

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

RODRIGO MORAES SÁ¹
SILVIA JUMARA FÁVARO²

RESUMO

O progresso científico trouxe um grande avanço para inúmeros campos de atuação do saber humano, entretanto, a natureza apresenta sempre situações novas que fazem com que a atualização permanente seja requisito para acompanhar a evolução crescente. No campo do Direito isto também ocorre com o surgimento de novos fatos sociais solicitando uma imediata e eficaz tutela jurídica. Tem o direito positivo a obrigação de acompanhar a evolução social. O mesmo se dá com a ciência médica, pois, doenças incuráveis no passado são hoje combatidas com eficácia enquanto outras surgem desafiando o homem e instando-o a uma busca permanentemente e à utilização de novas técnicas e equipamentos que são meios de cura, mas são também elementos de risco. Verdade é que um médico ao submeter um paciente a tratamento ou a uma cirurgia estará exposto a riscos imprevisíveis quanto à reação do organismo, o que o impede de garantir um resultado positivo, colocando a medicina, de um modo geral, entre as obrigações de meios e não de resultado. É necessário, entretanto, que o médico conviva com essas possibilidades imprevistas e aplique todo o seu conhecimento técnico e diligência profissional evitando assim que qualquer ato seu de negligência, imprudência ou imperícia coloque em risco a vida, a saúde ou a integridade corpórea de seu paciente. Assim, Direito e Medicina unem-se para proteção do ser humano contra facultativos ineptos e hospitais irresponsáveis que denigrem uma das mais nobres ciências - a medicina. Nesse contexto, se faz necessário o estudo da responsabilização do médico pelo exercício da sua profissão. Assim, o presente estudo tem como escopo apresentar um panorama geral sobre a responsabilidade civil do médico.

Palavras-chave: responsabilidade civil; médico.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil e Penal, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Cidade de São Paulo.

² Advogada militante na área de Direito Civil, Articulista, Parecerista.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS.....	3
2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	7
3. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	9
3.1. Direitos e Deveres do Paciente.....	9
3.2. Direitos e Deveres do Médico.....	10
4. CULPA MÉDICA.....	12
5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	15
6. CONCLUSÃO.....	19
REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA.....	20

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

Antes de tudo cabe esclarecer que a saúde, a vida, o bem estar do cidadão, não são bens individuais, particulares, mas bem sociais, públicos, que o Estado tem o dever de tutelar, resguardar, garantir.

Constitucionalmente, o Estado assegura o gozo desses bens, impondo normas que os defendam, legislando sobre as condições para exercício das profissões liberais e técnico-científicas, que é o caso da profissão médica e farmacêutica.

Muitas vezes o homem sofre abalos em sua saúde e tem sua vida ameaçada. Mas, como a dor e o sofrimento não são inerentes ao ser humano, apesar de coexistirem com ele, é preciso eliminá-los para proporcionar o restabelecimento do doente. Portanto, o que se exige do médico no exercício de sua profissão, é uma conduta diligente, perita, cuidadosa, sábia. A morte é uma realidade e o maior risco da medicina, mas o que se pede ao médico é que esta não chegue pelas suas mãos quando tiver condições de evitá-la. Como preleciona Rui Stoco (2001, p. 397):

... o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, exigível de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica, dever esse consubstanciado em um Código de Ética, ao qual deve respeito e obrigação.

Portanto, essa exigência e cuidado devem ser estabelecidos segundo o atual estágio da ciência e as regras consagradas pela prática médica.

... Aliás, a legislação a respeito é pobre e escassa, pois regem a matéria, basicamente, a Lei 3.268, de 30.09.1957, dispoendo apenas sobre os Conselhos de Medicina, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19.07.1958, e o Código de Ética Médica (Resolução 1.246, de 08.01.1988, do Conselho Federal de Medicina).

Miguel Kfoury Neto (1998, p. 25), discorre que antes da conduta médica, deve-se observar um comportamento humanístico relacionado com o próximo:

Por respeito à dignidade do ser humano, a relação contratual que se estabelece entre médico e o paciente deverá estar sempre impregnada de humana consideração pelo semelhante e pelos valores espirituais que ele representa. Assim, a função médica encerra, muito mais que um ato de justiça, um dever imposto pela fraternidade social, tornando mais suportáveis a dor e a morte.

