que presentes na relação entre o agente causador do dano e o lesado o ato lesivo, o dano no lesado e o nexo de causalidade entre este ação e a avaria, não há que se falar em culpa para que fique assinalada a obrigação de indenizar o lesado pelas perdas, de qualquer ordem, que porventura tenha sofrido. A presença de culpa no agir do agente causador do dano é desnecessária para que se caracterize, juridicamente, a necessidade de indenizar o lesado pelos prejuízos de que tenha sido vítima, em caso de responsabilidade objetiva.

A teoria objetiva da responsabilidade tem no risco sua viga mestra. O responsável pelo prejuízo indenizará a perda, não se cogitando da existência de sua culpabilidade, sendo suficiente a causalidade entre o ato e o dano para forçar a reparação cabível. O nexo causal incide no fato de o dano ter surgido de um determinado ato ou omissão. No instante em que a noção de culpa passa a ser dissolvida, a idéia de risco toma um plano superior.

Aqueles que contradizem esse conceito aceitam ser a teoria objetiva materializadora, vingativa, abalizada na justiça do olho por olho e do dente por dente do talião, preocupada com o aspecto patrimonial em detrimento das pessoas. Entretanto, tais argumentos não se justificam, pois não se cogita retaliação, senão da solidariedade e da equidade, alicerces da nova conceituação da responsabilidade civil. Longe de significar a volta ao primitivismo, reflete a sensibilidade do doutrinador ante aos fenômenos sociais.

De fato, a teoria do risco desfavorece o subjetivismo jurídico e os pontos de vista filosóficos, para atender ao princípio da precisão que as sociedades hodiernas estão a exigir, como uma política de igualdade diante dos sacrifícios impostos no interesse público. Sob um olhar inicial, o fato de alguma pessoa responder por danos que possa ter vindo causar sem culpa parece uma injustiça. Também não seria menor injustiça deixar a vítima sujeita à sua própria sorte, arcando sozinha com seus prejuízos. A solidariedade é o maior sentimento de justiça. Reparar todo e qualquer dano seria o ideal da própria solidariedade humana.

Morin, citado por Albino Lima⁴, assegura:

Se a noção de responsabilidade materializou-se no sentido de não procurar o elemento moral subjetivo, não desprezou, entretanto, os princípios de uma elevada moral social, dentro de um sistema solidarista que não enxerga indivíduos justapostos e isolados, mas um organismo de humanidade no qual todos os membros são solidários.

³ SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. Campinas: Editora LZN, 2003.

⁴ MORIN, citado por Albino Lima. **In Culpa e Risco**. São Paulo: Editora RT, 1963.

Esse é o principio da responsabilidade sem culpa. Indenizar o prejuízo causado sem culpa é mais uma garantia que propriamente uma responsabilidade. E isso não quer dizer que aqueles os quais são reparados pelo dano tirem beneficio disso. Os danos são sempre maiores que a reparação.

3 - OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

Na obrigação de meio, aquele que é contratado não se compromete com um objetivo específico. Obriga-se o contratado a utilizar no cumprimento da obrigação que tem com o contratante toda a sua diligência e cautela, de acordo com as técnicas habituais, naquele momento, para o procedimento pelo qual se comprometeu.

A obrigação de resultado é, ao contrário, aquela em que há um compromisso do contratado com um resultado determinado. O contratado compromete-se a atingir um objetivo delimitado, um resultado certo, para atender o que se obrigou com o contratante. Dessa forma, não atingindo tal resultado pré-determinado conclui-se que o contratado operou com culpa. Há, portanto, presunção de culpa.

Tratando-se de obrigações de meio, o ônus da prova é imputado a quem acusa regra essa que é a geral no ordenamento jurídico pátrio. Nas situações em que se tratar de obrigações de resultado, devido à presunção de culpa, há inversão do ônus da prova, cabendo provar a inverdade do que lhe é imputado ao acusado.

