

KELLY SILVA EL-CHAMI PROENÇA

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A
OBRIGATORIEDADE DA REPARAÇÃO DO DANO**

PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO MÉDICO, DA SAÚDE E BIOÉTICA

SALVADOR
2022

RESUMO

O profissional médico tem o dever de agir com cautela, atenção, afincado e com total obediência aos requisitos técnico científicos, com intuito de dedicar o máximo empenho a resultados positivos dos seus pacientes, porém não há garantia de cura e total restabelecimento à saúde do mesmo, haja vista algumas limitações impostas pela própria doença. Portanto, a obrigação do profissional médico é de meio, em regra, não de resultado, pois sua atuação não está atrelada à garantia de cura. A responsabilidade civil médica é composta pela conduta, o dano e o nexo de causalidade. Para que haja responsabilidade civil é necessário que o profissional médico tenha causado dano ou prejuízo, sendo indispensável este requisito para sua configuração e conseqüente indenização conforme comprovação de culpa. Se configura por responsabilidade civil subjetiva, em que a obrigatoriedade da reparação do dano ocorrerá caso tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia. Destarte o presente trabalho é composto por uma revisão bibliográfica a respeito do exercício da profissão médica, sob a abordagem do intuito de salvar a vida, com a prática e respeito a todos os critérios técnicos, possibilidades de abordagem, destreza, onde, mesmo reduzindo a possibilidade de ocorrência de dano, ainda assim o mesmo advenha.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Médica; Culpa Médica; Dano.

ABSTRACT

The medical professional has the duty to act with caution, attention, diligence and with total obedience to the scientific technical requirements, in order to dedicate the maximum commitment to positive results of their patients, but there is no guarantee of cure and total restoration to their health. , given some limitations imposed by the disease itself. Therefore, the obligation of the medical professional is a means, as a rule, not a result, because their performance is not linked to the guarantee of cure. Medical liability is composed by conduct, damage and causal link. In order to have civil liability it is necessary that the medical professional has caused damage or injury, being indispensable this requirement for its configuration and consequent indemnity as proof of guilt. It is configured by subjective liability, where the obligation to repair the damage will occur if you have acted recklessly, negligently or with malpractice. Thus the present work is composed by a bibliographical review about the exercise of the medical profession, under the approach of saving the life, with the practice and respect to all the technical criteria, possibilities of approach, dexterity, where, even reducing possibility of damage occurring, yet the same arises.

Key-words: Medical Liability; Medical Guilt; Damage.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho aqui redigido tem o intuito de realizar uma revisão bibliográfica a respeito do exercício da profissão médica, sob a abordagem do intuito de salvar a vida, com a prática e respeito a todos os critérios técnicos, possibilidades de abordagem, destreza, onde, mesmo reduzindo a possibilidade de ocorrência de dano, ainda assim o mesmo advenha.

Têm-se observado total exclusão de análise dos possíveis riscos, principalmente dos ocasionados por procedimentos cirúrgicos, descritos em pesquisas e literaturas, inerentes às abordagens, somados a fatores externos, interações fisiológicas, associadas ao cuidado e responsabilização do auto cuidado do paciente, onde apenas a figura do médico e a sua atuação são exclusivamente evidenciadas.

A responsabilidade civil do médico, tende a recair no estatuto da culpa, cabendo à vítima, afim de reparar o dano, a prova do dolo ou culpa. A reparação do dano, esculpe caminhos relacionando-a à culpa, de modo que o homem insurge em responder por um ato, ao qual deu causa dentro da imprevisibilidade que norteia as respostas fisiológicas e demais fatores associados às complicações cirúrgicas, de tratamento e demais condutas que visam o restabelecimento da saúde.

Diante do crescente número de processos solicitando reparação por dano ocasionado pelo exercício da medicina, este trabalho irá abordar a tendência social na obrigatoriedade da reparação do dano, mesmo quando este foi ocasionado com rigor ao comprometimento do restabelecimento da saúde.

O dano pode ser ocasionado por fatores que independem da atuação médica, sejam eles fatores individuais de cada paciente, seu respectivo cuidado com o corpo e comorbidades, seja pelo risco de complicação previsível e reconhecido através de pesquisas e estudos relacionados à realização de procedimentos invasivos, em destaque para os cirúrgicos. Surge o questionamento, sob a perspectiva de que, ainda que o profissional da medicina aja com destreza, habilidade e cautela, respeitando os princípios éticos e com total embasamento científico, não obtendo êxito cirúrgico, ou ainda tendo ocasionado mínima lesão ao paciente, se equiparado a proporção do benefício do tratamento ora alcançado, deve ele responder por dano?

Discutir acerca da obrigatoriedade de reparação do dano, frente à responsabilidade médica dos atos praticados com intuito de salvar e em conformidade com os preceitos da profissão.