Como não estamos lidando com uma ciência exata, mas sim humanista, limitada, e que durante tratamento clínico ou cirúrgico pode surgir fato novo que escapa às previsões mais prudentes, haverá sempre um risco que o paciente não pode desconhecer. Trata-se do risco impossível de ser previsto ou controlado, mesmo quando o profissional utiliza todos os seus conhecimentos técnicos científicos, sua habilidade prática e segue todas as regras do seu mister, até porque técnicas hoje consideradas apropriadas, amanhã serão tidas como ultrapassadas. Para Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 399/400):

[...] o médico compromete-se a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia. [...] Convém lembrar que não se exige que a culpa do médico seja grave, para responsabilizá-lo. Para tanto, basta a culpa levíssima, desde que haja o dano. [...] Por isso, concorrem elementos e fatores que distinguem a culpa dos médicos da exigida para responsabilizar integrantes de outras profissões. A obrigação principal consiste no atendimento adequado do paciente e na observação de inúmeros deveres específicos.

Com o avanço tecnológico e a medicina de grupo, eliminou-se o médico de família (um amigo em quem o paciente confiava), e, o médico generalista deu lugar ao médico especialista, aos atendimentos previdenciários e de convênios, massificando a medicina, o que provocou novas situações à serem enfrentadas.

Com a medicina realizada por instituições com fins diretos ou indiretamente comerciais, padroniza-se o tratamento com vistas a resultados majoritários e de custo menor, chegando-se à medicina de enfermidades e não de enfermos, situação em que diante de perícia médica o juiz não sabe logo, de pronto, se se lhe aconselhou sobre a base de informações da enfermidade ou sobre o caso do expediente. Nesse aspecto Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza (2001, p. 193), conceituam a responsabilidade civil médica em caráter integrativo referente a medicina de grupo, assim dispondo:

A responsabilidade civil médica é, pois, a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão. De bom alvitre lembrar que ao se falar nessa modalidade de responsabilidade civil, está-se falando não somente do profissional liberal, mas também dos estabelecimentos de saúde em geral.

Não pretendendo desculpar erros médicos inadmissíveis temos, entretanto, que conhecer as causas que levam a elas. Entre elas temos a inadequação, muitas das vezes, do estabelecimento de atendimento médico e dos meios para exercê-lo; a falta de higiene; o

material de baixa qualidade, quando não inexistente; os aparelhos médicos em más condições de funcionamento; há carência de pessoal auxiliar; isto ao lado do nível mediano de muitos profissionais - despreparados e incompetentes que, além de uma sobrecarga horária, não têm sequer a possibilidade de aperfeiçoar seus conhecimentos técnicos.

Além desses aspectos que devem ser considerados pelo julgador de um caso médico, há outros à serem observados, tais como as condições físicas do paciente no momento da cirurgia, ou as possíveis reações do paciente no momento da cirurgia, ou as possíveis reações que o seu organismo pode apresentar perante algum medicamento ou durante uma anestesia; a falha de algum aparelho cirúrgico, bem como o risco inerente a qualquer ato médico ou, até mesmo, se este agiu culposamente.

Como vimos não é fácil estabelecer os limites do descumprimento dos deveres que norteiam a atividade médica, pois o profissional tem uma faculdade muito ampla de atuação exercendo suas obrigações conforme a natureza do caso que se lhe apresenta e do que assumiu perante o doente, se uma obrigação de meios, ou de resultado. No entendimento de Silvio de Salvo Venosa (2000, p. 561):

... como em toda responsabilidade profissional, a responsabilidade do médico será, em regra, aferida mediante o cauteloso exame dos meios por ele empregados em cada caso. Em Medicina, como em Direito, há casos semelhantes, mas não idênticos. Mesmo porque não existem pessoas iguais, embora a ciência já admita produzir clones.

É importante lembrarmos que, por vezes, o enfermo sofre lesões físicas e psíquicas necessárias para o restabelecimento da sua saúde e não resultantes de atitudes imperitas do profissional da medicina, não sendo classificáveis, portanto, como danos indenizáveis. Em contrapartida, Antônio Chaves (1991, p. 122) alerta para os riscos da iatrogenia (doença que surge em virtude de intervenção médica ou medicamentosa), com 5% das camas de hospitais do mundo ocupadas por pessoas cuja doença é consequência do tratamento, significando, nos EUA, um gasto de três bilhões de dólares.