Salutar se ter em mente que sendo um contrato a relação que se estabelece entre médico e paciente, em caso de não cumprir o médico com a sua obrigação, de acordo com o art. 389⁵ do Código Civil, responderia por perdas e danos. Só se eximiria disso se fizesse prova de que não o fez por motivo de caso fortuito ou força maior, como reza o art. 393⁶ do Código Civil. No entanto, a doutrina e a jurisprudência determinam a precisão de que o paciente prove que o médico agiu com culpa. Portanto, trata-se de um contrato *sui generis* e seu inadimplemento, quando este se configurar, caracteriza a presença de um tipo especial de culpa do médico. Tal culpa é especial, pois no caso de se cogitar um contrato não cumprido

⁵ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualizações monetárias segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

⁶ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

pelo contratado, a culpa deve ser comprovada pelo próprio paciente, não podendo haver a presunção de culpa do médico, presunção esta característica dos contratos, em nosso ordenamento jurídico, quando a obrigação contratual não for satisfeita pelo contratado. Impera, na relação contratual não adimplida, no caso de médico e paciente, a necessidade do paciente que acusa provar a culpa do médico, o que, via de regra, é o que predomina nas demais relações jurídicas em nosso ordenamento.

Notadamente o direito brasileiro é unânime em instituir que a atividade médica é conduzida pela responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido o art. 186 do nosso Código Civil, bem como o art. 951 do mesmo diploma legal, é aplicável no que tange à atividade médica. O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu o mesmo em seu art. 14, § 4º.

Essa responsabilização do médico, nos termos referidos, dimana do vínculo que se estabelece entre este e o paciente. Este liame é o que caracteriza uma relação contratual, que é aquela que se estabelece entre as partes, baseada na autonomia da vontade de ambas. Decorre de uma convenção entre as partes, tornando-se lei entre elas aquilo que for acordado pelas mesmas. Há poucas vozes em sentido antagônico. Pode se caracterizar uma relação extracontratual com o paciente em casos, por exemplo, de atendimento de emergência ou, até mesmo, em caso de atendimento a um paciente já encontrado em estado de inconsciência, quando do primeiro contato com o médico. A relação extracontratual trata-se, portanto, daquela que se estabelece entre as partes, decorrente de disposições legais presentes em nosso ordenamento. É regida por dispositivos que vigoram *erga omnes*. No caso da relação contratual, o contrato que se estabelece entre o médico e o paciente não encontram uma colocação definida dentro dos contratos típicos, nominados. Pode-se considerá-lo um contrato atípico, inominado, já que seria um contrato de serviço intelectual, com peculiaridades especiais, até de aleatoriedade, visto não se quantificar com precisão o seu objetivo. Celebra-se este contrato pela simples comunhão de vontade entre as partes, daí a sua informalidade.

Assim, sendo uma obrigação de meios aquela através da qual o médico contratou com o paciente, cabe a tal profissional agir com vigilância e cautela, dentro da *lex artis*, para que tenha adimplido com aquilo pelo qual se comprometeu. Ou seja, deve atuar dentro da melhor técnica compatível com o local e tempo do atendimento médico que realizar. A cura não pode ser o escopo maior devido à característica de imprevisibilidade do organismo humano, mormente em estado de doença, o que se reflete em limitações no exercício da medicina. Já não se pode dizer o mesmo quando estivermos frente a um atendimento médico por ocasião de uma cirurgia plástica estética, vez que para os casos de cirurgia plástica

reparadora não cabe a afirmação de caracterizar-se como uma obrigação de meios. A doutrina e a jurisprudência brasileira são unânimes em ponderar os casos de cirurgia plástica estética como um contrato cujo objeto é uma obrigação de resultado. Assim, há presunção de culpa se o médico cirurgião plástico não adimplir inteiramente a sua obrigação, posto que o adimplemento parcial é considerado uma não execução da obrigação pela qual se comprometeu com o paciente contratante. Devido à presunção de culpa, ao médico cabe, nos casos de cirurgia plástica estética, fazer prova de que ele agiu com prudência, zelo e perícia na execução da tarefa.

4 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Desde os primórdios da civilização, foram criados códigos que puniam especialmente o dano, a lesão e o homicídio culposo e, considerando-se a extrema proeminência da atividade médica, estabeleceu-se uma legislação específica para a conduta profissional do médico.

Em um passado distante, quase três milênios, o Código de Hamurabi já castigava o médico que cometesse erros no tratamento de seus pacientes. Já no século V, a Lei Aquília decretou no Direito Romano, a generalização da responsabilidade civil do profissional da medicina. Mas foi na França do século XIX que a renomada doutrina da responsabilidade médica se concentrou, através do Procurador Geral Dupin, deixando um grande legado ao Direito contemporâneo.

