



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JÉSSICA CAVALCANTI ARRAES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO ERRO
DE DIAGNÓSTICO**

Salvador

2014

JÉSSICA CAVALCANTI ARRAES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO ERRO DE
DIAGNÓSTICO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Thiago Carvalho Borges

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

JÉSSICA CAVALCANTI ARRAES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO ERRO DE
DIAGNÓSTICO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014

Aos meus pais, por todo amor e esforço que me dedicam, a João e Pedro, meus irmãos e amigos e a minha avó Nely, por estar cuidando de mim lá do céu.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Thiago Carvalho Borges, pela paciência e ajuda.

Ao meu namorado, Valeriano Freitas, pelas palavras de incentivo e por acreditar que tudo daria certo.

“Se ager contra a justiça e eu te deixo agir, então a injustiça é minha”.

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho pretende definir as possibilidades em que o médico poderá ser responsabilizado por erro de diagnóstico. Para alcançar essa finalidade, faz-se importante uma análise a respeito dos requisitos de existência da responsabilidade civil. Para tanto, a pesquisa aborda os conceitos de conduta humana, dano, nexo de causalidade e culpa que, apesar de nos dias atuais não ser mais considerada como elemento essencial para existência da responsabilidade civil, será imprescindível quando se tratar da análise do erro cometido pelo médico. Ainda no que faz referência a esse exame inicial, o trabalho diferenciou a responsabilidade subjetiva da objetiva, assim como a contratual da aquiliana, definindo aonde se encaixa a atividade exercida pelo médico. A monografia também realiza uma análise obrigacional a respeito da atividade exercida pelo médico, considerada quase sempre como obrigação de meio em que, apesar de o resultado ser o objetivo pretendido, não haverá descumprimento da obrigação em hipótese de não ser alcançado. Essa definição possui bastante importância, pois delimita a regra de ônus da prova a ser adotada, principalmente em razão da discussão se a relação que existe entre médico e paciente é regida pelas normas do direito do consumidor ou pelas normas gerais de responsabilidade civil, estabelecidas pelo Código Civil Brasileiro. Por fim, o trabalho trata das hipóteses em que o médico incorrerá em erro de diagnóstico, quando poderá ser responsabilizado por isso e quando o erro será considerado escusável. Demonstra ainda a dificuldade que o profissional pode encontrar em alguns casos, pois diagnosticar é uma atividade de interpretação e, certas vezes, os sintomas e exames apresentados podem lhe conduzir ao caminho incorreto.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do médico; Erro médico; Erro de diagnóstico; Profissional liberal

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
des.	desembargador
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.1 REQUISITOS DE EXISTÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.1.1 Conduta Humana	17
2.1.2 Dano	18
2.1.3 Nexo de Causalidade	22
2.1.4 Culpa	25
2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	31
2.2.1 Subjetiva X Objetiva	31
2.2.2 Contratual X Aquiliana	35
3 ANÁLISE OBRIGACIONAL	37
3.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO	40
3.2 NORMA APLICÁVEL: CÓDIGO CIVIL OU CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR?	45
3.3 Ônus da Prova	48
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO ERRO DE DIAGNÓSTICO	51
4.1 NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO MÉDICO PARA IDENTIFICAÇÃO DO DIAGNÓSTICO	53
4.2 O ERRO MÉDICO	56
4.2.1 Necessidade da demonstração da culpa para configurar a responsabilidade	59
4.2.2 O erro médico escusável	65
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

O tema responsabilidade civil do médico pelo erro de diagnóstico trata de um assunto recorrente no dia a dia das pessoas, assim como da doutrina e jurisprudência. As discussões a respeito do tema são de interesse de toda a sociedade e envolvem mais aspectos e critérios do que apenas uma análise a respeito da existência ou não de culpa.

O erro de diagnóstico pode vir a causar um dano ao paciente e o Código Civil Brasileiro reforça a ideia de que aquele que causa dano tem a obrigação de repará-lo. O dano seria o prejuízo causado ao paciente, que pode ser de ordem moral ou material.

É inegável que o médico possui um contrato com o seu paciente, mesmo que não haja a formalização do mesmo, em que ambas as partes assumem determinadas obrigações. Assim, muito já se questionou se o médico teria a obrigação de cura ou, por outro lado, a obrigação de cuidar do seu paciente, prestar todos os cuidados necessários ao seu tratamento, com o máximo de zelo, mas sem a obrigação de obter um resultado.

Importante analisar que, nos dias de hoje, com tantos avanços na área tecnológica, com a possibilidade do uso de aparelhos mais sofisticados e exames com resultados mais precisos, impera uma grande dúvida a respeito da responsabilidade do médico pela identificação correta do diagnóstico.

Vale destacar que, em muitos casos, ocorre também um diagnóstico precipitado, pela falta de infraestrutura e condições básicas para o exercício da atividade. De qualquer forma, o erro médico não deixa de ser uma falha no exercício da sua profissão.

Pelas razões expostas, o que motivou a escolha do referido tema foi a sua relevância nos dias de hoje. Atualmente, diante de tantos avanços na área tecnológica, persiste o questionamento se o médico que faz o paciente se submeter a um tratamento equivocado deve ser responsabilizado civilmente pelos danos que provocar. O campo da responsabilidade civil busca justamente punir aquele que deu causa ao evento danoso, tentando evitar a futura prática da mesma conduta.

O objetivo central desta pesquisa é tentar dirimir a dúvida a respeito da

responsabilização ou não do médico que imputa ao seu paciente um diagnóstico equivocado.

Frise-se que o presente trabalho abordará como problema central a responsabilidade civil do médico como profissional liberal, desvinculado de qualquer responsabilidade que possa ser atrelada a clínica ou hospital.

Além disso, existem objetivos que se relacionam com o tema e que também serão abordados para melhor esclarecimento do problema central. O presente trabalho visa analisar se a responsabilidade do médico é contratual ou extracontratual; verificar se a obrigação por ele assumida é de meio ou de resultado; esclarecer se a culpa é ou não requisito essencial para caracterizar a responsabilidade civil; identificar os requisitos indispensáveis para a existência da responsabilidade médica; determinar se o contrato médico pressupõe uma obrigação de garantia, dentre outros.

Pelas razões já expostas ficou demonstrado que o tema é de extrema importância social, tendo em vista os diversos problemas que podem ser causados aos pacientes por causa de um diagnóstico precipitado ou impreciso. Além disso, também atinge toda uma classe de profissionais e interfere diretamente na conduta a ser adotada no exercício da sua profissão. Permite ainda uma análise a respeito do Código de Ética Médica.

O tema também demonstra a sua relevância na área jurídica, tendo em vista a necessidade de tentar mensurar e reparar o dano causado ao paciente submetido a um tratamento que possa vir a piorar a sua saúde por conta de um diagnóstico errado, além de demandar uma análise mais apurada da culpa.

2 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Definir o conceito de responsabilidade civil é uma tarefa de grande dificuldade, tendo em vista que os atos da vida humana trazem em si problemáticas relacionadas ao tema. Muitas vezes a responsabilidade civil é relacionada à noção de obrigação.¹

O conceito de responsabilidade civil não pode ser estático, em razão de os atos da vida humana também não serem. É importante que o conceito se adeque a novas atividades de risco que possam surgir, bem como a novos danos que possam merecer reparação.

A responsabilidade civil é o campo do direito privado que busca reparar o dano e punir o agente, com o objetivo de evitar que a prática da mesma conduta volte a ocorrer. Além disso, sempre será resultante do descumprimento de um dever jurídico.

Rui Stoco afirma que a expressão "responsabilidade" possui um sentido polissêmico, ou seja, comporta mais de um significado. Para a sociedade em geral responsabilidade pode significar cuidado, enquanto que no plano jurídico pode significar obrigação pelos atos praticados.²

A etimologia da palavra esclarece bem o seu significado. “A palavra “responsabilidade” tem a sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade”.³

De acordo com o significado da expressão, independente da análise de fatores externos ou até mesmo da possível existência de culpa, aquele que prejudica alguém deverá arcar com os efeitos da sua conduta. Esse dever é o que se convencionou chamar de responsabilidade.

¹ DIAS, Jose de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954. P. 5 *et seq.*

² STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9 Ed. Rev., atual e reformulada com comentários do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 154.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 3, responsabilidade civil. 10 ed., atual e ampl. São Paulo: Saraiva 2012. P. 45 *et seq.*

A responsabilidade é o dever que as pessoas têm de arcarem com os seus atos, de se tornarem garantidores das suas condutas.⁴

Em verdade, a etimologia da palavra responsabilidade significa a obrigação de restituir ou ressarcir o que foi prejudicado. Os princípios da responsabilidade civil têm como objetivo restaurar o que foi violado. Cada vez mais o judiciário vem buscando reparar o dano sofrido, para que a cada dia existam menos danos irressarcidos. Dessa forma, busca-se o equilíbrio social.⁵

Indenizar quer dizer reparar ou sanar o dano e essa ideia está associada à noção de responsabilidade civil. Para que se configure o dever de indenizar, primeiro deve existir a responsabilização do agente, que advem de condutas não somente baseadas na existência de culpa.⁶

O dever de indenizar não apenas quando a culpa estiver configurada reforça a conexão dessa obrigação com a etimologia da palavra responsabilidade. O dano deve ser reparado não com o objetivo de que o agente seja punido, mas muito mais para que a vítima não deixe de ser ressarcida pelo prejuízo que sofreu.

A afirmação do autor Adalmo Oliveira Santos Júnior se coaduna com o pensamento acima e é baseada na ideia de que o agente causador do dano poderá ser responsabilizado, em algumas hipóteses, mesmo quando não agir com culpa, como ocorre nos casos de responsabilidade civil objetiva, em que o sujeito assume o risco da atividade por ele praticada.

Nesses casos, se o dano for causado e a responsabilidade ficar configurada, não será preciso verificar se o agente agiu ou não com culpa, pois a análise da sua conduta será, de certa forma, indiferente. A vítima deve ser reparada pela lesão sofrida.

⁴ VALLER, WLADIMIR. A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro. 3 ed. São Paulo: E. V. Editora Ltda, 1995. P. 15.

⁵ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais n.40, out./dez. 2009. P.179.

⁶ SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, abr./jun. 2007. P. 13.

Para o direito, a responsabilidade civil é uma obrigação derivada, isto é, um dever de assumir o fato praticado e as suas consequências, que podem ser diversas, a depender do que tenha sido violado e da lesão que deva ser reparada.⁷

Assim também é o pensamento de Gilberto Andreassa Junior quando diz que “a responsabilidade civil nada mais é que uma obrigação imposta pela lei às pessoas causadoras de danos perante terceiros de boa-fé”.⁸

Seguindo o mesmo raciocínio, Carlos Roberto Gonçalves entende que a responsabilidade civil é parte integrante do direito das obrigações. Quando ocorre um ato ilícito haverá uma consequência para o autor, que é justamente a obrigação pessoal de reparar o dano causado.⁹

A mesma opinião é defendida por Salomão Resedá ao dizer que a responsabilidade civil “nada mais é do que a concretização da ideia de contraprestação oriunda de um comportamento não condizente com os anseios da coletividade.”.¹⁰

Assim, a responsabilidade civil surge para definir um limite em relação a determinados comportamentos que a sociedade deseja que não ocorram de forma reiterada. Se existir dano e alguém for responsável por ele, também haverá a obrigação de repará-lo.