Os Objetivos Específicos deste trabalho são: realizar abordagem sobre a responsabilidade civil médica, bem como discutir acerca da culpa na responsabilidade civil do médico e verificar a responsabilidade civil médica frente ao dano causado em decorrência de ato praticado para salvar a vida sob a ótica da obrigatoriedade de sua reparação.

Diante do número considerável e crescente de processos imputados aos médicos, o tema da responsabilidade civil médica frente a obrigatoriedade de reparação do dano, perfaz um tema de suma importância para discussão, sob a ótica da exposição fragilizada a que tem se submetido o profissional médico no exercício de sua profissão e o constante bombardeio de imputações através de ações sem o devido embasamento científico, em muitos casos com fins meramente lucrativos.

Este trabalho levantou informações relevantes ao entendimento da responsabilidade civil médica, agregando conhecimento sobre um assunto com demanda crescente e de grande abrangência por se tratar de relação de consumo onde o que se discute é o bem maior que é a saúde, a vida.

Trata-se de uma abordagem que favorece aquisição de conhecimento tanto na medicina quanto no direito, áreas de relevante atuação, favorecendo tanto na formação quanto no aperfeiçoamento destes profissionais, bem como a disposição de informações aos usuários de saúde, no sentido de esclarecer quando da ocorrência do dano.

Neste estudo foi adotado a revisão bibliográfica, portanto a pesquisa é qualitativa e descritiva. Foram utilizadas fontes seguras de pesquisa como consulta a base de dados, literaturas, artigos indexados, revista, livros, periódicos, sites. O contato com materiais que abordam o tema proposto, serviu para dar embasamento e enriquecer o conteúdo, de forma que este contato corroborou uma nova interpretação e conclusão a respeito do conteúdo em estudo.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Como bem aduz Carlos Roberto Gonçalves(2017), a responsabilidade retrata a questão da restauração do equilíbrio, seja ele moral ou patrimonial, gerado por aquele que provocou o dano. Trata da contraprestação, da reparação do dano, resultantes de ações humanas que foram de encontro às normas jurídicas e portanto ocasionaram consequências que exigem tal restauração ao *statu quo ante*.

A norma jurídica supracitada pode ser tanto contratual quanto legal, ambas serão submetidas, quando, em decorrência de atos que as infrinjam, algum dano for ocasionado, como bem cita STOLZE E PAMPLONA (2017) “deriva da agressão a um interesse iminentemente particular”.

Diante de uma acepção filosófica e diferenciada, vale destacar esta percepção da responsabilidade sob a ótica do cuidado, fortemente fomentado na Responsabilidade Civil Médica, que diz:

[...]deslocando-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem, vulnerável e frágil, será possível responsabilizar alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos – portanto agente moral apto a aceitar regras -, como substituir a ideia de reparação pela de *precaução*, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da *prudência*. Ao invés da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na *circunspeção* – e, por que não, no *cuidado* -, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer pena. A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva – em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos -, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro (FARIAS; ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p.36).

O cuidado consciente e responsável para com os pacientes deve permeiar profundamente todos os atos médicos direcionados à estes, que confiam suas vidas e esperam que lhes seja feito o máximo e mais eficaz possível tratamento a favor delas. Quando isto não ocorre, deixando-se de efetivar o compromisso firmado de agir com embasamento científico, obedecendo critérios e rigores que a complexidade da vida exige, há que se falar em responsabilidade civil médica, quando a culpa comprovada for.

Sérgio Cavalieri Filho (2008), destaca em sua obra a natureza do contrato de prestação de serviço entre médico e paciente, como um contrato *sui generis*, que amplifica a visão de atuação médica para além dos cuidados técnicos, onde o

mesmo assume um papel de extrema confiança com o paciente, numa espécie de guardião e protetor.

A relação médico-paciente se firma sob pilares de confiança e segurança, em que o doente espera receber tratamento digno e condizente com os preceitos éticos e legais determinados inclusive em juramento, portanto, o desapontamento gera tamanho transtorno, por se tratar de relação com o bem maior da vida e quebra desta perspectiva quase que divina de obtenção de resultados positivos. Para isto o profissional precisa atuar de maneira coerente e comprometida, a seriedade e rigidez na obediência aos protocolos, literaturas e demais estudos, irá minimizar consideravelmente os riscos até então inerentes à perplexidade das peculiaridades do corpo humano.

2.1 ELEMENTOS

A responsabilidade civil é decomposta em três elementos, são eles a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Tanto a ação (conduta positiva) quanto a omissão (conduta negativa) são pressupostos necessários para caracterizar a responsabilidade civil. De acordo com Stolze e Pamplona (2017) “o núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a *voluntariedade*, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.”