Em magnífico parecer sobre um caso de erro médico, que interessou a toda a opinião pública francesa no ano de 1835 e rebatendo os argumentos da Academia de Medicina a favor do mandato ilimitado do médico sobre o paciente, Dupin⁷ firmou a seguinte jurisprudência:

1. O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre os seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.
2. Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção, basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto inescusáveis.
3. Aos tribunais corresponde aplicar a lei com discernimento, com moderação, deixando para a ciência toda a latitude de que se necessita, dando, porém, à justiça e ao direito comum tudo o que lhe pertence.

⁷ Câmara Civil da Corte de Cassação de Paris, em 20/05/1936.

O Acórdão da Corte de Cassação de Paris estabeleceu definitivamente a responsabilidade contratual dos médicos: "entre o médico e o seu cliente se forma um verdadeiro contrato que se não comporta, evidentemente, a obrigação de curar o doente, ao menos compreende a de proporcionar-lhe cuidados.

Na realidade, a culpa profissional do médico compõe um dos problemas científicos e deontológicos mais antigos, objeto de debates potencialmente infundável dada à natureza peculiar da atividade médica.

O que é certo para todas as áreas de conhecimento e seus profissionais, é que não se pode eximir o direito alheio, quando por negligência, imperícia e imprudência, o profissional originar lesão a outrem.

Com respeito a esta questão é princípio capital da responsabilidade civil, mesmo naqueles contratos que implicam um perigo, uma obrigação de garantia.

O ponto crucial do julgamento de toda a questão de erro médico está na caracterização da modalidade de obrigações do contrato celebrado entre o médico e o seu cliente.

Pelo que se apreende do ato médico, em sua complexidade e em seu aspecto conjuntural, a responsabilidade civil do profissional só pode comportar uma obrigação de meio ou de diligência, conforme já se explicitou, onde o próprio empenho do médico é o objeto do contrato, sem compromisso de resultado. Isso não o isenta de esforçar-se da melhor forma e usar de todos os recursos indispensáveis e disponíveis em favor do seu paciente.

Mesmo em especialidades consideradas como de obrigação de resultado, como na cirurgia meramente estética, já se observa com reserva o conceito radical de êxito incondicional, pois o mais adequado é guiar-se pelas circunstâncias de cada caso. Caso contrário, é se contrapor à própria natureza e à lógica dos fatos.

Assim, admite-se como regra geral que a obrigação do médico é a de meios, mesmo porque o objeto do seu contrato é a própria assistência ao paciente; ocasião em que se empenha a empregar todos os recursos ao seu alcance, sem, no entanto poder garantir sempre um sucesso. Ninguém poderá ser culpado concluindo-se de que toda diligência foi inútil, em face da inexorabilidade do caso, quando o profissional agiu de acordo com a "lei da arte", ou seja, quando os meios utilizados eram de uso habitual e sem contra-indicações.

Observa-se, hoje em dia, que o consagrado conceito subjetivo da culpa, no campo da responsabilidade civil, parece estar cedendo terreno ao conceito de risco, no qual o autor responde somente pelo dano causado, isentando-se apenas nos casos de força maior; culpa da vítima; atos de terceiros; ou inexistência denexo causal.

Dáí se conclui que toda vez que ficar evidenciado o nexo de causa e efeito na aplicação da teoria do risco promoveria a reparação do dano, favorecendo direta ou indiretamente todos os envolvidos.

A responsabilidade civil do médico é um instituto jurídico cuja essência está conectada ao princípio basilar do direito, que obriga qualquer profissional a responder por prejuízos causados a outrem, cometidos no exercício de uma profissão, conseqüentes à negligência, imperícia ou imprudência.

Sua responsabilidade decorrerá da comprovação de que ele agiu com dolo, causando de propósito o prejuízo por ação ou omissão voluntária; ou com culpa, atuando de maneira negligente, imprudente ou imperita.

Inicialmente, não resta muita dúvida quanto à atuação dolosa, uma vez que essa implica em ação ou omissão voluntária. O médico sabe que vai causar dano e atua com a intenção exata de causá-lo.

O problema surge para a caracterização de culpa.

4.1 - Caracterização da culpa

Para o apropriado equacionamento da questão, deve-se subdividir a atividade do médico em três momentos básicos: o diagnóstico, a escolha terapêutica e a prescrição. Para uma boa compreensão da incidência de conduta culposa, parece adequado analisar a questão sob o ângulo de cada um desses instantes.