Por outro lado, a responsabilidade civil pode ser encarada como uma norma protetiva do médico, pois como nos ensina Delton Croce e Croce Júnior (2002, p. 04):

A obrigação que pesa sobre os médicos de suportarem as consequências de certas faltas por eles cometidas no exercício da arte, a responsabilidade é uma segurança para os médicos cultos, conscienciosos e prudentes, e uma ameaça constante para os audaciosos sem escrúpulos e os ignorantes incorrigíveis, ao mesmo tempo que uma barreira infranqueável contra as reclamações fantasiosas e os caprichos dos clientes descontentes.

A culpa é fundamental e necessária para que haja responsabilização do profissional médico. Para Silvio de Salvo Venosa (2005, p. 32/33):

A culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. Não podemos afastar a noção de culpa do conceito de dever. [...] A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude. [...] Quando é mencionada culpabilidade no campo civil, a noção abrange o dolo e a culpa. [...] De fato, há uma longa distância no ato pelo qual o agente procura intencionalmente o resultado (dolo) e naquele que se dá por negligência, imprudência ou imperícia (culpa). Em sede de indenização, porém, as consequências são idênticas.

Fernanda Schaefer (2003, p. 44), diferencia as modalidades de culpa, assim dispondo:

Em resumo, é grave a culpa quando, embora o autor não quisesse o resultado danoso, comportou-se como se o tivesse querido. Será leve a culpa decorrente da falta de diligência média, ou seja, aquela que um homem normal observaria em sua conduta. E, finalmente, é levíssima a falta resultante de uma conduta que foge aos padrões medianos, mas que seria evitada se houvesse um cuidado especial.

Contudo, na ótica de Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 396), para caracterizar a culpa médica, basta a simples voluntariedade de conduta, sendo, portanto a intenção desnecessária, pois, a culpa ainda que levíssima necessita de reparação.

O Código de Ética Médica traz em seu bojo algumas práticas de atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência. Nesta mesma linha, a Associação Médica Brasileira elenca de maneira oficial os procedimentos médicos, consoante explicação de Irany Novah Moraes (2002, p. 217/221):

Os procedimentos médicos são oficialmente listados pela AMB – Associação Médica Brasileira (Terceiro Registro de Títulos e Documentos de São Paulo 4.602.758/96), onde os honorários são estabelecidos com valores referenciais para convênios e planos de saúde, procurando, no dizer de seu presidente “compatibilizar interesse e possibilidades, direito e justiça, honra e dignidade”. A publicação relaciona todos os procedimentos da prática médica corrente no país. É de ressaltar que o documento considera todas as condições plausíveis da assistência ao doente, desde a consulta até os atos mais complexos, como os transplantes de múltiplos órgãos; contemplando os procedimentos para diagnóstico e tratamento, considerando tratar-se de clínica geral ou especializada, cirúrgica ou não, em urgência ou de rotina, para tratamento ambulatorial, internado ou domiciliar. O volume de 160 páginas apresenta 3.873 itens, lembrando que muitos deles podem ser desdobrados, resultando em procedimentos complementares para solucionar dificuldades encontradas no decorrer do exame ou outro ato terapêutico.

2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Os pressupostos principais gerais no plano da responsabilidade civil médica são os mesmos aplicáveis à responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão do agente; culpa do agente; relação de causalidade; dano experimentado pela vítima.

A ação se caracteriza pelo comportamento humano, comissivo ou omissivo, que venha a causar dano ou lesão a outrem. Segundo Maria Helena Diniz (2006, p. 44):

A ação, fato gerador da responsabilidade poderá, ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é, em regra, mais freqüente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais. Deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade á qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta, em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios, desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações etc.

Ainda sobre o elemento da ação ou omissão, Rogério Marrone de Castro Sampaio (2003, p. 30) afirma que:

Percebe-se, portanto, que a obrigação de reparar o dano vincula-se etimologicamente a um comportamento humano, positivo (ação), ou negativo (omissão). Daí a ideia de que o ato ilícito insere-se entre as espécies do gênero ato jurídico. Em suma, deve-se reparar o dano aquele que, por meio de um comportamento humano, violou dever contratual (descumprimento de obrigação contratualmente prevista), legal (hipótese em que, segundo, comportamento, sem infringir a lei, foge à finalidade social a que se destina), como acontece com os atos praticados com abuso de direito.