Torna-se condição essencial, obrigatória, a ocorrência de dano ou prejuízo para que se configure responsabilidade civil, motivo pelo qual ocorrerá a indenização.

Como bem definem ainda Pablo Stolze e Pamplona (2017) “...seja qual for a espécie de responsabilidade sob exame (contratual ou extracontratual), objetiva ou subjetiva, o dano é requisito indispensável para a sua configuração, qual seja sua pedra de toque.”

O dano será configurado quando houver lesão a qualquer bem jurídico, em sentido amplo, incluindo dessa forma, os danos à saúde, honra, corpo, vida,

patrimônio etc. Já em sentido estrito, dano material, se dá através de lesão ao patrimônio.

Resultante da conexão entre a conduta do agente ao dano, o nexos de causalidade é o terceiro elemento da responsabilidade civil, haja vista que só poderá ser responsabilizado por algo, aquele que deu causa ao dano.

Pode-se elencar o nexos causal nas seguintes funções:

[...] a primeira (e primordial) é a de conferir a obrigação de indenizar aquele cujo comportamento foi a causa eficiente para a produção do dano. Imputa-se juridicamente as consequências de um evento lesivo a quem os produziu (seja pela culpa ou risco, conforme a teoria que se adote). A seu turno, a segunda função será a de determinar a extensão deste dano, a medida de sua reparação. Ou seja, pela relação da causalidade seremos capazes de determinar quem repara o dano e quais os efeitos danosos serão reparados (FARIAS; ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p. 405).

Dessa maneira, a indenização será estipulada de acordo com a extensão do dano, os fatos serão avaliados com intuito de definir quem será indenizado, bem como o que será indenizado. Aquele que causou o dano, através do ato de indenizar, promoverá a melhor maneira de equiparar a situação então prejudicial à realidade anterior ao fato, estando então reparada dessa forma, como se nada tivesse ocorrido, quando possível.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A saúde, considerada como bem mais precioso, merece destaque e relevância diante dos fatos a ela associados, sejam eles de danos mais ou menos gravosos. O profissional da medicina, capacitado para lidar com a vida, detém o conhecimento técnico e científico para atuar com as mais diversas variantes do estado basal de saúde, imbuído de destreza, empenho, dedicação e cautela, ao menos, estes são os requisitos mínimos exigidos a quem se dispõe a cuidar de tal preciosidade. Porém, há situações em que, os resultados de cuidado não atingem o objetivo esperado, inviabilizando a cura e/ou total restabelecimento da saúde, ou até mesmo causando um dano inesperado, mínimo diante do intuito de salvar e dos benefícios galgados com o tratamento. Vale destacar que por este motivo, a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado.

Diante da crescente demanda de exigência do cliente em relação ao serviço que à ele está sendo oferecido, percebe-se que não mais está no tempo em que se aceitava de maneira atônita, passiva e inquestionável as condutas médicas. O homem busca mais informações e demonstra mais consciência dos seus direitos.

Corrobora Kfourri que:

O novo Código Civil brasileiro, em seus arts. 186 e 951, não se afastou da teoria subjetiva, a exemplo do Código revogado, em seus arts. 159 e 1.545. A responsabilidade profissional da medicina, entre nós, continua a repousar no estatuto da culpa – incumbindo à vítima provar o dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, para obter a reparação do dano (KFOURI, 2002, p. 60).

Trata-se então de responsabilidade subjetiva, onde agindo o profissional com imperícia, imprudência ou negligência, com culpa devidamente comprovada, responderá pelo dano causado, afim de repará-lo. Por vezes terá que assumir a prova da culpa, diante da hipossuficiência da vítima determinada pelo Código de Defesa do Consumidor.

2.3 ATIVIDADE MÉDICA E A OBRIGAÇÃO DE MEIO

Atualmente, a relação entre médico e paciente está bem definida, haja vista terem havidas discursões a este respeito, trata-se de prestação de serviços médicos em relação aos casos eletivos e tão logo extracontratual quando se trata de atendimentos em âmbito de urgência e emergência.

O comprometimento médico, embora haja uma relação de responsabilidade contratual, é com o cumprimento das técnicas e condutas aprovadas pelo que preceitua seu código de ética, bem como os estudos científicos que lhe deram embasamento para atuar. Não há seguridade, certeza de curar os pacientes, embora todas as medidas tenham sido adotadas, não há presunção de culpa com a não obtenção de resultados positivos. Que fique claro que o objeto do contrato não é a cura do doente, sobretudo o exaurimento das possibilidades de cuidado.