Por ocasião do diagnóstico, deve o médico ter o cuidado de anotar cada um dos sintomas constatados, assim como com a assepsia impecável de suas instalações e instrumentos, para não ser acusado de negligência. Considerando que a acurácia da análise está acoplada a realização de exames adicionais, não se deve deixar de requisitá-los, para não ser considerado imprudente. Carece estar atualizado com as mais novas pesquisas publicadas na sua área de atuação, assim como não deve arriscar diagnóstico fora de sua área de especialização, para não correr o risco de ser chamado de imperito.

Nenhum profissional da área médica está livre de cometer qualquer tipo de erro de diagnóstico, mas, para não ser penalizado, deverá sim comprovar que diagnosticou corretamente com os sintomas verificados e sem excluir nenhum tipo de exame considerado essencial, e que também atuou dentro de sua disciplina médica para a qual está habilitado e

atualizado. Agora, se tenha praticado diagnóstico fora de sua área, deve estar capacitado a demonstrar que o erro não decorreu de nenhum conhecimento específico que desconhecia por falta de atualização ou por falta de especialização.

Quanto à escolha terapêutica, a questão não está atrelada à acurácia do diagnóstico, pois a terapêutica, basicamente, depende deste último. Mas é necessário se ter em mente que a ciência médica não é estática, e cabe ao profissional procurar sempre a atualização relativamente às técnicas terapêuticas mais modernas; deve estar apto a comprovar que não estava desatualizado e conhecia as novidades sobre o tema, não as tendo aplicado porque consideravam seguras e suficientes as técnicas anteriores ou ainda não confiáveis as novas.

Questão mais inquietante surge quanto à prescrição, entendida não apenas como a indicação medicamentosa, como também a determinação da necessidade de internação.

Sobre a questão acima, sabe-se de seu alto custo, cabendo ao médico atuar sempre com critérios sólidos, adequados e que possa demonstrar, caso interpelado, quanto à sua decisão ou não de internar o paciente. Na verdade, ao médico é defeso agir com ligeireza, vez que qualquer decisão que tome, deva ser muito bem fundamentada e de modo que sempre possa confirmar ter atuado com cautela, prudência e consideração pelo bem maior envolvido, a vida e a cura do paciente.

Dessa forma, uma outra grande preocupação surge, agravada por episódios mais recentes, e também vinculada à prescrição de medicamentos. Sabe-se que o profissional deve prescrever ao atendido as substâncias cujos princípios ativos são capazes de trazer-lhe os melhores benefícios terapêuticos possíveis. O comum, no entanto, é que os profissionais prescrevam remédios pela sua qualificação comercial.

Assim, ao prescrever o remédio pelo seu nome comercial, o médico consciencioso estaria até a proteger o seu paciente, encaminhando-o ao consumo de medicação adequada para seu tratamento, quer sob o âmbito químico, quer sob o âmbito de confiabilidade.

Então o profissional deve lembrar-se de que, ao prescrever medicação pelo seu nome comercial, está abonando, por ser um especialista qualificado, quanto ao produto receitado, do princípio ativo desejado, de sua atuação, e quanto à confiabilidade e credibilidade do laboratório em questão.

4.2 - O ônus da prova do erro médico

Supondo que surja um litígio em juízo, em que o paciente que sofreu uma lesão, ou seus sucessores, alegue a existência de erro por parte do médico, pedindo a reparação civil dos danos sofridos, nasce a dúvida acerca de a quem cabe o ônus da prova.

Será que é o paciente o qual sofreu um dano, que caberá provar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia? Tocará então, ao médico provar que não cometeu em hipótese alguma, e sim tendo agido com absoluta correção?

Tradicionalmente, o ônus da prova compete a quem alega, cabendo, portanto, ao paciente a prova do erro médico. Todavia, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que, como foi vislumbrado, incide sobre as relações médico-paciente, esse quadro se transformou, ante a regra específica do Código, que garante, como direito básico do consumidor, no caso, o paciente, de acordo com o art. 6º, VIII do CDC.

In verbis:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII- A facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

(...)

Assim, a regra atualmente, é que quem deve provar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, é o médico, uma vez que tenha sido acusado, num processo civil, de ter cometido algum tipo de erro médico, seja em qualquer procedimento.

Por isso é importante que os médicos busquem municiar-se de elementos que corroborem a correção do seu proceder, documentando as entrevistas com o paciente, para fins de anamnese ou outras finalidades; cuidando adequadamente pela veracidade dos prontuários médicos; armazenando em som, fotos e vídeo cirurgias e outros procedimentos mais complexas ou de maior risco; trocando informações com colegas sobre complicações que possa haver nos tratamentos, decorrentes de fatos que fujam à esfera de poder médico.