No tocante a culpa do agente, leciona Silvio Rodrigues (2003, p. 16):

Nos termos da lei, para que a responsabilidade se caracterize, mister se faz a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou pelo menos culpo. O dolo ou resultado danoso, afinal alcançado, foi deliberadamente procurado pelo agente. Ele desejava causar dano e seu comportamento realmente o causou. Em caso de culpa, por outro lado, o gesto do agente não visava causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, de sua imprudência ou imperícia resultou um dano a ela.

O terceiro pressuposto, relação de causalidade, se caracteriza pela ligação existente entre a causa e o efeito. Sobre o assunto discorre Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 34):

Nexo causal é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no artigo 186 do CC. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não esta relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

No entender de Rogério Marrone de Castro Sampaio (2003, p. 88), a relação de causalidade deve estabelecer “no decorrer do tempo, uma cadeia de comportamentos e condições, e é imperioso destacar aquela que, efetivamente pode ser erigida como causa dos danos suportados, permitindo, assim, imputar a seu autor a obrigação de indenizá-los”.

Por fim, o último pressuposto é evidenciado pela ocorrência efetiva do dano, com a violação de um direito que cause prejuízo. Com absoluta propriedade, Sérgio Cavalieri Filho (2000, p. 70) esclarece:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco, proveito, risco criado etc, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Em suma, esses são os requisitos que são imprescindíveis para a configuração da responsabilidade civil do médico.

3. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Hoje, o que temos é a despersonalização do relacionamento médico-paciente. O médico é um desconhecido a quem se recorre para resolver um problema de saúde.

O médico até pouco tempo exercia sua profissão sob sua própria autonomia e autoridade. Hoje, ele a está praticando filiado a convênios, instituições, hospitais, que lhe ditam as normas que deverá seguir.

Entretanto, qualquer que seja a origem do relacionamento, o que deve importar é o paciente, é o enfermo integralmente e não órgãos enfermos ou enfermidades isoladas.

O médico tem o dever de reunir todos os elementos para elaborar o seu diagnóstico e valer-se de todos os recursos para aplicar o tratamento mais adequado. No entanto, o médico não pode lutar sozinho contra a doença, o paciente tem o dever de colaborar para que o tratamento tenha sucesso.

3.1. Direitos e Deveres do Paciente

A relação médico-paciente estabelece para as partes direitos e deveres que devem ser observados. Entre os direitos pertinentes ao paciente em relação ao seu médico, podemos citar: escolher, livremente, o profissional e o estabelecimento hospitalar; mudar de médico quando sentir que não lhe está sendo dispensado o devido zelo; exigir do médico um tratamento condizente com sua situação de ser humano, independente de seu estado econômico; ser informado sobre o tipo de tratamento a que está sendo submetido e as suas consequências; ser submetido aos mais atuais recursos técnicos que a ciência dispõe conforme a natureza da doença e condições financeiras de que possa dispor; revogar, a qualquer momento o seu consentimento para o ato médico; exigir do médico sigilo profissional; responsabilizar o médico civil e penalmente pelos danos que der causa com seu procedimento; solicitar explicações referentes aos medicamentos que lhe estão sendo ministrados, possíveis reações e efeitos colaterais.

Entre seus deveres encontramos o principal deles que é colaborar com o médico respondendo fielmente a todas as perguntas que lhe forem formuladas e cumprindo os conselhos e prescrições daquele.

É dever do paciente, também, não dificultar a ação do médico, cumprir com o contratado quanto aos honorários, assumir a responsabilidade pela recusa aos atos médicos e

confiar no médico que escolheu para tratá-lo. Nesse sentido acerca do dever de colaborar, assinala Hildegard Tagessel Giotri (2003, p. 171) que:

[...] de igual maneira que pesa sobre o profissional médico o dever de não abandonar seus clientes [...] – também o paciente deve abster-se de não abandonar o tratamento, ou o devido e necessário acompanhamento médico. Só agindo assim ele poderá cumprir de maneira adequada o tratamento instituído.

3.2. Direitos e Deveres do Médico

Não só o paciente tem direitos, mas também o médico os tem. Entre eles podemos citar: direito de escolher, livremente, seus pacientes; direito de se recusar a atender um doente, motivado por razões de ordem profissional, como não ser a sua especialidade, etc... em não havendo outro médico no local para prestar socorro ao doente, esta recusa será ilegítima e configurará omissão de socorro; direito de não mais atender o paciente se constatar que este perdeu a confiança em sua pessoa; direito de agir, nos casos graves e de urgência, mesmo sem o consentimento do doente ou seu representante, ou ainda, contra a sua vontade; direito de escolher livremente à respeito do método que lhe pareça mais oportuno; direito de receber honorários pelos serviços prestados.