Para Carlos Roberto Gonçalves,

esta vantagem, enquanto cliente da relação contratual é reduzida, haja vista a não obrigatoriedade de resultado frente a esta relação de consumo, por se tratar de obrigação de meio e não de resultado. Quando se fala em obrigação de meio, é ressaltado a aplicação da medicina por profissional habilitado, imbuído de zelo, cuidado, embasamento científico, dentre todos os requisitos de dedicação ao papel ora desempenhado, com intuito de

obter resultados positivos. Portanto, para o cliente é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é obrigação de “meio” e não de “resultado”. O objeto de contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados contenciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência (GONÇALVES, 2013, p. 263).

Por se tratar de atividade decorrente da atuação profissional, esta estará atrelada a responsabilidade civil de contrato, onde, através do negócio jurídico, haverá a obrigação de prestação de serviço, contudo, os respectivos resultados não poderão ser assegurados, portanto se enquadram em obrigação de meio.

Havendo culpa exclusiva da vítima, ou seja, tendo o paciente assumido uma postura que não condiz ou em nada favorece sua recuperação, se exime o profissional médico de qualquer dano causado a ele, estando dessa forma o paciente responsável pela complicação e ou prejuízo ocorrido. Pode-se citar como exemplo, o paciente que não utiliza as medicações prescritas pelo profissional médico, não segue suas orientações, ignora precauções e restrições cruciais à sua recuperação. O comportamento inadequado citado, em nada favorece o paciente e respalda o profissional em caso de dano.

Cristiano Chaves aduz que:

Os médicos, pelos serviços que prestam, desempenham uma obrigação de meio. Nessas obrigações não se assume o dever de se chegar a determinado resultado (a cura por exemplo), mas apenas o dever de se portar com diligência e atenção, à luz dos dados atuais de sua ciência, de cujo conteúdo se espera que tenha notícias atualizadas (FARIAS, 2017, p. 814).

No que concerne a reparação do dano, conforme Miguel Kfourri Neto, independente do dano ter ocorrido dentro do contrato ou fora dele, está o profissional médico obrigado a repará-lo (KFOURI, 2002, p. 71). Conforme comprovação da culpa.

Aduz, em concordância com Farias ainda que,

Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O devedor tem apenas que agir, é a sua própria atividade o dever de contrato. O médico deve apenas esforçar-se para obter a cura mesmo que não a consiga (KFOURI, 2002, p. 71).

As cirurgias plásticas, se enquadram na definição da obrigação de resultado, dentro da seara médica, vale ressaltar a demanda crescente de demandas judiciais

para a referida especialidade. Tal classificação se deve ao fato de o paciente estar em gozo de sua saúde, estando insatisfeito, por ora, quanto ao aspecto estético, este quando não sanado, será passível de pretensão indenizatória.

O cirurgião plástico assume obrigação de resultado porque o seu tratamento é, em geral, de natureza estética. No entanto, em alguns casos, a obrigação continua sendo de meio, como no 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 (GONÇALVES, 2013, p. 269).

No Brasil, a jurisprudência se mantém sólida quanto a definição da obrigação de meio, quanto aos serviços prestados pelos médicos, apesar de existirem exceções que necessitam de robusta fundamentação. O profissional médico não detém total controle sobre os resultados das suas ações, existem fatores externos e internos, estes relacionados à respostas singulares dos organismos, que em muitos casos incidem diretamente no desenrolar do tratamento, merecendo consideração.

Vale salientar que, mesmo em virtude de relação contratual médico-paciente, cabe lembrar que a princípio, concerne à vítima o ônus da prova, bem como o juro de mora, incide a partir da citação. (FARIAS; ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p.789).

Em se tratando de dano estético, não há o que se falar numa terceira modalidade de dano, haja vista que, os danos causados por deformidades estéticas, em locais no corpo do indivíduo que esteja em evidência, ou não, e que possivelmente lhe venha causar algum desconforto relacionado à repugnância, humilhação, situação vexatória, discriminação e qualquer outro constrangimento nessa ordem, incluindo danos de ordem psicológica, o que se indeniza é o dano moral e patrimonial.

Para que se caracterize a deformidade, é preciso que haja o dano estético. O que se indeniza, nesse caso, é a tristeza, o vexame, a humilhação, ou seja, o dano moral decorrente da deformidade física. Não se trata, pois, de uma terceira espécie de dano, ao lado do dano material e do dano moral, mas apenas de um aspecto deste (GONÇALVES, 2017, p. 454,455).

Se permite a cumulação do dano estético de aspecto moral, com dano patrimonial, quando a deformidade estética ocorre em profissionais que dependem da beleza e/ou quaisquer atividades que dependam da exibição do corpo e aquela cicatriz acarrete algum prejuízo financeiro por perda de contrato de trabalho.

As lesões corporais tanto de natureza leve como grave são indenizáveis pelo causador do dano e estão elencadas no seguinte artigo:

Art. 949 do Código Civil No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido (BRASIL, 2002).