Da mesma forma entende Sergio Cavalieri Filho ao dizer que o direito visa proteger os atos lícitos e trata dos ilícitos pela necessidade de coibir a sua prática e os efeitos que por ele são gerados.¹¹

O conceito de responsabilidade, então, pode ser definido como a prática de um ato, *a priori* ilícito, que cause dano e viole uma norma jurídica, seja ela legal ou contratual, vinculando o agente as consequências do seu ato, ou seja, a obrigação de reparar o dano.¹²

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 3, responsabilidade civil. 10 ed., atual e ampl. São Paulo: Saraiva 2012. P. 47.

⁸ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais n.40, out./dez. 2009. P.179.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P.34.

¹⁰ RESEDÁ, Salomão. A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. P. 47.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P.1.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.* P. 53.

A responsabilização do agente, além do caráter reparatório, também possui um caráter punitivo. É uma forma de coibir o ofensor para que o ato ilícito não seja praticado novamente.

Mostra-se importante fazer uma clara distinção entre os conceitos de obrigação e responsabilidade. Obrigação é o dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico que decorre da violação deste. Sendo assim, aquele que se compromete a algo perante outrem assume uma obrigação e, caso não cumpra a obrigação assumida, estará violando o dever jurídico originário. A consequência dessa violação será a responsabilidade, isto é, o dever de reparar o dano pelo descumprimento da prestação assumida.¹³

Quando ocorrer um ato ilícito, surgirá para o ofendido o direito de imputar ao seu ofensor a obrigação de retornar ao *status quo ante*, sempre que existir a possibilidade. O ofensor deve arcar com as consequências da sua atitude, que ensejaram a responsabilidade civil.¹⁴

A responsabilidade, então, sempre vai decorrer de um dever jurídico preexistente que não foi cumprido. Esse dever preexistente é o que se denomina de obrigação.

2.1 REQUISITOS DE EXISTÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Historicamente, a responsabilidade civil se baseia em três elementos, quais sejam: culpa, dano e nexo causal. Sendo assim, aquele que sofria um dano precisava demonstrar o real prejuízo sofrido, além de demonstrar a culpa do agente e o elo entre a conduta praticada de forma culposa e o dano. Anderson Schreiber afirma que essas demonstrações funcionavam como barreiras para o acesso a justiça, limitando as ações que poderiam ser merecedoras de reparação.¹⁵

A vítima, além de todo sofrimento causado pelo prejuízo sofrido ainda tinha que demonstrar a conduta culposa do agente e a relação dessa conduta com o dano.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P.2 *et seq.*

¹⁴ RESEDÁ, Salomão. A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. P. 48.

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5 Ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 11.

Por vezes existia certa dificuldade na prova da culpa e isso fazia com que muitas pessoas merecedoras de reparação deixassem de buscá-la.

Maria Helena Diniz não trata da culpa como requisito, mas sim da conduta humana, do dano e do nexo de causalidade. Define a conduta humana como a existência de uma ação. O ato será considerado ilícito se a ação for contrária a um dever geral de cuidado, entrando no campo da responsabilidade extracontratual, ou quando a obrigação assumida não for adimplida, integrando o campo da responsabilidade contratual. O dever de indenizar o prejuízo causado ou de reparar o dano também pode existir mesmo quando o sujeito age de acordo com a lei. Nesse caso, não haverá culpa do agente, mas ele pode ter que assumir o risco da sua atividade.¹⁶

A conduta humana é fator determinante para existência da responsabilidade e poderá decorrer de um ato lícito ou ilícito. Mesmo que o indivíduo tenha agido conforme a lei, pode ser que o seu ato esteja causando prejuízos a outrem e esse terceiro de boa-fé merece reparação. Para melhor entendimento é possível citar o exemplo de um sujeito estar dirigindo e alguém atravessa a rua fora da faixa de segurança. Nesse momento, o sujeito, tentando desviar e evitar o atropelamento, joga o carro para pista ao lado sem olhar no retrovisor e acaba batendo em outro carro. O terceiro de boa-fé, dono do carro batido, merecerá ser reparado.

Adiante, Maria Helena Diniz trata do dano, afirmando que o mesmo pode ser moral ou patrimonial e que não há dever de indenizar sem que o dano tenha existido. É necessário que a lesão se configure e seja real.¹⁷

O dano é requisito importantíssimo para existência da responsabilidade. Sem dano não existe o que reparar.

Por fim, assegura que é imprescindível que se configure o nexo de causalidade entre o dano e a ação. O dano causado tem que existir em virtude da conduta do agente de quem se exige a reparação. Caso exista alguma causa excludente de responsabilidade, como a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, não haverá indenização ou ela será reduzida proporcionalmente.¹⁸

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 53 *et seq.*

¹⁷ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁸ *Ibidem, loc. cit.*

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona também tratam dos três elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil. Em relação à conduta humana destacam que o livre arbítrio do agente, isto é, a voluntariedade, é requisito importante para definir a consciência do agente pelos atos que pratica. Cabe destacar que não necessariamente trata-se da intenção de causar o dano, mas de ter discernimento para o que está fazendo.¹⁹

No que tange ao dano, este é indispensável para que exista a responsabilidade civil. “Poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.”²⁰

Já em relação ao nexo de causalidade, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona defendem que seria a ligação entre a conduta do agente e o dano. Só é possível responsabilizar o sujeito se ele tiver dado causa ao fato ocorrido.²¹

O Código Civil Brasileiro de 2002 traz, no artigo 186, a definição de ato ilícito como “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”. Deixa claro, então, que violar direito é diferente de causar dano. Por essa razão é justificável que o dano exista em razão de ato lícito também.

O artigo 927 seria um complemento e afirma que “Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O dano é uma lesão a um interesse juridicamente tutelado e deve haver a reparação.

Assim, entende-se que, na maior parte dos casos, a responsabilidade é fruto de uma ação positiva do agente causador do dano. A obrigação de reparar a lesão causada pode ser moral ou patrimonial, admitindo-se inclusive a cumulatividade de indenizações.

Para caracterização da responsabilidade civil também é possível mencionar o elemento culpa. Não se trata de um requisito essencial, mas incidental. Sergio Cavalieri Filho conceitua a culpa como a violação objetiva ao dever de cuidado, que

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 3, responsabilidade civil. 10 ed., atual e ampl. São Paulo: Saraiva 2012. P. 73 *et seq.*

²⁰ *Ibidem*, P. 81.

²¹ *Ibidem*, P. 133 *et seq.*

o agente poderia ter previsto e ter sido mais cauteloso. Pode ainda ser definida como a omissão de uma conduta exigível.²²

Apesar de a culpa não ser requisito essencial para caracterizar a responsabilidade civil, no caso do erro médico ela será de fundamental importância, como será tratado mais a frente.

A partir de agora os elementos caracterizadores da responsabilidade civil do médico serão analisados de forma mais específica e aprofundada.

2.1.1 Conduta Humana

“A responsabilidade civil é a expressão obrigacional mais visível da atividade humana.”²³

Um fato da natureza, que causasse dano, não poderia ensejar responsabilidade civil, tendo em vista que não pode ser imputado ao homem. Sendo assim, apenas o ser humano pode ser civilmente responsabilizado.²⁴

Dessa forma, a ação ou omissão humana é requisito essencial para que se configure a responsabilidade civil. Entende-se que essa conduta pode ser positiva ou negativa e que sempre será decorrente da voluntariedade do agente. A voluntariedade é o núcleo essencial dessa conduta, sendo imprescindível que o agente tenha pleno discernimento daquilo que faz.²⁵

Como já mencionado acima, aqui não se trata de ter a intenção de causar o dano, mas de praticar a conduta por força da sua vontade.

A ação sempre será a forma mais comum de a conduta se exteriorizar. As pessoas sempre estão obrigadas a deixar de praticar determinados atos que possam lesar

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 33.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 3, responsabilidade civil. 10 ed., atual e ampl. São Paulo: Saraiva 2012. P. 73.

²⁴ *Ibidem, loc. cit.*

²⁵ *Ibidem, loc. cit.*

terceiros, de forma que a violação a essa regra ocorre através da prática de um ato, de um fazer. A omissão é forma menos comum, é como uma inatividade.²⁶

Entende-se que deve responder pelo fato aquele que deu causa ao dano, ou seja, aquele que agiu por uma conduta própria. É o que se denomina de responsabilidade direta. Pode ocorrer de a lei determinar que a responsabilidade pertença a um terceiro, a quem o responsável estaria ligado de alguma forma, pois haveria um dever de guarda ou cuidado.²⁷

É o que ocorre, por exemplo, no caso dos pais que são responsáveis pelos atos praticados pelos filhos ou os donos que devem responder pelos atos praticados pelos seus animais.

2.1.2 Dano

A responsabilidade civil, segundo preceitua Guilherme Couto e Castro, compreende a obrigação de reparar a lesão causada. Não há que se falar em responsabilidade se não existir o dano. O dano é a lesão sofrida pelo bem jurídico.²⁸

O dano é a figura central da responsabilidade civil. A reparação pressupõe a ocorrência do dano. Não é suficiente o risco de lesão e nem basta apenas a conduta ilícita do agente. É preciso que haja um dano concreto ao patrimônio ou a moral do ofendido.²⁹

No mesmo sentido compreende Rui Stoco ao definir o dano como elemento essencial e indispensável para que se possa responsabilizar alguém. O dano pode decorrer de um ato lícito, de um ato ilícito ou do inadimplemento contratual.³⁰

Note-se que não é necessário que a conduta que vai gerar o dano seja reprovável ou contrária aos deveres de cuidado, ou melhor, um ato ilícito. É possível que, mesmo agindo de boa fé e com toda atenção exigida o dano seja configurado.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 25.

²⁷ *Ibidem*, P. 26.

²⁸ CASTRO, Guilherme Couto de. Direito Civil: Lições. 5 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. P. 202.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.* P. 77.

³⁰ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9 Ed. Rev., atual e reformulada com comentários do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 176.

O dano se mostra como o pressuposto central da responsabilidade civil, tendo em vista que por conta da sua existência é que se desdobram todos os outros pressupostos. O dano é, então, o prejuízo sofrido por um sujeito ou por toda a coletividade, seja em seu patrimônio moral ou material.³¹

Sem a existência do dano não haveria indenização e nem responsabilidade. O dano é um prejuízo causado a alguém e atinge interesses próprios da vítima.³² Trata-se de pressuposto fundamental para que exista responsabilidade civil.