Um acervo probatório sólido, e que possibilite ao perito médico aferir a correção do procedimento do colega, será freqüentemente a chave para a defesa eficaz do médico em juízo.

5 - EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NA ATIVIDADE MÉDICA

A exceção clássica ao princípio da responsabilidade subjetiva na atividade médica é a das cirurgias estéticas embelezadoras, conforme já se pôde pincelar. Nesta, o médico é procurado, não para curar uma doença, mas para satisfazer a um desejo do paciente de ver o seu corpo alterado, a fim de atender a finalidades múltiplas, tais como exigências profissionais, ou mesmo meros caprichos individuais. Pode-se ver que o caso é de operar um paciente são, em busca de finalidades que não são terapêuticas, mas sim estéticas.

Em tais casos, vem se decidindo a nossa jurisprudência e os nossos Tribunais que o médico não assume simplesmente uma responsabilidade de meio, como nos outros casos de intervenção médica, mas sim de resultado, no sentido de que ele se obriga a garantir a efetiva obtenção do efeito estético anunciado.

No exemplo de uma cirurgia, por melhores que possam ter sido as técnicas usadas, e também por mais bem preparado que seja o médico cirurgião, e sem que tenha ocorrido qualquer tipo de falha em sua conduta, não atingiu o fim a que se esperava, dessa forma, responde o médico cirurgião, pois se tem a presunção que o paciente o procurou para efetivamente conseguir aquele resultado embelezador tão desejado, e não para simplesmente que fossem empregadas as melhores técnicas possíveis neste sentido.

Assim sendo, o ocorrido é que a responsabilidade universalmente verdadeira ou decorrente da culpa *latu senso*, já não está mais no campo subjetivo, mas sim no campo objetivo, no sentido de que não deprecar, para a sua configuração, a indagação sobre se houve culpa ou não, mas apenas a existência do nexa causal e do dano.

Dessas hipóteses, com certeza, diferem as de cirurgias estéticas reparadoras, reservadas à reconstituição de tecidos perdidos ou lesionados ou também à correção de deformidades graves, suscetíveis de gerar, nos pacientes lesionados, sintomas de ordem psicofísica que recomendem a intervenção médica urgente. Nestes casos, havendo uma indicação terapêutica para tal tratamento estético, volta a prevalecer a regra geral da

responsabilidade por culpa, no sentido de que o médico não responderá a não ser que tenha agido com negligência, imprudência ou imperícia.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observando-se todas as profissões criadas pelas necessidades humanas, a medicina, em específico, parece ser a mais complexa de ser exercida, principalmente do ponto de vista legal, dada a responsabilidade demandada daqueles que atuam em tal área, cujo objetivo supremo é o da preservação da vida e da saúde do ser humano.

O diploma de médico é uma prova oficial do conhecimento científico, ou seja, do domínio de um conteúdo e de suas respectivas habilidades. Já a moral profissional restará sendo demonstrada, diuturnamente, durante toda a vida. Assim mesmo, a melhor formação universitária e a mais alta especialização profissional não significam autorização para o profissional agir indistintamente.

A prática médica propicia uma possibilidade de dano a outrem, mas este risco, que está inseparável ao exercício da medicina, deverá ser sempre a preocupação do bom profissional.

Esse suposto dano que assombra o profissional aparece como conseqüência de uma cadeia de fatores, dentre os quais, temos os causados pela própria personalidade da pessoa que exerce a medicina, sendo, portanto, de caráter subjetivo. Também há os derivados da má formação profissional, os provenientes do sistema de saúde vigente e aqueles que são produzidos pelo meio sócio-econômico em que o médico atua.

O dano ou erro é inerente à condição da pessoa humana e, assim sendo, não é possível eliminá-lo efetivamente. O médico também está sujeito a ele, pois é uma pessoa humana, mesmo tendo estudado e possuindo a mais aguçada consciência profissional. É esta conscientização que torna o profissional mais prudente para cada ação, de modo a minimizar a sua margem de falha. O que obviamente nenhuma pessoa duvida é que o diploma de médico não constitui um passaporte para a impunidade.