Os lucros cessantes se referem a valores que o ofendido deixou de receber em decorrência da impossibilidade de trabalhar, diante das lesões causadas, incluindo despesas com hospitais, medicamentos e demais insumos relacionados ao restabelecimento da saúde.

2.4 PERDA DE UMA CHANCE

Ao analisar a teoria da perda de uma chance, verifica-se a possibilidade de responsabilização civil médica quando o profissional médico, deixa de instituir uma conduta eficiente à tal demanda terapêutica, que seria extremamente eficaz e resolutive e esta perda de tempo, prejudica o paciente sobremaneira que a adoção de outro método já não mais terá a mesma resposta se tivesse sido aplicada anteriormente.

A teoria da perda de uma chance ganhou enorme projeção e recebe crescente atenção nos tribunais. Consiste, essencialmente, na indenizabilidade da chance perdida. Em outras palavras, se alguém destrói a chance – razoável e real, não imaginativa ou fictícia – de outrem, a teoria poderá ter lugar (FARIAS; ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p.789).

Cabe ao juiz avaliar se a perda da referida chance se tratava de uma possibilidade real de cura, ou se era mínima a chance de obtenção de resultados satisfatórios. A indenização se dá pela perda da oportunidade em adquirir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem.

Cavaliere (2008) cita o exemplo do paciente que, caso tivesse sido internado ou operado a tempo, não teria falecido. A omissão médica, embora culposa, faz com que o paciente perca uma chance, podendo ser indenizável.

3 A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Fatores de risco aleatórios são inerentes aos procedimentos médicos, atentando-se ao fato da medicina não ser uma ciência exata, ainda conta com variantes anatômicas, fisiológicas, clínicas bastante peculiares (KFOURI, 2010).

Por conseguinte, os danos correlacionados às intervenções médicas, sejam tratamentos, procedimentos cirúrgicos, estão iminentemente ligados ao alto risco inerente à atuação profissional, o que implica dizer que nem sempre o insucesso depende de culpa médica exclusiva.

Agindo com culpa, quando o profissional deixa de cumprir deveres estabelecidos nas diretrizes de sua graduação, agindo com descuido (imprudência), deixando de adotar condutas recomendada (negligência) ou descumprindo a rigor técnica profissional (imperícia).

A obrigatoriedade na reparação do dano, ocorrerá quando no exercício profissional, por imperícia, negligência ou imprudência, causar dano a alguém, de acordo com Farias (2017).

Desta maneira, o profissional médico, com exceção dos cirurgiões plásticos e anestesistas, que ao atuarem em atenção ao rigor técnico, utilizando de todos os artifícios e dispositivos disponíveis no cuidado ao paciente, não lograrem êxito curativo, só serão responsabilizados civilmente quando comprovado for a culpa nas modalidades de imprudência, imperícia e negligência.

Dispõe neste sentido o art. 951 do Código Civil: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho” (BRASIL, 2002).

Aduz Kfourri que “a responsabilidade profissional da medicina, entre nós, continua a repousar no estatuto da culpa – incumbindo à vítima provar o dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, para obter a reparação do dano” (KFOURI, 2002, p. 60).

Tratando da culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, envolve o dano em razão da vontade do agente em praticar o ato, já a culpa em sentido estrito, traz consigo o ato danoso, decorrente de imperícia, imprudência ou negligência, mesmo que ausente a vontade do resultado prejudicial, deve o agente responder por seu ato e pela consequência do dano causado.

Maria Helena Diniz discorre sobre culpa:

Assim, se o paciente vier a falecer, sem que tenha havido negligência, imprudência ou imperícia na atividade profissional da saúde, não haverá inadimplemento contratual, pois o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo adequadamente. É preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico (Código de Ética Médica, art. 1º, parágrafo único); ele (CDC, art. 6º, VIII) é que deverá provar que não houve inexecução culposa (RT, 785:237) da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imperícia, negligência (Bol. AASP, 2.093:180, E; 1º TACSP, Ap. 684076-6, j.9-3-1998) ou imprudência sua (RT, 407:174,357, 196; JSTJ, 8:294). Tal prova poderá ser feita por testemunhas, se não houver questão técnica a ser esclarecida, sendo necessário que haja liame de causalidade entre o dano e a falta do médico que resulta a responsabilidade. Portanto a culpa civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência ou imperícia ou negligência (RT, 784:390), nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina, em virtude mesmo da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após provas regulamentares (TJRJ, ADCOAS, 1982, n. 84.019) (DINIZ, 2011, p. 330).

Atualmente, já está bem solidificada a natureza contratual da responsabilidade médica, estabelecida entre o médico e seu cliente, apesar disso, não tem o resultado de presumir culpa, logo, o mesmo se incumbe de agir com total rigor às técnicas-científicas, empenho e afinco, sem se comprometer com a cura, que independe de sua atuação exclusivamente.