Os responsáveis pela sua reparação serão as pessoas que, direta ou indiretamente, tenham alguma relação com o fato gerador do prejuízo.³³

O dano pode ser de ordem material ou moral, podendo atingir diretamente o patrimônio da vítima ou abalar o seu estado psicológico, respectivamente.

O conceito de dano moral se relaciona ao estado anímico ou espiritual do indivíduo. O dano moral pode ser caracterizado como a dor, que não é apenas a dor física, mas também sentimentos como a tristeza, vergonha, humilhação e angústia. É o sofrimento causado à vítima.³⁴

É uma lesão mais difícil de ser analisada, em razão do grau de subjetividade que ela exige. Sentimentos como os descritos são muito íntimos em cada indivíduo. Ao julgador cabe analisar se o dano sofrido foi realmente capaz de causar humilhação, angústia ou vergonha, ou definir se foi apenas um mero aborrecimento ou transtorno enfrentando no dia-a-dia, que qualquer pessoa poderá sofrer.

O dano moral também pode ser configurado em caso de descumprimento de uma obrigação contratual. Serão necessários alguns requisitos, como a obrigação preexistente, que deve ser derivada de um contrato válido, e o inadimplemento da obrigação.³⁵

Aqui não se trata do credor que deixa de receber o valor devido e deve recorrer ao judiciário para buscar o cumprimento da obrigação, embora ele se sinta aborrecido e

³¹ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais n.40, out./dez. 2009. P.194.

³² VALLER, WLADIMIR. A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro. 3 ed. São Paulo: E. V. Editora Ltda, 1995. P. 30.

³³ *Ibidem*, P. 67.

³⁴ ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, v. 375, set./out. 2004. P. 6.

³⁵ *Ibidem*, P. 23.

contrariado, tais estados psicológicos não são suficientes para caracterizar o dano moral, pois decorrem apenas de problemas corriqueiros do dia-a-dia.³⁶

O dano moral em razão do descumprimento de obrigação contratual é o exemplo do erro médico que repercute na esfera moral do paciente. André Gustavo C. de Andrade menciona os casos de dano estético resultantes de lipoaspiração como exemplo para caracterizar o dano moral pelo não cumprimento de obrigação pactuada.³⁷

O dano moral pode ser entendido como as lesões sofridas pela pessoa humana em tudo que não for suscetível de valoração econômica. Sendo assim, independentemente de causarem prejuízo material acabam atingindo direitos personalíssimos.³⁸

Mesmo sem acarretar prejuízo de ordem material, o dano deve ser recompensado de alguma forma. Além da barreira trazida pelo grau de subjetividade do dano moral, existe também dificuldade em definir um valor satisfatório para compensar a lesão sofrida.

Em razão da impossibilidade de retornar ao estado em que se encontrava anteriormente muito se discute a respeito da natureza jurídica do valor que será arbitrado para compensar a lesão sofrida, tendo em vista que o prejuízo sofrido é imaterial. De acordo com Salomão Resedá, haveria um caráter misto da indenização, que une a ideia de satisfação do ofendido e de atribuição de uma obrigação mais severa ao ofensor.³⁹

A ofensa à honra, em razão do dano moral, pode abalar a imagem da vítima. Já a ofensa à integridade física pode causar, cumulativamente, dano moral e patrimonial.⁴⁰

Atualmente é pacífico o entendimento do STJ no sentido de que o dano material e o dano moral podem ser cumulados, desde que provenientes do mesmo fato.⁴¹

³⁶ ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, v. 375, set./out. 2004. P. 24.

³⁷ *Ibidem, loc. cit.*

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 155 *et seq.*

³⁹ RESEDÁ, Salomão. A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. P. 181 *et seq.*

⁴⁰ ANDRADE, André Gustavo C. de. *Op. cit.*, P. 13.

A Súmula 37 traz um entendimento justo, em razão de os danos terem consequências diferentes.

No caso da responsabilidade civil do médico por danos que sejam causados em virtude de erro, além de toda expectativa frustrada do paciente e dos transtornos psicológicos, admite-se também que o dano material seja configurado, em razão das despesas com o tratamento médico ou em razão de futura incapacidade para o trabalho, por exemplo.

O dano material exige a prova concreta do prejuízo sofrido e, além disso, o valor a ser indenizado deve ser liquidado, ou seja, será necessário observar as perdas e danos (danos emergentes e lucros cessantes).⁴²

O dano material é mais fácil de ser medido e provado, pois decorre de uma diminuição do patrimônio da vítima. Trata-se de um prejuízo financeiro.

Além de atacar diretamente o conjunto de relações jurídicas do sujeito, que podem ser mensurados economicamente, o dano material também atinge bens personalíssimos da vítima, como o nome, a reputação, a saúde, a imagem e a honra. Todos esses direitos podem interferir no patrimônio do ofendido causando a perda de receitas ou trazendo despesas. Como exemplo, Sergio Cavalieri Filho trata do médico que é difamado e perde a sua clientela. Nesse caso ocorre um dano patrimonial de forma indireta.⁴³

O dano moral aplica-se exclusivamente às lesões que não geram qualquer efeito sobre o patrimônio do ofendido. Se existir qualquer consequência patrimonial, mesmo que decorrente de repercussão, o dano deixa de ser moral e passa a ser material.⁴⁴

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=106503>. Acesso em 18 nov. 2013.

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 162

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 79.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 478.

2.1.3 Nexa de Causalidade

O nexa causal é elemento de grande importância para configuração da responsabilidade civil. Assim, entende-se que “O conceito de nexa causal, nexa etiológico ou relação de causalidade deriva de leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio deste pressuposto que fica claro quem foi o verdadeiro causador da lesão. Trata-se de elemento indispensável”.⁴⁵

O nexa causal é de grande importância para definir se o suposto agente está relacionado ou se deu causa para a ocorrência do dano. Pode ser definido como o elo que liga o ofensor a lesão causada.

Em síntese, Sergio Cavaliere Filho traz o entendimento doutrinário a respeito do tema, conforme exposto:

O conceito de nexa causal não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente.

Mas o nexa causal, além desse elemento naturalístico, exige também uma avaliação jurídica pelo juiz para verificar, com precisão, a relação entre certo fato e determinado resultado. Veremos que é um processo técnico de probabilidade. O juiz tem que eliminar os fatos que foram irrelevantes para a efetivação do dano. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na ausência desses fatos, o dano ocorreria. Causa será aquele que, após este processo de expurgo, se revelar a mais idônea para produzir o resultado.⁴⁶

A ideia do nexa de causalidade aparentemente parece ser fácil, o que não é verdade. O conceito de relação causal possui dificuldades de ordem prática, pois o evento danoso pode estar cercado por diversas condições que dificultem a identificação do que realmente causou o dano.⁴⁷

Com o objetivo de estabelecer a noção jurídica de causa, algumas teorias se desenvolveram para aplicação prática do nexa de causalidade. São elas: teoria da equivalência das condições; teoria da causalidade adequada; teoria da causalidade

⁴⁵ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais n.40, out./dez. 2009. P.191.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 49.

⁴⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. O Problema do Nexa Causal na Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 18

eficiente; teoria da causa direta e imediata, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal.⁴⁸

Adiante, Tepedino conceituou cada uma das teorias mencionadas. A teoria da equivalência das condições dispõe que será considerado causa qualquer evento que por si só seja capaz de gerar o dano. Isto é, o dano não teria existido se não existisse cada fato que ocorreu até o momento do evento danoso. Essa teoria é ilimitada e regride ao infinito, quando se busca analisar todos os fatos. Ainda há o risco de trazer soluções injustas.⁴⁹

A crítica que existe em relação à essa teoria é justamente pela sua abrangência no momento da reparação do dano, pois imputa a muitos agentes um evento que eles podem não ter contribuído diretamente para a sua ocorrência ou nem cheguem a se relacionar com o dano.⁵⁰

No que tange a Teoria da Causalidade Adequada, busca-se encontrar, dentre todos os fatos que ocorreram antes do evento danoso, qual deles, de forma independente dos demais, teria causado o resultado. Será necessário questionar se tal relação de causa e efeito sempre existirá nesses fatos ou se ocorreu apenas uma única vez. Percebendo-se que o fato realmente traz como consequência o evento danoso, então a causa é considerada adequada a produzir o efeito. Essa teoria, assim como a anterior, também foi afastada. Apesar de não ser ilimitada, é possível que, nem sempre, a causa em abstrato revele-se a causadora do dano.⁵¹

A Teoria da Causalidade Adequada busca reconhecer se o fato produziu o evento que causou o dano; questiona-se se a relação de causa e efeito existe sempre, livre de qualquer circunstância, ou se firmou em razão de outros fatores determinados pelo caso concreto. Essa teoria deixa margens para críticas, pois confere muita liberdade ao juiz para análise de cada caso e isso, para alguns, deve ser visto com ressalvas.⁵²

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. Nexo de Causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; Rocha, Maria Vital da. (Coord.). Responsabilidade Civil Contemporânea. São Paulo: Atlas, 2011. P. 109.

⁴⁹ *Ibidem*, P. 109 *et seq.*

⁵⁰ MARANHÃO, Ney Stany Morais Maranhão. Responsabilidade Civil Objetiva pelo Risco da Atividade. Uma Perspectiva Civil-Constitucional. São Paulo: Método, 2010. P. 187.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.* P. 110.

⁵² MARANHÃO, Ney Stany Morais Maranhão. *Op. cit.* P. 188.

A teoria da causalidade eficiente pode ser entendida como “as condições que concorrem para certo resultado não são equivalentes, existindo sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativo ou quantitativo, eleger-se como verdadeira causa do evento”.⁵³

Ainda conforme a linha de entendimento trazida pela definição, a teoria da causalidade eficiente não possui critérios objetivos que permitissem definir, entre as causas do dano, aquela que realmente teve o condão de produzi-lo.

Por fim, Gustavo Tepedino diz que o legislador adotou a teoria da interrupção do nexo de causalidade ou teoria da causalidade direta e imediata, segundo a qual só serão consideradas causas aquelas que se vinculem ao dano de forma direta e imediata, sem a interferência de nenhuma outra causa sucessiva. Dessa forma, o dever de reparar estará presente quando o evento for efeito necessário da causa/condução.⁵⁴

Tal teoria se coaduna com a responsabilidade civil em virtude do erro médico. Para definir se existe responsabilidade será necessário observar se o que levou ao erro foi uma conduta do médico em que não interferiram fatores externos. O erro deve estar diretamente vinculado ao procedimento adotado pelo profissional.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona definem também as teorias e afirmam que a doutrina diverge entre o uso da teoria da causalidade adequada e teoria da causalidade direta ou imediata. Dessa forma, para se considerar uma causa como adequada, a mesma deve passar por uma avaliação probabilística e estar apta a produzir o resultado.⁵⁵

Já a teoria da causalidade direta ou imediata afirma que “causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata.”⁵⁶

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. Nexo de Causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; Rocha, Maria Vital da. (Coord.). Responsabilidade Civil Contemporânea. São Paulo: Atlas, 2011. P. 110.