O médico tem, na relação com seu paciente, deveres fundamentais dos quais não pode se afastar sob pena de incorrer em falta médica e ficar obrigado a reparar o dano a que deu causa. Muitos são esses deveres e, entre eles, citaremos os mais destacados: salvar vidas (desde a concepção); dispensar todo cuidado possível ao doente, orientando-o, colhendo informações sobre os sintomas e outros dados do doente; não indicar ou executar terapêutica ou intervenção cirúrgica desnecessária ou proibida; obter consentimento da paciente para realização de atos médicos; não abandonar o tratamento do doente, mesmo que o mal seja crônico ou incurável; o médico tem, para com seu doente, além dos deveres de zelo, perícia, sabedoria, o dever de vigilância e de manter visitas regulares; advertir o paciente ou seus responsáveis sobre suas reais condições de saúde e precauções necessárias ao seu caso; solicitar auxílio de outro médico mais habilitado se o caso requerer; tentar prolongar a vida do ser humano o mais possível utilizando-se de todos os meios para a cura; agir sempre com prudência, perícia e sem negligência; conhecer a composição, indicação e contra indicação dos medicamentos receitados; não forçar o paciente à realização de exame ou cirurgia a não

ser diante de estado de necessidade; verificar as condições do uso e segurança dos aparelhos e instrumentos que for utilizar para atendimento ao doente; não prometer cura; não induzir o enfermo em erro sobre o resultado de exames.

Estudando sobre os deveres médicos, colhe-se a doutrina de Sálvio de Figueiredo Teixeira (2000, p. 140), no sentido de que “o médico tem o dever de agir com diligência no exercício da sua profissão, conduta exigível de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela pátria médica”.

Aguiar Dias (1994, p. 116), decompõe as obrigações implícitas no contrato médico em deveres de: “1) conselhos; 2) cuidados; 3) abstenção de abuso ou desvio de poder”.

4. CULPA MÉDICA

De todo profissional exige-se que possua conhecimentos práticos e teóricos de sua profissão e que a desenvolva de acordo com os princípios básicos de uma conduta diligente, cautelosa, perita e eficiente para não incorrer em erros que poderão ser prejudiciais ao seu nome, à sua capacidade profissional e à classe profissional a que pertence.

Dos médicos exige-se uma conduta muito mais rigorosa, pois lida com a vida, com a saúde e com a integridade psicofísica de seres humanos. Portanto, o médico deverá atuar com um zelo que não se exige de outras pessoas.

Os médicos devem estar cientes que sua conduta será avaliada com base nas normas gerais aplicadas a todos os cidadãos, e não em normas legais específicas de responsabilidade médica. Daí resulta que o médico depende, quanto à sua responsabilidade, da interpretação de uma norma, e não da mesma norma que deveria ser preexistente ao fato.

A responsabilidade médica rege-se pelos mesmos princípios da responsabilidade civil em geral, segundo a qual quem pratica um ato em estado de consciência e capacidade, e com liberdade, intencionalidade ou por mera culpa, tem a obrigação de reparar os resultados danosos de sua conduta.

Os deveres profissionais do médico são obrigatórios tanto para com os pacientes que têm um contrato com ele, como para com aqueles que forem atendidos sem qualquer relação convencional, pois a culpa consiste na violação dos deveres médicos.

A responsabilidade contratual é facilmente identificada, enquanto a responsabilidade extracontratual do médico fundamenta-se na obrigação geral da lei de não prejudicar ninguém e nas obrigações resultantes da observação das regras que disciplinam a atividade médica.

Seja qual for a natureza da responsabilidade médica, não podemos desconhecer dois aspectos que compõe o proceder médico: o risco e o erro.

O risco é inerente à atividade médica e depende tanto da doença quanto das condições e reações orgânicas do paciente, além dos recursos técnicos colocados à disposição do médico.