Corroborando Kfoury que:

O novo Código Civil brasileiro, em seus arts. 186 e 951, não se afastou da teoria subjetiva, a exemplo do Código revogado, em seus arts. 159 e 1.545. A responsabilidade profissional da medicina, entre nós, continua a repousar no estatuto da culpa – incumbindo à vítima provar o dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, para obter a reparação do dano (KFOURI, 2002, p. 60).

Com intuito de não deixar o dano sem reparação, existe uma tendência de inversão de ônus da prova, para que o causador do dano destitua sua presunção de culpa. Essa possibilidade se dá também em função da hipossuficiência técnica, em

sua maioria, por parte da vítima, pois é notório que o profissional médico está acompanhado de habilidades e facilidades que lhe favorecem, sob a luz do Código de Defesa do Consumidor.

Como bem destaca Carlos Roberto Gonçalves,

Portanto, para o cliente, é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de “meio” e não de “resultado”. O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência (GONÇALVES, 2013, p. 263).

Norteados pelos princípios do dever de tutela do melhor interesse do paciente e da boa-fé objetiva, prepondera-se a integridade física e psíquica do paciente, norteia a responsabilidade e a obrigação que o profissional de saúde tem em não medir esforços, competência e conhecimento para oferecer o melhor tratamento/conduita capaz de atender às suas demandas de saúde. Sob à luz da obediência ao Código de Ética Médica, bem como dos princípios ora citados, os deveres de atendimento adequado, independem de contrato firmado entre as partes, seja anterior ou a posteriori, a falar dos atendimentos em urgência.

A responsabilidade Civil do Médico está pautada na teoria subjetiva, pautada na culpa, onde o mesmo estará obrigado à indenizar caso haja imperícia, imprudência ou negligência, devendo existir relação dos seguintes pressupostos: a conduta culposa de um agente, a existência de um dano e a relação de causalidade entre aquela conduta e o dano.

Dispõe o art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (Brasil, 1990). O médico é considerado prestador de serviço e em relação a prova de negligência e imperícia, mesmo sendo sua responsabilidade subjetiva, se disciplinará pelo Código de Defesa do Consumidor, que favorece o

consumidor pela inversão do ônus da prova. Esta inversão se dá não apenas pela hipossuficiência econômica, sobretudo pela nítida disparidade, em termos de conhecimento e facilidade de acesso ao conteúdo ali abordado, entre o profissional e o consumidor.

Levando em consideração que a medicina não é uma ciência exata, ainda que o médico a exerça coerentemente, com transparência e profissionalismo, no decurso do tratamento podem surgir peculiaridades, complicações que fujam do previsto e impactem diretamente no seu sucesso. É necessário avaliar fatores externos influenciadores diretos, a exemplo da colaboração do paciente no autocuidado da sua enfermidade, a resposta de cada organismo que ocorre de modo individualizado, uma infecção em ferida operatória decorrente da incorreta esterilização do material cirúrgico, por exemplo, uma alteração anatômica congênita que dificulta um transcorrer cirúrgico, dentre outros fatores surpresas que podem vir a surgir.

Constatar a culpa médica não é tarefa simples, haja vista as nuances e peculiaridades que envolvem o trajeto das condutas médicas, por vezes amplas, variáveis, específicas e peculiares. Para isto, é contundente e necessário que o magistrado esteja munido de provas periciais robustas, vastas, afim de criar subsídios que venham a suprir seu próprio desconhecimento no assunto, perícias essas que são fundamentadas através de laudos, porém podem também apresentar defeitos e serem excluídas pelo juiz, que pelo princípio da ampla convicção pode desprezá-las, *periculum peritorum*.

No que diz respeito ao ônus da prova, de acordo com Gonçalves,

Sendo o médico no entanto prestador de serviço, a sua responsabilidade embora subjetiva, está sujeita à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz *inverter o ônus da prova*, em favor do consumidor (art. 6º, VIII) (GONÇALVES, 2013, p. 264).

Leva-se em consideração a capacidade técnica que o médico detém quando comparado ao paciente, haja vista sua formação, logo a facilidade em compor os meios de prova.

3.1 RESPONSABILIDADE POR AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO

Se faz necessário que as informações concernentes à toda e qualquer intervenção médica sejam repassadas ao paciente de maneira clara, objetiva e em linguagem que lhe seja de fácil entendimento, pois desta maneira o mesmo estará ciente de todos os riscos, prejuízos, possíveis complicações e sequelas relacionadas a tal ato, bem como seus benefícios, probabilidades de sucesso. Muitas vezes os tratamentos são limitados, não cessarão as comorbidades pertencentes ao doente, portanto essas expectativas geradas pelo cliente, diante da abordagem médica, precisa ser bem delimitada, para que se estabeleça uma relação saudável e transparente entre ambos, não dando brecha para vir a insurgir arrependimentos, dúvidas ou até mesmo, a negativa para submeter-se à procedimentos cujo resultados podem ser frustrados, limitantes e/ou irreversíveis.