⁵⁴ *Ibidem*. P. 111.

⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 3, responsabilidade civil. 10 ed., atual e ampl. São Paulo: Saraiva 2012. P. 136 *et seq.*

⁵⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

Gisela Sampaio da Cruz afirma que, no Brasil, não existe definição de qual teoria deve ser seguida. A análise do nexo de causalidade costuma ser feita de forma atécnica, ora em razão de uma escola, ora de outra.⁵⁷

Na doutrina e jurisprudência existe divergência ao definir qual a teoria que mais se relaciona com o ordenamento jurídico brasileiro. Acredita-se que seja possível a aplicação de mais de uma teoria, a depender do caso concreto que esteja sendo analisado e não há nenhuma incoerência nisso. Na verdade, o nexo causal é flexibilizado para garantir que as vítimas efetivamente serão reparadas do dano sofrido, independente de qualquer rigor dogmático que deveria existir.⁵⁸

A vítima não merece ficar sem o seu prejuízo reparado em virtude de o ordenamento adotar uma teoria em que não seja possível configurar a ligação entre ofensor, dano e ofendido. O juiz, usando da sua sensibilidade, deve verificar a teoria que será mais compatível e aplicá-la, de forma que a vítima seja compensada.

2.1.4 Culpa

A legislação brasileira não definiu o conceito de culpa, o que gera certa dificuldade para doutrina e jurisprudência.

Anderson Schreiber pontua que ao definir o conceito de culpa, doutrinadores mais antigos traziam uma carga psicológica ao conceito, isto é, utilizavam elementos referentes a uma avaliação moral e subjetiva da conduta do agente. A noção de culpa aplicada não era em nada científica.⁵⁹

A ideia de culpa vinculada a essa carga moral influenciou diretamente o sistema da Responsabilidade Civil, trazendo um caráter ético ao dever de indenizar. Além de garantir uma justificativa à reparação do prejuízo provocado pelo ato ilícito, também deu ensejo ao comportamento reprovável por parte do sujeito causador do dano.⁶⁰

⁵⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 122.

⁵⁸ MARANHÃO, Ney Stany Moraes Maranhão. Responsabilidade Civil Objetiva pelo Risco da Atividade. Uma Perspectiva Civil-Constitucional. São Paulo: Método, 2010. P.190 *et seq.*

⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5 Ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 12.

⁶⁰ *Ibidem*, P. 12 *et seq.*

O referido autor afirma ainda que, no último século, poucos conceitos jurídicos sofreram tantas transformações como a culpa. Diante de tantas transformações sociais e econômicas, as presunções e a responsabilidade objetiva exigiam uma contínua revisão do conceito de culpa adotado. Com o tempo, a preocupação com a consciência do prejuízo causado ao direito de outrem, bem como a possibilidade de prever a lesão ao direito alheio, foram perdendo força, até mesmo pela dificuldade de prova desses aspectos.⁶¹

É o que ocorre com a atividade médica, por exemplo. O paciente e o juiz, sem os conhecimentos técnicos necessários, possuem grande dificuldade em saber se existiu erro ou não no procedimento adotado pelo profissional.

A culpa passou a ser entendida como um erro de conduta, que seria analisado levando em consideração a capacidade e o comportamento do agente.⁶²

O novo entendimento da culpa passou a ser de relevante importância para o tema abordado no presente trabalho. É mais fácil para o paciente e para o juiz analisar o comportamento e o comprometimento do profissional do que as decisões por ele tomadas e os procedimentos adotados.

Atualmente, a dificuldade existente não passa mais pelo conceito do termo culpa, entendido também como erro de conduta, mas passa pelos elementos que devem ser levados em conta no momento de averiguar o comportamento do indivíduo que agiu ou se omitiu.⁶³

Rui Stoco complementa esse entendimento ao dizer que a culpa em sentido estrito traduz um comportamento errado de alguém, que não tinha a intenção de violar o direito de outrem, mas que poderia ter agido de forma diversa, tendo em vista tratar-se de um erro que poderia ter sido evitado pelo homem médio.⁶⁴

Já a culpa em sentido lato seria a expressão da vontade voltada a um fim desejado, mesmo que seja ilícito, como descumprimento de um dever de cuidado ou de

⁶¹ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5 Ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 34 *et seq.*

⁶² *Ibidem, loc. cit.*

⁶³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 12.

⁶⁴ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9 Ed. Rev., atual e reformulada com comentários do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 179.

diligência em razão da falta de cautela ou de imperfeição técnica, mesmo que o agente tenha agido sem intenção de prejudicar.⁶⁵

Nesse caso o agente exercia alguma atividade e desejava chegar a um determinado resultado, mas, por algum descuido durante o procedimento, ocorreu o evento danoso.

Sergio Cavaliere Filho afirma que o conceito de culpa possui certa dificuldade, mas sintetiza de forma mais simples do seguinte modo:

Culpa é a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível. Mas em que consiste esse dever de cuidado? Quando ocorre a sua violação? A dificuldade da teoria da culpa está justamente na caracterização precisa da infração desse dever ou diligência, que nem sempre coincide com a violação da lei.⁶⁶

Complementa ainda o conceito ao explicar que, convivendo em sociedade, o indivíduo deve agir sempre com cautela, de modo a evitar que a sua conduta possa causar dano a alguém. Assim, ao praticar atos do seu dia-a-dia, até mesmo atos lícitos, deve observar com cuidado se não está atuando de forma a causar prejuízo ou dano a outrem. Essa atenção e cautela ao agir é o que se denomina de dever de cuidado objetivo.⁶⁷

A culpa é então um agir sem diligência, sem cautela, uma violação a esse dever objetivo de cuidado, além de ser uma conduta voluntária e que em muitos casos poderia ter sido prevista.

O ser humano, por se relacionar com outras pessoas, deve sempre agir com cautela. Note-se que nem sempre o evento danoso ocorre porque o agente tinha intenção e mesmo assim haverá o dever de reparar o dano.

O Código Civil de 2002 trouxe os graus de culpa para facilitar a fixação da indenização pelos danos que podem vir a existir.

A culpa pode ter três graus, quais sejam: culpa grave, quando o agente parece querer o resultado, embora não seja intencional, culpa leve, que seria a falta de cuidado que as pessoas devem observar quotidianamente nas suas condutas, e a

⁶⁵ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9 Ed. Rev., atual e reformulada com comentários do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P.183.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 33.

⁶⁷ *Ibidem, loc. cit.*

culpa levíssima, que é uma ação que foge a normalidade, mas até mesmo alguém muito cuidadoso poderia cometer.⁶⁸

Rui Stoco definiu a culpa leve e levíssima da seguinte forma:

Culpa leve é a falta de diligência média que um homem normal observa em sua conduta e que possa ser evitada com atenção ordinária, ou seja, com o cuidado próprio do homem comum a que se denominou *bônus pater familias*.

Culpa levíssima considera-se a falta cometida em razão de uma conduta que escaparia ao padrão médio mas que um diligentíssimo *pater familias* especialmente cuidadoso guardaria. Caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária ou ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.

É certo que a doutrina afirma que o legislador adotou a norma romana, segundo a qual a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar como consta da máxima *in lege Aquilia et levissima culpa venil*. Pondere-se, todavia, que em determinadas circunstâncias a culpa levíssima, por sua irrelevância para o fato concreto e sendo escusável, não conduz à responsabilização do agente.⁶⁹

Com a mesma linha de raciocínio Sergio Cavalieri Filho conceitua os graus de culpa. A culpa será grave quando o ofensor agir com falta de cuidado, com descuido que não se justique a qualquer homem médio. Essa culpa também é chamada de consciente, pois o sujeito tem como prever o resultado, mas acredita que o mesmo não ocorrerá.⁷⁰

A culpa é considerada leve quando a falta de cautela pode ser evitada, caso haja atenção ordinária, ou seja, um cuidado próprio do homem médio. Já a culpa levíssima é aquela em que existe falta de atenção extraordinária, por uma ausência de habilidade especial.⁷¹

A culpa ainda pode se exteriorizar por meio de três maneiras, que seriam: imprudência, negligência ou imperícia. A imprudência é a falta de cuidado que ocorre através de uma conduta positiva. A negligência também seria a falta de cuidado, mas ocorre através de uma ação negativa. Por último, a imperícia seria a falta de capacidade para a prática de uma determinada atividade que exija certo conhecimento específico.⁷²

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 3, responsabilidade civil. 10 ed., atual e ampl. São Paulo: Saraiva 2012. P. 176.

⁶⁹ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9 Ed. Rev., atual e reformulada com comentários do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P.183.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 39.

⁷¹ *Ibidem, loc. cit.*

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 38.

Explicando de maneira mais aprofundada, a imprudência é uma conduta por ação. Ficará configurada quando o sujeito pratica o ato de forma acelerada ou precipitada, de modo que cause uma lesão que poderia ter sido evitada.⁷³

O médico que pratica algum ato sem o cuidado necessário é imprudente. A sua conduta é precipitada ou insensata. Genival Veloso de França traz o exemplo do cirurgião que poderia realizar uma cirurgia por um método conhecido e resolve utilizar uma técnica diferente, trazendo para seu paciente algum dano.⁷⁴

A negligência ocorre quando o agente deixa de praticar uma conduta que evitaria a ocorrência do dano. É mais simples verificar a negligência quando a responsabilidade for contratual, pois existem deveres a serem cumpridos e, caso o agente seja omissivo ficará caracterizada a culpa do devedor. Já na responsabilidade extracontratual esses deveres são mais difíceis de serem percebidos, pois, para essa hipótese a culpa ocorre mais por ação do que por omissão.⁷⁵

A culpa por negligência ocorre nos casos em que o agente inicia a ação e não tem a cautela exigida para evitar que os danos aconteçam ou para tentar, pelo menos, diminuir os seus efeitos.⁷⁶

Na atividade médica a negligência é a falta de observância aos cuidados que a situação requer. O médico negligente é aquele que abandona o paciente, ou melhor, deixa de atendê-lo quando certos cuidados ainda são necessários. Também é negligente o médico que omite um tratamento ou deixa de encaminhar o paciente para um médico mais especializado no problema apresentado. Por fim, a negligência também será configurada quando o médico esquece um corpo estranho dentro do corpo do paciente no ato operatório.⁷⁷

Por fim, a imperícia ocorre quando o procedimento a ser seguido não é observado, em virtude de o agente não possuir o conhecimento técnico necessário. Também é imperícia a inabilitação para exercício de alguma profissão.⁷⁸

⁷³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 91.

⁷⁴ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 11 ed. Rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 155.