Sergio Cavalieri Filho (1999, p. 137), explica que a periculosidade do serviço médico, proporcionando riscos previsíveis e normais (e, portanto, inevitáveis) constitui risco inerente a tal atividade, o qual não leva à responsabilização do profissional exceto se este não se desincumbir do dever de informar a esse respeito. Diferencia tal autor o risco inerente do risco adquirido, o qual, gravado pelos signos da imprevisibilidade e da anormalidade, surge quando o serviço se torna perigoso em decorrência de um defeito a ele inerente. Invocando lição de

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, aponta que em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima, ou seja, a ideia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera (quando confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais). O desvio de tal parâmetro, acrescenta, torna a periculosidade inerente em adquirida.

Assim não se pode considerar como de idêntico resultado o dano produzido por uma intervenção de urgência no meio rural, e em condições precárias, com o produzido por cirurgia realizada em hospital moderno de alta especialidade e bem aparelhado para o ato.

Para avaliação da responsabilidade, o juiz, muitas vezes, necessitará do esclarecimento de um médico perito que lhe fornecerá dados técnicos que este não dispõe. Por outras vezes, a culpa está tão evidenciada, como na falta do consentimento do paciente ou recusa do atendimento médico, que o parecer do perito será dispensável.

Utilizando-se dos ensinamentos de Juliana Carrareto Favarato (2009), na caracterização da culpa médica, tanto ou mais do que o simples exame da imprudência, da imperícia ou negligência, cumpre ainda ter à vista diretriz seguida pelo médico e o domínio da medicação. Sendo que cada espécie envolve uma obrigação específica assumida pelo médico, o que influencia e distingue a configuração da responsabilidade civil deste profissional.

Já o erro se caracteriza pelo engano, juízo falso cometido no exercício profissional que acarreta um resultado não desejado, decorrente da ação ou omissão do médico. Hildegard Tagessel Giostri (2003, p. 135/141) cita modalidades de espécies de erros:

Erro médico: quando ocorre uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional.

Às vezes, é possível a ocorrência de um erro que, por ser de pequena monta ou por não deixar sequelas, passa despercebido ao cliente. Todavia, quando da ação ou da omissão do profissional advier um dano para o paciente, com claro e indispensável nexos de causalidade, então deverá ele ser responsabilizado.

Erro do paciente: quando o paciente confunde a não realização de suas expectativas com erro médico, sendo que uma grande parte dos casos tidos pelos pacientes ou familiares como erro, decorre da incompreensão sobre o que lhe foi dito, ou do que não foi adequadamente entendido.

Isso decorre porque há por parte do paciente, uma expectativa bastante grande em relação ao trabalho de seu médico, haja vista que ele está a laborar o que há de mais precioso: a sua vida e a sua saúde.

Erro de diagnóstico e erro de conduta: agirá o médico com culpa, não por ter errado o seu diagnóstico, mas por ter insistido em manter-se dentro de um

conduta não satisfatória e não adequada, não advindo daí nenhum benefício para o seu paciente e, por contada qual, não poderá este último apresentar progresso ou melhora na sua patologia.

Erro profissional ou escusável: aquele contingente que decorre de falta não imputável ao médico, seja pelas naturais limitações da medicina, seja pela impossibilidade de um diagnóstico exato, o que poderia levar o profissional a uma conduta errônea. Insere-se nesta classe, também, os casos nos quais o médico procedeu corretamente, mas o doente omitiu informações, ou não colaborou com a sua parte na elaboração do diagnóstico ou no desenrolar do tratamento.

Em todas estas situações podem ocorrer erros, mas serão vistos como intrínsecos às limitações da profissão e da natureza humana, não sendo imputados ao médico. São chamados de escusáveis, com base no fato de que todo procedimento técnico, mesmo que corretamente efetuado, traz em si uma possibilidade de resposta adversa.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A doutrina majoritária considera e tipifica a relação médico-paciente como sendo um contrato de prestação de serviços. No entanto, não se trata, comumente, de contrato de resultado.

Discussão que não mais existe no tocante a natureza da relação, como nos ensina Rene Savatier (1951, p. 375/376), em tradução do autor:

Entre o médico e o paciente estabelece-se um contrato. Do conteúdo desse contrato, depende a responsabilidade de um frente ao outro; se apresenta, portanto como uma responsabilidade contratual. Após muito tempo decidindo o contrário, a Corte de cassação reconheceu esse princípio. E os tribunais e cortes de apelação são também unânimes em confirmá-lo.