O Código de Ética Médica, em sua resolução CFM nº 1.931/09 diz que é vedado ao médico:

Art. 34 Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal (BRASIL, 2009).

Diante desta previsão legal, ressalta-se a importância do termo de consentimento esclarecido, documento em que se oportunizará registrar o esclarecimento, ciência e possíveis complicações do procedimento previamente autorizado, porém nem sempre é possível firmá-lo por conta da urgência em determinados atendimentos, o que não implica no atendimento. O termo tem por finalidade proteger a inviolabilidade do corpo humano, apesar de estar sendo mais utilizado com a finalidade de proteger o profissional de possíveis ações judiciais, crescentes, em alguns momentos oportunistas e sem fundamentação científica. Este documento tem tido o foco voltado mais na proteção profissional que pessoal, em

que pese a atuação retilínea perpassa a presença ou não dele, se deve ao caráter profissional e respeito ao Código Ético da categoria.

Para Cristiano Chaves de Farias,

O consentimento informado –cujo ônus da prova caberá sempre ao médico ou à instituição de saúde- poderá, conforme o caso, ostentar prestabilidade jurídica, desde que o procedimento ou tratamento seja adequado e proporcional, diante da situação fática posta. Não, porém como mero formulário padrão, mas como dever de informar – bem, leal e concretamente – acerca dos riscos e possibilidades do tratamento. Nesse contexto, o formulário poderá, também, ser usado, mas não imuniza, de modo absoluto, a responsabilidade civil dos médicos ou planos de saúde diante da informação falha defeituosa ou omissa (CHAVES, 2017, p.795)

Como já foi dito anteriormente, o exercício da medicina é detentor de risco inerente, seja pela manifestação peculiar de cada organismo à cada intervenção, por se tratar de procedimentos invasivos, a citar os cirúrgicos que por menor que pareçam carregam consigo riscos esperados e inusitados.

O profissional, através do consentimento informado, esclarece ao paciente todos os procedimentos que serão realizados, bem como suas possíveis complicações, efeitos colaterais e insucessos, de modo que o mesmo esteja ciente dos riscos a que ele está exposto e suscetível a acometimento. É de extrema importância que o paciente esteja a par do seu estado de saúde além de ser direito do mesmo, com base no princípio da boa-fé, corroborando transparência na relação médico paciente.

Como bem aduz Cavalieri (2008) “Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade.”

Ao paciente cabe a decisão de se submeter ou não a determinado procedimento ou terapia, estando o mesmo bem orientado pelo médico que o assiste, consciente para autorizar suas possíveis intervenções. O consentimento só é dispensado em casos em que o paciente, num quadro emergencial, estiver impossibilitado de assinar o documento.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA FRENTE AO DANO CAUSADO-ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS

A prática médica está interligada diretamente ao dano, as intervenções médicas cirúrgicas quando realizadas já carregam consigo a probabilidade do risco e de dano, seja pela incisão necessária ao acesso à determinado órgão, seja pela incidência e interferência negativa das doenças associadas àquele determinado indivíduo, por exemplo. O corpo humano depende de inúmeros fatores bioquímicos para responder à determinado estímulo, nem sempre previsível ao médico. Há uma relação de causa, consequência quando se relata que determinado procedimento causará cicatrizes, dores, complicações, danos de maior ou menor gravidade.

A responsabilidade civil médica depende da culpa, culpa essa difícil de ser provada, quando o médico em sua atuação agiu com maior destreza, cautela, rigor e ainda assim houve dano ao paciente, há dificuldades relacionadas à produção de prova e à complexidade das mesmas.

A princípio é impossível constatar erro médico, tão logo responsabilização médica sob a ótica da teoria da perda de uma chance, pelo fato de não haver nexo causal entre a conduta e o dano, pois o fato causador do dano, em nada se confunde com a interferência direta do médico e sim alguma comorbidade preexistente. Porém, a chance perdida pelo paciente, pode ser indenizável, como bem decidiu a Ministra Nancy Andrichi:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PARA A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OCACIONADA POR ERRO MÉDICO.

A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de

paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência denexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si - desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo - é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexocausal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012. (STJ, 2013)

O dano portanto, só deve ser reparado quando, ocorrer falta culposa do médico, no empenho de suas atribuições, quando não tenha utilizado de meios viáveis, rigorosamente técnicos e concisos com embasamento científico. A falta de informação e clareza sobre as possíveis complicações nos atos cirúrgicos caracterizam descumprimento do dever médico, ensejando indenização por danos morais e materiais, conforme corrobora a seguinte decisão:

DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA.