⁷⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira, *op. cit.*, P. 87.

⁷⁶ *Ibidem*. P. 88.

⁷⁷ FRANÇA, Genival Veloso, *op. cit.*, P. 155 *et seq.*

⁷⁸ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 11 ed. Rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 261.

A imperícia muitas vezes é confundida com o erro profissional. No campo da atividade do médico, quando se trata do erro de diagnóstico, e a problemática se insere em razão dos sintomas ambíguos, isto é, atribuíveis a mais de uma doença, o erro que possa acontecer pode ter como razão a falta do conhecimento especial exigido para interpretar os sintomas evidentes. Neste caso, a culpa pode vir a ser configurada. Houve um erro de conduta.⁷⁹

Atualmente, há um reconhecimento de que a culpa não é mais um pressuposto necessário para que se configure a responsabilidade civil. Esse entendimento tem mais força nas áreas em que ocorre grande quantidade de acidentes e a prova da culpa é mais difícil, a exemplo dos acidentes de trabalho. Por essa razão, o Código Civil consagrou uma responsabilidade que prescinde dessa análise subjetiva, como será visto mais a frente.⁸⁰

Note-se que, atualmente, a culpa deixou de ser essencial para configurar a responsabilidade civil. Seria uma incongruência que as vítimas deixassem de ser indenizadas em razão da dificuldade de provar a culpa mesmo com a ocorrência do dano. Por esse motivo, o Código Civil traz o artigo 927, parágrafo único, que fixa hipóteses em que o exame da culpa será dispensado e autoriza o magistrado, à luz do caso concreto, a identificar atividades que dispensem essa análise para configurar o dever de indenizar.⁸¹

O erro de diagnóstico nem sempre ocorre em razão da imperícia. O médico aprende muito com o dia-a-dia da prática da sua profissão e ele não está imune de cometer erros e nem pode garantir que vai alcançar o resultado desejado por todos os pacientes.⁸²

O médico imperito é aquele que opera um paciente sem ter o domínio técnico necessário para realizar tal prática. Caso ocorra a morte do seu paciente ele será responsável. Porém, Genival Veloso de França discorda desse entendimento ao afirmar que o médico habilitado para prática de determinado ofício nunca poderá ser considerado imperito. Admite-se que ele foi imprudente, pois além da dificuldade de

⁷⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 93.

⁸⁰ MARANHÃO, Ney Stany Morais Maranhão. *Responsabilidade Civil Objetiva pelo Risco da Atividade. Uma Perspectiva Civil-Constitucional*. São Paulo: Método, 2010. P. 184 *et seq.*

⁸¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁸² FRANÇA, Genival Veloso, *op. cit.*, P. 262.

provar a imperícia é difícil provar a falta de conhecimento técnico daquele que possui um diploma que garante o pleno exercício da profissão.⁸³

Apesar da dificuldade que o ofendido terá em provar que o profissional não tinha a técnica necessária, a imperícia pode sim ficar configurada no exercício da atividade do médico quando ele atua em área que não seja da sua especialidade ou se arrisca em procedimento mais difícil quando não tem a habilidade exigida.

2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil por fatos das pessoas físicas ou jurídicas, em razão de danos produzidos a terceiros, pode decorrer da inobservância de obrigações assumidas.⁸⁴

Como observado, a responsabilidade sempre será uma obrigação secundária, que tem origem no descumprimento de um dever jurídico. Com o objetivo de facilitar a identificação da origem desse dever a responsabilidade civil possui algumas espécies, conforme será visto adiante.

2.2.1. Subjetiva X Objetiva

A responsabilidade civil pode ser classificada em subjetiva ou objetiva. Será considerada subjetiva quando for baseada na culpa, devendo haver a comprovação da sua existência para que seja gerado o dever de indenizar. Sendo assim, o ordenamento civil brasileiro tem adotado a responsabilidade civil subjetiva como regra geral.⁸⁵

⁸³ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 11 ed. Rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 261 *et seq.*

⁸⁴ VALLER, WLADIMIR. *A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: E. V. Editora Ltda, 1995. P. 67.

⁸⁵ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais n.40, out./dez. 2009. P. 183.

Os requisitos essenciais para configurar a responsabilidade subjetiva são: “a) o ato ou omissão violadora do direito de outrem; b) o dano produzido por esse ato ou omissão; c) a relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano; d) a culpa.”.⁸⁶

A responsabilidade subjetiva depende de uma análise mais apurada e criteriosa para ser comprovada, tendo em vista que tem a culpa como elemento essencial para sua caracterização.

Ainda conforme o entendimento de Andreassa, o referido autor afirma que a responsabilidade civil objetiva é aquela em que a doutrina começa a vislumbrar a responsabilidade do ofensor mesmo que não haja comprovação de culpa. Faz a ressalva de que, embora esse seja um avanço do ordenamento civil brasileiro, os casos de responsabilidade objetiva só são admitidos quando a lei ou o contrato expressamente permitirem.⁸⁷

A responsabilidade civil objetiva é baseada na teoria do risco. Aquele que exerce uma atividade com risco inerente responderá independente de culpa pelo dano que a sua atividade produzir.

Em verdade, o conceito tradicional de responsabilidade civil está ligado à ideia de que o dano é resultante de uma conduta culposa, motivo pelo qual deveria ser reparado. A culpa servia como um critério seguro para que se tivesse certeza a respeito do dever de reparar o dano. Sendo assim, o Código Civil Brasileiro de 1916 consagrou a responsabilidade subjetiva como regra geral.⁸⁸

De acordo com a Teoria Subjetiva, para que a responsabilidade civil seja configurada em razão do dano causado a alguém, é obrigatório analisar a conduta do agente. Só haverá obrigação de indenizar se o seu comportamento for contrário ao direito, ou melhor, se existir dolo ou culpa haverá responsabilidade.⁸⁹

Assim, de acordo com o fundamento que escolha se dar à responsabilidade, a culpa poderá ser considerada como elemento da obrigação de reparar o dano ou não. A teoria clássica ou subjetiva aborda a culpa como fundamento da responsabilidade

⁸⁶ VALLER, WLADIMIR. A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro. 3 ed. São Paulo: E. V. Editora Ltda, 1995. P. 18.

⁸⁷ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto, *op. cit.*, P.184.

⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. Nexo de Causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; Rocha, Maria Vital da. (Coord.). Responsabilidade Civil Contemporânea. São Paulo: Atlas, 2011. P. 106.

⁸⁹ VALLER, WLADIMIR. A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro. 3 ed. São Paulo: E. V. Editora Ltda, 1995. P. 18.

civil, motivo pelo qual, caso a mesma não fique configurada não haverá responsabilidade.⁹⁰

O entendimento adotado, então, seria:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.⁹¹

Já nos casos de responsabilidade objetiva não se exige a prova de culpa para que fique configurada a obrigação de reparar o dano. A culpa deixa de ser elemento essencial, pois a responsabilidade terá como fundamento a teoria do risco.⁹²

Por teoria do risco, sabe-se que toda pessoa que exerce alguma atividade e cria um risco para terceiros estará obrigada a reparar o dano, caso o mesmo venha a ocorrer, ainda que a sua conduta seja isenta de culpa. O dano será reparável quando é causado a outrem por conta de uma atividade realizada em benefício do responsável.⁹³

Com o enorme crescimento da tecnologia e o crescimento das práticas industriais, o potencial de danos a serem causados à sociedade aumentou, bem como a possibilidade dos riscos a serem causados por acidentes. Desta forma, o legislador ampliou o rol em que pode existir o dever de reparar o dano independente de haver ou não conduta culposa do agente.⁹⁴

Anderson Schreiber afirma que o ordenamento brasileiro está passando por uma tendência a objetivar os danos derivados de atividades de risco. Para o autor, a ampliação dessas hipóteses que podem ser entendidas como sendo responsabilidade objetiva formam um sistema de responsabilidade mais solidário, pois se adequa às relações de massa e é comprometido com a distribuição dos riscos da vida contemporânea.⁹⁵

Continua o seu entendimento afirmando que ocorre um abandono da culpa na sua concepção clássica, ou seja, não haverá mais o caráter tradicional de imprudência,

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 59.

⁹¹ *Ibidem, loc. cit.*

⁹² *Ibidem, loc. cit.*

⁹³ *Ibidem, loc. cit.*

⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Nexo de Causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; Rocha, Maria Vital da. (Coord.). Responsabilidade Civil Contemporânea. São Paulo: Atlas, 2011. P. 107.

⁹⁵ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013. P. 174 *et seq.*

negligência ou imperícia. A culpa passa a estar menos ligada a elementos subjetivos do ofensor, voltando-se para cada situação específica em que ocorre uma violação objetiva a padrões desejáveis de comportamento.⁹⁶

Esse novo entendimento é importante, pois a função maior da responsabilidade civil é ressarcir o dano e não punir o agente.

Assim, o ordenamento civil brasileiro consagrou o sistema dualista de responsabilidade civil, fixando ao lado da regra geral de responsabilidade subjetiva a hipótese da cláusula geral de responsabilidade objetiva.⁹⁷

No regime atual, considerando-se ambos os regimes de responsabilidade – subjetiva e objetiva –, podem-se identificar como requisitos da responsabilidade civil: (i) ato culposo ou atividade objetivamente considerada; (ii) dano; (iii) nexo de causalidade, o qual consiste em elemento de ligação entre a atividade do agente e o dano produzido.

Tais considerações não parecem ociosas. Ao revés, evidenciam que, diante do desprestígio do papel da culpa, inapta a servir de critério seguro ao julgador na determinação do dever de reparar, o conceito de nexo de causalidade assume extraordinária importância no estudo da responsabilidade civil. Na medida em que a demonstração da ocorrência da atividade danosa, do dano e do nexo de causalidade parecem suficientes para a deflagração do dever de reparar – fenômeno que resulta em notória expansão de danos ressarcíveis -, a identificação da causalidade torna-se o cerne da reflexão.⁹⁸

A responsabilidade subjetiva continua existindo como regra geral e necessária, sem prejuízo da aplicação da responsabilidade objetiva em dispositivos vários e esparsos.⁹⁹

Ney Stany Moraes Maranhão defende que o ordenamento civil brasileiro vem caminhando para uma objetivação da responsabilidade civil, em razão de a culpa não ser mais entendida como pressuposto essencial para configurar o dever de reparar o dano. O referido autor acredita que a responsabilidade objetiva não é mais uma exceção, mas caminha em paralelo com a regra da responsabilidade subjetiva.¹⁰⁰

⁹⁶ *Ibidem, loc. cit.*

⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Nexo de Causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; Rocha, Maria Vital da. (Coord.). Responsabilidade Civil Contemporânea. São Paulo: Atlas, 2011. P. 108.

⁹⁸ *Ibidem, loc. cit.*

⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 60.