A reflexão de Fabrício Zamproga Matielo (1998, p. 46) traz significativa contribuição ao entendimento dessa relação contratual:

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

Havendo contratação de um médico por qualquer pessoa para se utilizar de seus serviços, o negócio jurídico firmado entre eles é um contrato, oneroso e comutativo. Com clareza, Carlos Ferreira de Almeida (1995, p. 6/21) decompõe os elementos da mencionada relação jurídica, assim dispendo:

uma relação pessoal (um ato que é ou deve ser executado por um médico em favor de uma vida humana), um objeto (o tratamento ou a prestação de cuidados de saúde) e um fim (promover ou restituir a saúde, suavizar os sofrimentos e salvar ou prolongar a vida). As coincidências entre as partes dessa relação jurídica e o intervenientes do ato médico, portanto, é bem definida.

Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 180) entende que se o hospital for público:

o médico que atua como funcionário público, causando dano a paciente, deve ser absorvido pela responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da

Constituição Federal. O Estado terá direito de regresso contra o médico se este tiver agido com culpa. Na responsabilidade civil do Estado, em matéria de atendimento médico, o que está em jogo é a chamada falta do serviço público causadora de dano ao particular, e não a responsabilidade de um agente público em particular.

Sobre o mesmo assunto, Rui Rosado de Aguiar Jr. (2000, p. 133/180) preleciona:

A responsabilidade que surge para o Poder Público é de natureza extracontratual, submetida às regras do Direito Administrativo, pois na relação entre paciente e hospital, de contrato não se trata. ...embora entre o doente e o médico que o assiste, por dever de ofício, em hospital público, não haja contrato, deve ser reconhecida a existência de uma relação contratual de fato entre o paciente e a organização hospitalar, pois o doente internado não é um estranho.

Já a responsabilidade extracontratual decorre de um inadimplemento normativo, ou seja, livre de qualquer vínculo contratual, relacionado que é diretamente a um ato ilícito.

Maria Helena Diniz (2006, p. 08), discorre sobre o assunto:

Responsabilidade extracontratual ou aquiliana é resultante de um inadimplemento normativo, ou melhor, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas a uma relação obrigacional ou contratual. A fonte desta responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica. O *onus probandi* caberá à vítima, ela é quem deverá provar a culpa do agente. Se não conseguir, tal prova ficará sem ressarcimento. Além desta responsabilidade baseada na culpa. Abrangerá ainda a responsabilidade sem culpa fundada no risco, ante a insuficiência da culpa para cobrir todos os danos.

A responsabilidade extracontratual pode acontecer, por exemplo, quando um médico socorre alguém de imediato na rua. O paciente não optou por ser socorrido por aquele médico em específico, mas foi atendido por questões de prestação de socorro não podendo ser, assim, firmado uma relação contratual. Caso o médico não se prontificasse a atender àquela pessoa, poderia ser tipificada a conduta de omissão de socorro, ocorrendo, assim, a responsabilidade na esfera criminal.

Conforme ensinamento de Rui Rosado de Aguiar Jr. (2000, p. 133/180):

a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário. Ela pode ser *contratual*, derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, a maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da Medicina privada, isto é, ao profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente; será *extracontratual* quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência,

como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental. Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o *médico servidor público*, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados. Nesses últimos casos, o atendimento é obrigatório, pressupondo uma relação primária de Direito Administrativo ou de Direito Civil entre o médico e a empresa ou o hospital público, e uma outra entre o empregado e a empresa, ou entre o segurado e a instituição de seguridade, mas não há contrato entre o médico e o paciente.

As obrigações contraídas pelos médicos, com raríssimas exceções, são consideradas como obrigação de meio e não obrigação de resultado, ou seja, o médico não se obriga a curar, mas a atuar em conformidade com os parâmetros impostos pela sua ciência. Deve, por conseguinte, empregar todo empenho para obter a cura, ainda que não a alcance. Uma prova de erro diagnóstico não pressupõe culpa no agir do médico ao atender o paciente. É a sua própria atuação o objeto do contrato, como bem descreve Marco Fridolin Sommer Santos (1999, p. 83):

A não-obtenção do diagnóstico correto apenas demonstra que o resultado esperado não foi alcançado. Mas se o profissional, na busca do diagnóstico utilizou-se corretamente de todos os meios que o estado da técnica e as condições de trabalho lhe proporcionam, não há que se falar em culpa profissional. O objeto da obrigação, que é a prestação de serviços médicos, não se confunde com a sua finalidade. O fim é a obtenção de um resultado correto. A não-obtenção do resultado esperado não se confunde com a violação da obrigação.