Souza Lima, um ícone da Medicina Legal brasileira, no início do século, já afirmava que no Brasil a condescendência, quase ilimitada, para com os médicos poderia levar à grande

inconveniência de ver firmada, na opinião pública, o errôneo e pernicioso pré-conceito de que o diploma de médico lhe confere o privilégio da irresponsabilidade.

Atualmente, vê-se a prodigalidade no avanço do conhecimento e, paradoxalmente, o surgimento de situações conflituosas em diversos campos da atividade humana, como na prática médica, que se viu conturbada pela crescente incorporação tecnológica com repercussões negativas sobre o humanismo hipocrático.

Durante o século XX, as transformações sociais determinaram novos padrões de procedimento na relação do médico com o seu paciente, influenciados especialmente, por uma progressiva consciência da população sobre os seus direitos e deveres, trazendo uma maior afinidade pela participação, e, portanto, mais democracia.

A relação harmônica com o paciente deixou de ser uma permissão do profissional médico para se tornar uma obrigação nos tempos atuais. A qualidade de tal relacionamento é que vai produzir um atendimento diferenciado, erguendo o conceito do profissional da medicina junto a toda sociedade.

A grande maioria das queixas de pacientes contra médicos no Brasil vêm de problemas na relação do médico com o seu paciente. Tais aborrecimentos chegam todos os dias aos Conselhos de Medicina, muitas vezes sob a acusação de erro ou má conduta do médico. O médico jamais poderá esquecer-se de uma das colunas que sustentam a sua profissão, a atenção e dedicação ao paciente.

As reclamações que são mais comuns no atendimento do profissional médico são a atenção insuficiente ao paciente durante a sua consulta e também a espera demorada para o atendimento. Outro caso que se constitui muito comum hoje em dia é o exagerado interesse financeiro demonstrado por alguns profissionais.

O conhecimento e a habilidade técnica não são as únicas coisas a serem demonstradas pelo médico, é necessário também que o profissional comprove em seus atos, estar sempre interessado nos pacientes, trazendo empatia e respeito, ter capacidade para ouvir e observar e a consciência de suas limitações.

De certa forma, a saúde não é uma questão de específico encargo médico, mas sim de toda a sociedade, que tem se organizado de forma a exigir melhores condições de cuidados à saúde, cobrando os benefícios que a ciência médica colocou apenas a disposição de uma fatia minoritária da população.

O profissional da medicina não pode perder os princípios milenares que o incitam a prosseguir na busca de uma medicina calcada na beneficência, na justiça, entendida como equidade social, e também na autonomia do seu paciente. Necessita, sim, procurar um

relacionamento médico/paciente ideal abalizado na confiança mútua, na lealdade e na transparência.

Para isso, salutar explicar ao paciente acerca da natureza contratual da prestação de serviços médicos, na qual compete ao profissional a obrigação de oferecer os meios que estiverem ao seu alcance, e ao contratante, a responsabilidade do tratamento e dos valores saldados por ele mesmo ou pela sociedade por meio do Estado.

Desta feita, o presente estudo não pretendeu exaurir o riquíssimo e muitas vezes controvertido tema da responsabilidade civil dos médicos, mas repassar, em linhas gerais, algumas questões relevantes e de interesse concernentes ao tema em foco, suscitando a pesquisa e a análise, sob um ponto de vista efetivamente crítico, de seus principais aspectos legais e doutrinários, em função de questões práticas ligadas à sua aplicação cotidiana, notadamente em face da enorme discordância entre o paciente e o médico, ora diante do enorme desconhecimento desta matéria, ora por sentir faltar-lhe a devida segurança jurídica que o verdadeiro estado de direito deve resguardar ao cidadão tanto paciente quanto médico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1929.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Socialização dos Riscos e Danos Médicos**. Disponível em: <<http://www.crorj.org.br/fiscalizacao/Socializa%E7%E3o%20dos%20riscos%20e%20danos%20m%E9dicos.doc>>. Acesso em: 20 dez. 2007.

IMESC - Revista do Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo, São Paulo, nº 1, dez. 1998. Disponível em <<http://www.imesc.sp.gov.br/rev1e.htm>>. Acesso em: 29 dez. 2007.

MORIN, citado por Albino Lima, *in* **Culpa e Risco**. São Paulo: Editora RT, 1963.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Responsabilidade Civil**, 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Carlos Alberto. **O Consentimento Informado e a Responsabilidade Civil do Médico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7º, nº. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3809>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade Civil do Médico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6º, nº. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2582>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Responsabilidade Civil**, 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.