¹⁰⁰ MARANHÃO, Ney Stany Moraes Maranhão. Responsabilidade Civil Objetiva pelo Risco da Atividade. Uma Perspectiva Civil-Constitucional. São Paulo: Método, 2010. P. 287.

2.2.2. Contratual X Aquiliana

Para essas espécies de responsabilidade o próprio nome já faz menção ao seu significado. A responsabilidade será contratual quando o dever jurídico for fundado em um contrato e será extracontratual ou aquiliana quando não existir um contrato prévio.

De forma simples, Rui Stoco afirma que a culpa decorre de uma violação a um dever preexistente. Dessa forma, se o dever se funda em um contrato, a culpa será contratual. Porém, se a culpa tem como fundamento um preceito geral, então será extracontratual ou aquiliana.¹⁰¹

Dessa forma, o descumprimento de uma obrigação contratual vai gerar obrigações, cujas consequências se relacionam a inexecução do contrato e estão disciplinadas pelo direito obrigacional. Por outro lado, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana decorre do ato ilícito, ou seja, de um comportamento contrário aquele que é exigido.¹⁰²

Andreassa afirma que a responsabilidade contratual, de acordo com o próprio nome, decorre do descumprimento de um contrato. Nesses casos, costuma-se analisar a culpa contratual tendo o inadimplemento como seu fundamento e, para que a responsabilidade se configure pouco importa se o contrato é tácito ou expresso.¹⁰³

Já a responsabilidade civil extracontratual trata dos casos em que não existe vínculo jurídico entre o ofendido e o ofensor, mas a responsabilidade existe por conta da violação a um dever legal, que causa prejuízo a outrem. A responsabilidade aquiliana acaba gerando um vínculo que até então era inexistente entre as partes.¹⁰⁴

Na responsabilidade contratual a culpa é presumida, pois se o contrato for descumprido nascerá, teoricamente, o dever de indenizar. Já na responsabilidade extracontratual a vítima tem o ônus de provar a culpa do agente.

¹⁰¹ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9 Ed. Rev., atual e reformulada com comentários do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 183.

¹⁰² *Ibidem, loc. cit.*

¹⁰³ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais n.40, out./dez. 2009. P. 187 *et seq.*

¹⁰⁴ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais n.40, out./dez. 2009. P. 188.

Note-se que na responsabilidade extracontratual caso o credor não consiga demonstrar a culpa a responsabilidade não será configurada. É o que ocorre na atividade do médico, por exemplo. O profissional liberal só responde se a culpa for comprovada. Não se pode simplesmente alegar imperícia de quem supostamente domina a técnica.

Assim também é o conceito apresentado por Carlos Roberto Gonçalves. Veja-se:

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art.186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana.

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.¹⁰⁵

A classificação da culpa em contratual ou extracontratual está vinculada ao conceito adotado para a responsabilidade contratual ou extracontratual. É nesse sentido que se determina que a culpa é contratual quando decorre de uma relação prévia entre as partes e extracontratual quando a violação decorrer da lei.¹⁰⁶

Sergio Cavalieri Filho, seguindo o mesmo entendimento, determina que a culpa será contratual se o dever violado tinha como fonte uma relação jurídica obrigacional que era preexistente. Se o dever existia por conta de uma cláusula geral de Direito, a culpa será extracontratual ou aquiliana.¹⁰⁷

¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 62.

¹⁰⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 82.

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 40.

3. ANÁLISE OBRIGACIONAL

Para uma análise mais apurada a respeito do que pode ser imputado ao médico é importante definir a relação que ele possui com o seu paciente.

Obrigação é um vínculo jurídico pelo qual uma pessoa se compromete a realizar uma prestação em proveito de outra¹⁰⁸ As obrigações podem existir em razão da lei, de um contrato ou da vontade das partes.

O direito das obrigações disciplina essencialmente três coisas: “as relações de intercâmbio de bens entre as pessoas e de prestação de serviços (*obrigações negociais*), a reparação de danos que umas pessoas causem as outras (*responsabilidade civil geral*, ou *em sentido estrito*) e, no caso de benefícios indevidamente auferidos com o aproveitamento de bens ou direitos de outras pessoas, a sua devolução ao respectivo titular (enriquecimento sem causa).”¹⁰⁹

A relação que o médico possui com o seu paciente é obrigacional. O paciente busca o médico visando obter a prestação de um serviço. Em verdade, a relação que será firmada entre ambos vai envolver uma obrigação bilateral, pois as duas partes assumem deveres e adquirem direitos.

A relação jurídica obrigacional está voltada ao atendimento do interesse do credor, mas ele também deve cooperar para a obtenção do resultado.¹¹⁰

O conceito mais moderno para as obrigações é no sentido de que em cada relação obrigacional existem direitos e deveres que são recíprocos entre as partes, o que tornam esse vínculo mais dinâmico e afastam cada vez mais a ideia de que essa relação compreende apenas direitos para o credor e responsabilidades para o devedor.¹¹¹

Atualmente, a relação obrigacional está pautada no Paradigma da Concretude, que visa atingir a ética dessas relações, com base na boa-fé objetiva. Deve existir uma relação de cooperação entre credor e devedor, de maneira que ambos se esforcem para satisfazer o interesse do outro.

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizado por Edvaldo Brito. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 15.

¹⁰⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 28.

¹¹⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações*. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 6.

¹¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves; RONSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil 2. Obrigações*. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. P. 36.

O princípio da boa-fé, que é a base de todo o ordenamento civil brasileiro, preceitua a colaboração entre as partes, bem como a honestidade, lealdade e fidelidade para o bom desenvolvimento da relação.¹¹²

A visão contemporânea do direito obrigacional trata as partes que compõem a relação não mais como sujeitos de direitos, mas sim como pessoas. Não só o credor tem interesse em receber a sua prestação, mas o devedor também deseja cumprir o que foi acordado e se eximir da parte que lhe cabe.

No contrato de prestação de serviço médico essa relação de direitos e deveres entre médico e paciente também existe. O médico tem como obrigação principal o dever de cuidado, desenvolvendo atos preventivos ou terapêuticos, com o objetivo de melhorar a saúde do seu paciente. Essa obrigação é *intuitu personae*, isto é, trata-se de uma obrigação pessoal e apenas em casos excepcionais o médico poderá ser substituído por um colega. Como obrigação principal também é possível mencionar o dever de obediência aos preceitos da sua profissão.¹¹³

O médico também assume deveres acessórios, que são a lealdade, a proteção e o esclarecimento. O paciente deve confiar no seu médico e só assim terá certeza de que este age na defesa de seus interesses, o que garante uma boa convivência entre ambos.¹¹⁴

Algumas obrigações também são impostas ao paciente, como o dever de informar, colaborar e seguir as recomendações médicas. Na verdade, são obrigações que se revertem em seu próprio favor e se não forem cumpridas colocam em risco o seu tratamento e a sua saúde.¹¹⁵

Todas as obrigações possuem sujeitos e objetos, que são os seus elementos essenciais. Os sujeitos são as pessoas que firmam a relação obrigacional e podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Toda obrigação deve apresentar, pelo menos, dois sujeitos, que são as pessoas que se comprometem a realizar a prestação e aquelas em benefício de quem a prestação será realizada.¹¹⁶

¹¹² GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizado por Edvaldo Brito. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 17.

¹¹³ DANTAS, Eduardo. A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento. *Revista Fórum de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, n.2, 2012. P. 74

¹¹⁴ *Ibidem*, P. 75.

¹¹⁵ *Ibidem*, P. 79 *et seq.*

¹¹⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.35.

No mesmo sentido dispõem Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, ao afirmarem que o credor é aquele que pode reivindicar do outro um comportamento, enquanto o devedor é quem deve exercê-lo.¹¹⁷

Na relação firmada entre médico e paciente, as partes que compõem a obrigação são pessoas físicas ou naturais. O médico será o devedor, isto é, aquele que se compromete a prestar o serviço e o paciente é o credor, cuja prestação será revertida em seu proveito.

Os termos “credor” e “devedor” desejam apenas explicar a relação principal. Na verdade, o credor também é devedor e o devedor também é credor, analisando a obrigação sob a perspectiva de que existem interesses recíprocos.

Além do sujeito, o objeto também é de relevante importância para compor esta relação. “Objeto da relação obrigacional é a prestação, isto é, o ato ou omissão do devedor.”¹¹⁸

O objeto poderá ser imediato, quando a obrigação almeja uma conduta do devedor, podendo ser positiva (obrigações de dar e de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer). Em relação ao objeto mediato da obrigação, será o bem nas obrigações de dar ou o fato nas obrigações de fazer ou não fazer.¹¹⁹

É necessário ainda que o objeto da prestação seja lícito, possível e determinado ou determinável. Em síntese, o objeto é lícito quando não é contrário à lei, à moral ou aos bons costumes. Será possível quando existir a possibilidade material de realizar a prestação e, por fim, determinado ou determinável, em razão de a total indeterminação do objeto tornar nula a obrigação.¹²⁰

Qualquer obrigação ilícita, ou seja, que viole o ordenamento, será considerada nula. O mesmo ocorrerá quando o objeto da prestação for impossível, seja essa impossibilidade física ou jurídica. A impossibilidade física atenta contra as forças do ser humano, enquanto a jurídica ocorre quando ordenamento proíbe que certos negócios jurídicos tenham um objeto específico, a exemplo da vedação ao objeto do

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; RONSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil 2. Obrigações. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. P. 73.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. Obrigações. Atualizado por Edvaldo Brito. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 21.

¹¹⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 12.

¹²⁰ *Ibidem*, P. 13.

negócio ser a herança de pessoa viva. Enfim, o objeto da prestação deve ser, ao menos, determinável no momento da execução.¹²¹

A relação obrigacional existente entre médico e paciente possui um objeto imediato, tendo em vista que haverá uma prestação de serviço médico, que é a conduta do devedor. Além disso, o objeto é lícito, possível e determinado.

O objeto da relação, também chamado de dever jurídico, é uma conduta imposta pela lei ou determinada pelas partes mediante contrato. Haverá então uma conduta devida que se refere ao dever assumido. Ocorre que a conduta devida não será apenas o que foi pactuado entre as partes, pois, como já visto, em razão do princípio da boa-fé objetiva impõem-se deveres anexos, como um comportamento cooperativo entre credor e devedor com o escopo de extinguir a relação obrigacional, satisfazendo os interesses de ambos.

A boa-fé determina uma observância aos interesses alheios, um maior grau de cuidado, independente de a parte ser credora ou devedora na relação principal.

3.1. OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

A presente classificação é de fundamental importância no que tange à atividade desenvolvida pelo médico. A partir da distinção a ser abordada será possível compreender a natureza da obrigação prestada por este profissional.