Mas, em se tratando de responsabilidade civil do médico é indispensável uma prova inequívoca de que houve culpa na sua conduta. É atribuição do paciente fazer prova de que o profissional médico laborou com culpa. Nesse sentido também comenta Vera Maria Jacob de Fradera (1992, p. 123):

A consideração da natureza da responsabilidade médica como contratual não tem como efeito tornar presumível a culpa. É ao paciente, ou, se for o caso, a seus familiares que incumbe demonstrar a inexecução da obrigação, por parte do profissional. Provada a culpa do profissional com relação aos cuidados dispensados ao doente, será aquele constrangido à reparação do dano causado.

Sobre assunto relacionado, levando-se em consideração a ótica do julgador, ensina Miguel Kfoury Neto (1998, p. 76/77):

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do

mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.

6 - CONCLUSÃO

As considerações finais procuram sintetizar as conclusões da pesquisa realizada, cujo aprofundamento necessário restou limitado pelas restrições metodológicas presentes em toda investigação em grau dissertativo, mantendo, porém, aberta a reflexão para futuro detalhamento, em sede própria.

Neste sentido, conclui-se:

- 1 – Houve, sem dúvida, uma mudança no entendimento quanto ao que se refere à responsabilidade civil. Hoje o centro da reparação do dano é a vítima e não mais a pessoa do agente.
- 2 – É impossível, no exercício da medicina, afastar-se da ética e da moral quando o objetivo maior da sua ação é a preservação do bem estar da coletividade e o respeito aos direitos da personalidade.
- 3 – Os riscos cresceram com o progresso e conseqüente surgimento de novas técnicas e equipamentos. Entretanto, estes riscos devem ser eliminados ou, pelo menos, minimizados pela utilização de toda cautela que a vida do ser humano merece. A atividade médica, por sua própria natureza, implica em riscos para o direito de seu paciente, dentre eles, o mais importante é o direito à vida; logo, o médico deverá ser responsabilizado objetivamente se causar danos ao paciente.
- 4 – Verifica-se que a conduta do médico se submete aos princípios que norteiam a responsabilidade civil, assim se o médico no decorrer de seu trabalho normal, causar dano ao paciente por culpa ou dolo ficando responsável a indenizá-lo.
- 5 – Se o médico, no exercício regular de sua profissão, ocasionar danos ao seu paciente, será obrigado a indenizar, desde que fique provado o nexo de causalidade entre a conduta danosa e o resultado.
- 6 – A natureza jurídica da relação entre médico e paciente é caracterizada como de ordem contratual sob a ótica da responsabilidade civil do profissional.
- 7 – Na prática de seu ofício, o médico não está obrigado a alcançar determinado resultado, pois entre ele e o paciente existe uma obrigação de meio. Seu compromisso é utilizar todos os recursos disponíveis para obter a cura, esgotando as providências ordinariamente cabíveis.
- 8 – É recomendável, na apuração da responsabilidade, a adoção de um critério de bom senso, nem de rigor excessivo que torne os profissionais temerosos de agir nem tão pouco de uma benevolência que venha a favorecer ou incentivar a prática inadequada e negligente.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

AGUIAR JR, Rui Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 22 de junho de 2012.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os contratos de prestação de serviço médico no direito civil português*. In: Direito do Consumidor, São Paulo, n. 16, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A responsabilidade médico-hospitalar à luz do Código do Consumidor*. Revista Forense. São Paulo, v. 346, 1999.

CHAVES, Antonio. *Responsabilidade civil das clínicas, hospitais e médicos*. Revista jurídica, v. 159, 1991.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica, teoria da eleição procedimental; iatrogenia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CROCE, Delton e CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro médico e o direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo, Saraiva, v. 7, 2006.

FAVARATO, Juliana Carrareto. *Responsabilidade civil do médico nas cirurgias estéticas à luz do Código de Defesa do Consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, n. 2080, 12 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12449>>. Acesso em: 21 junho 2012.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *A responsabilidade civil dos médicos*. Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 55, 1992.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. 2. Ed. Curitiba: Juruá. 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MATIELO, Fabrício Zamproga. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5 ed. ver. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2003.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil, responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2.ed. Paris, 1951, Tomo II.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico/erro de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2003.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito e medicina. Aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Contratos em espécie e responsabilidade civil*. Vol. III, São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, v. 4, 2005.