Cuida-se de ação de reparação de danos materiais e morais decorrentes de procedimento cirúrgico para a colocação no cérebro do marido da recorrida de uma válvula de derivação ventrículo-peritônioal (DVP). O tratamento cirúrgico foi oferecido como única opção para a melhora do paciente, com diagnóstico de hidrocefalia. No entanto, após a cirurgia, agravou-se a saúde do paciente, com a aceleração de seu estado de portador de Alzheimer. Agora, a cirurgia é tida pela recorrida como desnecessária. O tribunal *a quo* baseou-se, para condenar o cirurgião, apenas no descumprimento profissional do dever do médico de informar ao paciente ou seu familiar os riscos cirúrgicos do procedimento eleito. Para o Min. Relator, no caso dos autos, a condenação de médico tão somente pelo descumprimento do dever de informar, sem existir essa alegação na petição inicial, extrapolou os limites estabelecidos no pedido inicial, configurando a ocorrência de julgamento *extra petita*. De outro lado, também aponta que, apesar da condenação do cirurgião, o próprio acórdão recorrido afirma não haver erro médico nem existir nexocausal entre a realização da cirurgia e o agravamento da saúde do paciente. Assim, ao mesmo tempo em que o Tribunal absolve, condena o recorrente com base em causa de pedir diversa

da constante da inicial, ou seja, adota a ausência de informação como causa de pedir. Nesse contexto, a Turma deu provimento, em parte, ao recurso para anular o acórdão recorrido e restabelecer a sentença absolutória de primeiro grau que julgou improcedente o pedido de reparação, ficando prejudicados os demais dispositivos que foram invocados como violados. REsp 795.348-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18/5/2010. (STJ, 2011)

Os médicos pelos serviços prestados assumem obrigação de meio, ou seja, a do compromisso em desempenhar seu papel de maneira científica, adequada às demandas do paciente, contudo não há garantia de que haverá obtenção total de resultados que levem à cura do mesmo. A prova pericial será utilizada quando for necessário revelar erro que defina a conduta como culposa e portanto passível de reparação.

A jurisprudência admite que a responsabilidade seja fracionada quando a natureza da responsabilidade for mista, ou seja, em casos em que a cirurgia for reparadora e estética simultaneamente. Dessa maneira, o caso será analisado de forma a identificar fracionadamente a responsabilidade do médico, gerando obrigação de resultado no que couber ao tanto estético e de meio ao que couber ao tanto reparador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O profissional médico tem o dever de agir com cautela, atenção, afincado e com total obediência aos requisitos técnico científicos, com intuito de dedicar o máximo empenho afim de obter resultados positivos dos seus pacientes, porém não há garantia de cura e total restabelecimento à saúde do mesmo, haja vista algumas limitações impostas pela própria doença. Portanto, a obrigação do profissional médico é de meio, em regra, não de resultado, pois sua atuação não está atrelada à garantia de cura.

A responsabilidade civil médica é composta pela conduta, o dano e o nexo de causalidade. Para que haja responsabilidade civil é necessário que o profissional médico tenha causado dano ou prejuízo, sendo indispensável este requisito para sua configuração e conseqüente indenização conforme comprovação de culpa. Se configura por responsabilidade civil subjetiva, em que a obrigatoriedade da reparação do dano ocorrerá caso tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia.

Caso o paciente tenha assumido postura diversa ao favorecimento da sua recuperação, bem como não tenha tido comprometimento com as orientações repassadas de cuidado e continuidade do tratamento, restará caracterizada culpa exclusiva da vítima, eximindo desta forma o profissional médico de qualquer dano causado a ele, assumindo o paciente o prejuízo e as complicações decorrentes de seus atos.

Assim, não há que se falar em culpa e conseqüentemente obrigatoriedade na reparação do dano, quando o profissional médico atua de maneira clara, ética e consentida, no momento em que dispõe de um termo de consentimento ao seu paciente de forma a sanar todos os possíveis riscos, complicações e dúvidas pertinentes ao tratamento, bem como a obrigatoriedade da reparação não será

imputada quando não for identificado em sua conduta comportamento de imperícia, negligência ou imprudência.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI, Sérgio Filho, **Programa de Responsabilidade Civil**, 8º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 7º vol. Responsabilidade civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil**. Vol. 3, 4 ed. Salvador, JusPODIUM, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo . **Novo Curso de Direito Civil**. Vol 3, 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade civil do médico**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1.254.141-PR. Relator: Ministro Nancy Andrighi. 04 de dezembro de 2012. Disponível: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=RESP+1.254.141-PR&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true.>>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº795348-RS. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 18 de maio de 2010. Disponível: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16826297/recurso-especial-resp-795348-rs-2005-0186574-5-stj/relatorio-e-voto-16826299?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 out.