A maior dificuldade aqui é saber se o devedor assume obter o resultado esperado pelo credor ou se assume apenas a obrigação de praticar uma atividade direcionada a obtenção do resultado. Nos contratos em geral a presunção é de que a obrigação assumida é de resultado, de maneira que a não obtenção do fim desejado configura o inadimplemento. Porém, existem situações que, pela natureza da atividade, a não obtenção do resultado desejado pelo credor não implica inadimplemento.

Essa classificação parte da premissa de que nas obrigações em que a prestação não tiver como objetivo alcançar um resultado certo e determinado pelo devedor,

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves; RONSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil 2. Obrigações. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. P. 77 *et seq.*

mas apenas uma conduta cuidadosa e diligente deste em relação ao credor, haverá uma obrigação de meio.

O exemplo mais abordado pela doutrina é o do contrato de prestação de serviço do profissional liberal, realizados pelos médicos ou advogados. O paciente que procura o médico deseja obter a cura ou uma solução para o seu problema de saúde, mas o resultado não é o objeto a ser pactuado. Da mesma forma, o litigante deseja ganhar a causa, mas o advogado não tem como dar essa garantia. Cabe a esses profissionais garantir apenas que vão empenhar todos os esforços necessários e agir da forma mais diligente possível.¹²²

Da mesma forma entende Genival Veloso de França, ao afirmar que na obrigação de meio existe o compromisso de buscar os recursos possíveis para chegar até o resultado, mas não há obrigação de alcançar um êxito legítimo. Já nas obrigações de resultado o fim é definido e caso não seja cumprido pelo devedor ele assumirá o ônus por não cumprir o que prometeu.¹²³

Hildegard Taggesel Giostri explica que na obrigação de resultado é exigido um resultado útil para o credor, não sendo a obrigação considerada cumprida quando o que é pactuado entre as partes não é adimplido. Nesse caso, se o credor desejar pleitear indenização bastará apenas evidenciar que o resultado esperado por ele não foi atingido. O devedor só ficará livre se provar caso fortuito ou força maior, cabendo a ele ainda o ônus da prova.¹²⁴

Já se a obrigação for de meio, o devedor só estaria obrigado a agir com diligência para atingir a finalidade desejada, mas não seria responsabilizado se não alcançasse o êxito. Havendo dano o ônus da prova caberá ao credor.¹²⁵

Note-se que é bastante importante definir qual o tipo de obrigação assumida pela parte, em razão da relevância em definir a quem caberá o ônus da prova.

¹²² CRUZ, Gisela Sampaio da. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações. Estudos na perspectiva civil – constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 169.

¹²³ FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. 11 ed. Rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 266.

¹²⁴ GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, jan./mar. 2001. P. 103.

¹²⁵ *Ibidem, loc cit.*

Nelson Rosenvald afirma que um dos requisitos para definir a natureza da obrigação é a aleatoriedade do resultado. Se for possível estabelecer com certeza um elo entre o comportamento e a obtenção da consequência prevista, sabe-se que a obrigação é de resultado. Porém, quando o resultado não puder ser garantido, em razão da atividade, haverá margem para indeterminação e considera-se que a obrigação é de meio.¹²⁶

A dúvida que existe aqui é apenas em relação à certeza ou não da obtenção da finalidade. Mesmo com a álea que está presente nas obrigações de meio, o devedor sempre deve ter como objetivo alcançar o resultado desejado.

Apesar de nas obrigações de meio o dever de cuidado ser mais acentuado, a boa-fé objetiva e os deveres anexos, como a proteção, cooperação e informação devem estar presentes em todos os negócios jurídicos.¹²⁷

Esses deveres devem ser o norte de qualquer relação jurídica e não se restringem ao devedor. O credor também deve fazer o possível para assegurar o cumprimento do negócio da melhor forma possível.

A diligência que cabe ao devedor em uma obrigação de meio pode ser entendida como “um grau de esforço exigível para executar a conduta que representa o cumprimento de um dever. Assim, o cirurgião que se obrigou a fazer uma operação tem o dever de estar fisicamente preparado para realizá-la e assim não poderá embriagar-se antes dela.”¹²⁸

As obrigações de resultado são diferentes, pois o devedor está obrigado a alcançar um fim determinado. Caso não chegue ao resultado pactuado haverá inadimplemento contratual. Como exemplo é possível mencionar o contrato de transporte. Se o bem não chega ao seu destino final em perfeitas condições, então o contrato não foi cumprido e ficará caracterizado o inadimplemento por parte do transportador.¹²⁹

¹²⁶ ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINGS, Fernando Rodrigues (Coord.). 20 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 294.

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; RONSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil 2. Obrigações. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. P.362 *et seq.*

¹²⁸ *Ibidem, loc. cit.*

¹²⁹ CRUZ, Gisela Sampaio da. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações. Estudos na perspectiva civil – constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P.170.

Para as obrigações de resultado não importam os meios a serem utilizados, mas apenas que o fim pretendido seja alcançado. Não importa o quão cuidadoso o devedor tenha sido, caso não chegue até o resultado final acordado com o credor, pois o descumprimento da obrigação ficará caracterizado.

Então, nas obrigações de resultado, em que o devedor se obriga a alcançar certa finalidade, caso não consiga será considerado inadimplente. Já nas obrigações de meio o vínculo obrigacional é voltado apenas para os meios devidos, ou seja, para os cuidados devidos, que tendem a promover a satisfação do interesse desejado. O credor possui um interesse dito instrumental ou de segundo grau, que está voltado a tentar satisfazer o interesse principal ou de primeiro grau.¹³⁰

O professor Leonardo Vieira preceitua que alguns serviços, em razão das suas especificidades não admitem a garantia de que o resultado ocorrerá da forma desejada, por conta do modo como a atividade será desenvolvida e pela interferência de fatores externos. Como exemplo é possível mencionar o médico, que só pode garantir o emprego da melhor técnica oferecida pela ciência, não tendo como impedir a morte. A medicina não é uma ciência exata e as reações de cada corpo humano podem ser diferentes em cada caso.¹³¹

O Código de Ética Médica, no Capítulo I, dos Princípios Fundamentais, dispõe que “II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.”¹³²

O médico tem o dever de empenhar todo o seu esforço no exercício da sua profissão, mas não há no Código de Ética disposição que trate a obrigação do médico como de resultado.

É possível concluir então, de acordo com Gisela Sampaio da Cruz, que:

“Em realidade, toda obrigação compreende dois elementos: (i) um elemento objetivo que corresponde ao bem ou ao resultado a ser produzido a benefício do credor, o qual não precisa ser forçosamente material; (ii) um elemento subjetivo, consistente no comportamento do devedor em direção

¹³⁰ ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINGS, Fernando Rodrigues (Coord.). 20 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 292.

¹³¹ SANTOS, Leonardo Vieira. Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa do direito brasileiro. Salvador: Jus Podivm, 2008. P. 99.

¹³² BRASIL. Resolução CFM nº 1.897/2009 de 6 maio de 2009. Código de ética médica. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/processo_1.asp>. Acesso em 28 maio 2014.

ao resultado. Em alguns casos, porém, esse resultado final não pode entrar no vínculo, porque depende de fatores estranhos à vontade do devedor.”¹³³

Desta forma, em algumas relações, é admissível que seja pactuado o resultado final que será produzido, enquanto em outras se admite apenas pactuar o comportamento do devedor, ou seja, a garantia de que ele agirá da melhor forma possível, usando todos os meios que dispuser para alcançar o resultado pretendido. Nesses casos, o resultado final não deve ser pactuado, pois existem fatores externos que podem influenciar o desenvolvimento da obrigação.

A álea pode ser grande, de forma que não seja possível desconsiderá-la por meio de uma simples presunção. Nessas hipóteses, o objeto da obrigação será as medidas de cuidado adotadas pelo devedor e não a consequência obtida.¹³⁴

Independente de qual seja a forma da obrigação assumida, diante da lesão a responsabilidade deverá ser apurada, sendo necessário apurar o grau da culpa, o nexo de causalidade e a dimensão do dano, ainda mais em ações que requeiram indenizações por perdas e danos em virtude de erro no exercício da profissão.¹³⁵

Se o profissional se compromete a atingir um resultado, mesmo que exista dúvida quanto à possibilidade de cumprir esse compromisso, não poderá, no futuro, alegar que se tratava de uma obrigação de meio com o objetivo de fugir da obrigação de indenizar. Desta forma, o médico que garanta ao seu paciente e a sua família que pode chegar ao diagnóstico correto, indicar o melhor tratamento e alcançar a cura para a enfermidade que o paciente possui, poderá ser compelido ao pagamento de indenização. É também o caso do advogado que promete resultado positivo em uma ação judicial e não consegue obter êxito ao final da demanda.¹³⁶

O paciente e a família criaram uma expectativa legítima de que o fim seria conforme esperado por eles. O profissional, sabendo que existe possibilidade de não alcançar o efeito pretendido, tem o dever de informar o seu paciente a respeito. Existe uma relação de confiança entre ambos que deve ser respeitada.

¹³³ CRUZ, Gisela Sampaio da. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações. Estudos na perspectiva civil – constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 175.

¹³⁴ *Ibidem*, loc cit.

¹³⁵ FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. 11 ed. Rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P.268.

¹³⁶ SANTOS, Leonardo Vieira. Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa do direito brasileiro. Salvador: Jus Podivm, 2008. P.100.

Entende-se que nos casos em que a obrigação for de meio o resultado deve orientar a execução da atividade, ou seja, mesmo que alcançar o resultado não seja obrigatório não é possível se desviar dele. A finalidade desejada sempre deve ser compreendida como o objetivo final.

É diferente da obrigação de resultado em que, quando ocorre um descontentamento do credor, o devedor não estará livre apenas provando que se comportou de forma diligente, pois a prova do seu comportamento será inoperante, tendo em vista que o resultado final é previamente pactuado e alcançar esse objetivo é o que determinará se o credor agiu ou não com diligência.¹³⁷

3.2. NORMA APLICÁVEL: CÓDIGO CIVIL OU CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR?

Além das normas específicas que tratam da atividade do médico, a exemplo do Código de Ética Médica e das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, também é necessário levar em conta a disciplina da responsabilidade civil de forma geral, especialmente tratada nos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro de 2002. A regra é que a responsabilidade civil seja subjetiva e apenas em casos excepcionais será objetiva.¹³⁸

Também é de extrema importância mencionar o artigo 951, que trata da responsabilidade civil no caso da atividade profissional, veja-se:

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.¹³⁹

A regra geral da responsabilidade, então, poderá sempre ter como embasamento o Código Civil.

¹³⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, jan./mar. 2001. P. 103.

¹³⁸ SANTOS, Leonardo Vieira. Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa do direito brasileiro. Salvador: Jus Podivm, 2008. P.122.

¹³⁹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 16 nov. 2013.

A atividade do profissional liberal também é mencionada no Código de Defesa do Consumidor, sendo possível o entendimento de que essa norma é aplicável à atividade desenvolvida pelo médico. O serviço a ser prestado está vinculado à qualidade específica do profissional, à garantia de segurança e ao desempenho para realização da atividade. A atuação deve ser diligente e em conformidade com os conhecimentos técnicos que a profissão exige.¹⁴⁰

O artigo 14, §4º do CDC dispõe que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”¹⁴¹

Ao se entender que o CDC deverá ser aplicado, o paciente será tratado como consumidor, destinatário final do serviço, enquanto o médico seria o fornecedor. No caso de existir algum erro ou defeito na prestação do serviço presume-se que seria possível falar em fato do serviço.

O grande problema em se admitir a aplicação do CDC são as peculiaridades dessa legislação, em desfavor daquele que detém maior poder econômico ou o melhor conhecimento da técnica e a favor do consumidor, visto como hipossuficiente.

Apesar de o art.14, §4º, CDC tratar da responsabilidade do profissional liberal como subjetiva, não existe incompatibilidade entre essa modalidade e a inversão do ônus da prova. Desta forma, ao invés de caber ao consumidor provar que a conduta descuidada resultou em prejuízo, seria dever do profissional liberal demonstrar que agiu com prudência e não incorreu em nenhuma hipótese de culpa.¹⁴²

O entendimento consumerista é de que a regra geral de ônus da prova estabelecida no art.333 do CPC não é suficiente para as relações em que existem partes desiguais. Por essa razão, o CDC flexibiliza, no seu art.6º, VIII, as regras de distribuição do ônus da prova nas lides que envolvem relação de consumo, face a vulnerabilidade do consumidor.¹⁴³

A justificativa para essa inversão está pautada nas dificuldades que serão encontradas pelo consumidor para produzir provas. Não se pode exigir que a parte

¹⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 4 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P.550 *et seq.*

¹⁴¹ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 16 nov. 2013.

¹⁴² KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 144.

¹⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. P. 350.

vulnerável da relação consiga demonstrar fatos técnicos, que não são do seu conhecimento, e ainda arque com os custos dessa prova. Existe um desequilíbrio entre as partes que deverá ser sanado no campo processual.¹⁴⁴

Considerar a atividade médica como uma relação de consumo seria sempre um risco para o médico que, além de todos os cuidados e preocupações que são exigidos pela sua profissão, ainda teria que se cercar de provas que demonstrassem que a conduta correta foi adotada. Assim, o presente trabalho está norteado pelo entendimento de que a relação existente entre médico profissional liberal e paciente segue o regime do Código Civil e não o do Código de Defesa do Consumidor.

A relação firmada entre médico e paciente não se caracteriza como relação de consumo, até mesmo porque o médico não está obrigado a um resultado positivo. Além disso, a responsabilidade do médico nunca será objetiva, sendo sempre necessária uma análise a respeito da culpa.

O Código de Ética Médica, no capítulo I, que trata dos Princípios Fundamentais, preceitua “XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.”¹⁴⁵

Logo em uma primeira análise percebe-se que os médicos não admitem que a sua atividade seja regida pelas normas consumeristas.

O Código de Defesa do Consumidor excluiu os profissionais liberais do âmbito da responsabilidade objetiva. Contudo, admite a inversão do ônus da prova e, no que se refere à atividade do médico como prestador de serviço, ele só estaria livre do dever de indenizar caso comprovasse que houve caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou alguma outra causa para qual ele não tenha contribuído, afastando o nexo causal entre a sua conduta e o evento danoso. O profissional liberal só se eximirá da responsabilidade caso demonstre de maneira cabal a ocorrência de um desses fatores.¹⁴⁶

Por tais razões, é um equívoco que em demandas indenizatórias contra médicos seja autorizada a inversão do ônus da prova, o que se faz com respaldo no Código

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. P. 351.

¹⁴⁵ BRASIL. Resolução CFM nº 1.897/2009 de 6 maio de 2009. Código de ética médica. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocódigo/processo_1.asp>. Acesso em 28 maio 2014.

¹⁴⁶ KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 151.

de Defesa do Consumidor. Miguel Kfourri afirma que essa inversão é vedada por lei, no que se refere aos profissionais liberais, e também porque a responsabilidade do médico já estava disciplinada desde o Código Civil de 1916, no art.1545, que condicionava a reparação dos danos pela atividade exercida pelo profissional, com base na análise de existência ou não da culpa.¹⁴⁷

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor de maneira indiscriminada acaba por fragilizar o próprio instituto. Não se pode admitir que o médico esteja sujeito a aplicação da norma consumerista, pois isso torna a sua profissão muito mais delicada de ser exercida. Para se resguardar, a única conduta que pode ser exigida do médico é que ele haja sempre com a máxima cautela e bastante atenção com o seu paciente.

3.3. ÔNUS DA PROVA

A distinção entre as obrigações de meio e resultado e a definição a respeito das normas aplicáveis ao profissional que exerce a medicina são de fundamental importância para determinar a quem caberá o ônus da prova. É sabido que, no ordenamento brasileiro, a regra é a responsabilidade subjetiva, sendo necessária a prova da culpa para que se configure a responsabilidade.

O que distingue as duas modalidades de obrigações são os efeitos decorrentes do seu inadimplemento.

Na obrigação de meio, em que o devedor não se compromete a alcançar um resultado previamente determinado, o inadimplemento só vai caracterizar a responsabilidade do profissional se a vítima demonstrar a negligência ou imperícia na sua conduta. Já na obrigação de resultado, em que o objetivo final é o motivo do acordo entre as partes, o devedor só vai se exonerar de responder pelo inadimplemento caso consiga provar algum fato inevitável, como o rompimento do

¹⁴⁷ KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 151.

nexo de causalidade em razão de caso fortuito ou força maior, ou a culpa exclusiva da vítima.¹⁴⁸

É de extrema relevância esclarecer se a obrigação do médico é de meio ou de resultado, justamente para que seja definido a quem cabe o ônus da prova se o resultado desejado não foi obtido.

Supondo que a obrigação do médico seja de resultado, caso o diagnóstico não seja alcançado ao final do tratamento, ficará caracterizado o inadimplemento contratual e esse profissional deve responder civilmente, a não ser que demonstre culpa exclusiva da vítima ou rompimento do nexo de causalidade.

Importante mencionar caso do Resp 1.180.815-MG, julgado em 19 de Agosto de 2010, pelo STJ, em que a recorrida se submeteu a procedimento estético e alega ter sofrido dano moral, em razão de lesões proliferativas formadas por tecidos de cicatrização no local em que foram feitos os cortes para realização do procedimento. A sentença de primeiro grau tinha julgado a ação parcialmente procedente, condenando o médico cirurgião ao pagamento de indenização por danos morais e custeio de cirurgia plástica para reparar as cicatrizes, uma vez que ele foi o causador das lesões sofridas pela parte autora.

No presente caso, o TJ deu provimento à apelação interposta pelo médico, sob o fundamento de que, embora a cirurgia estética seja uma obrigação de resultado, considera-se que os efeitos causados na pele da paciente decorreram de caso fortuito, pois as consequências eram inevitáveis.

A paciente, insatisfeita com a decisão do Tribunal de Justiça, interpôs Recurso Especial, sob a alegação de que a decisão merecia reforma em virtude de não poder se amparar em uma excludente de ilicitude. Alegou ainda que os atos praticados em seu corpo tinham cunho meramente estético e, nesse caso, não caberia discussão a respeito da existência ou não de ato ilícito, pois a responsabilidade seria objetiva.

A Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, declarou que, mesmo que o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência seja no sentido de que cirurgias estéticas possuem obrigação de resultado, a responsabilidade do médico não passa a ser objetiva. Então, a responsabilidade do médico permanece subjetiva,

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 2: Teoria Geral das Obrigações. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

mas ele terá o ônus de demonstrar que o dano ocorreu por razões alheias a sua atuação, a exemplo do caso fortuito.¹⁴⁹

Porém, se for admitida que a obrigação do médico é de meio, o seu dever é apenas de empregar a melhor técnica científica que esteja ao seu alcance, agindo com prudência e cuidado. Nesse caso, o médico não está se comprometendo a alcançar o objetivo pretendido e caberá ao paciente demonstrar que existiu culpa.

Não merece prosperar o entendimento da Ministra de que a obrigação do médico em casos de cirurgia estética será obrigação de resultado, pois nenhum tipo de tratamento médico está livre de riscos. A cirurgia estética ainda possui o agravante de ser realizada em pessoa que não sofre de nenhuma doença.¹⁵⁰

Desta forma, o médico que atua na área das cirurgias estéticas não exerce uma atividade que seja tão diferente das demais especialidades desenvolvidas na medicina.¹⁵¹

Essa segunda corrente, contrária a adotada pela Ministra Nancy Andrighi, é capitaneada pelo Ministro Ruy Rosado, que tem o posicionamento de que nas hipóteses de cirurgias estéticas a obrigação pactuada também será de meio, em razão de a álea estar presente em qualquer intervenção cirúrgica, pois o corpo humano é imprevisível.¹⁵²

Quando a obrigação é de resultado, a não obtenção deste gera uma responsabilidade subjetiva com culpa presumida. Enquanto na obrigação de meio aquele que alega o inadimplemento tem que provar a culpa do agente. Desta diferenciação surge a dificuldade em provar a responsabilidade do médico.

Sendo a obrigação de meio, até mesmo no caso de cirurgias estéticas, conforme se acredita, o ônus de provar a existência da culpa continua sendo do paciente.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.180.815-MG. Recorrente: Fernanda de Souza Panta. Recorrido: Carlos Fernando Hudson Nascimento. Relator: Min. Nancy Andrighi. Minas Gerais; DJ 19 agosto 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15932146/recurso-especial-resp-1180815-mg-2010-0025531-0/inteiro-teor-16827834>> Acesso em 14 maio 2014.

¹⁵⁰ FERRAZ, Edmundo Machado; NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Erro médico, complicação e prática não-médica – por uma classificação da responsabilidade do profissional de saúde. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 835, maio de 2005. P.47.

¹⁵¹ KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 151.

¹⁵² CRUZ, Gisela Sampaio da. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações. Estudos na perspectiva civil – constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 172.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO ERRO DE DIAGNÓSTICO

Os conceitos da responsabilidade civil são dinâmicos e estão em constante evolução. A partir do que foi abordado é possível tratar da responsabilidade civil do profissional liberal, mais especificamente da responsabilidade civil do médico pelo erro de diagnóstico.

O exercício da medicina é atividade que se sujeita a risco. Muitas vezes o médico tem pouco tempo para tomar uma decisão que poderá mudar a vida do seu paciente. Caso surjam indícios de má prestação do serviço, será possível apuração da responsabilidade.¹⁵³

De acordo com Genival Veloso de França, alguns requisitos são essenciais para caracterizar a responsabilidade médica:

1. O *autor*. É necessário que o profissional esteja habilitado legalmente no exercício da medicina; se não, além da responsabilidade, será punido por exercício ilegal da medicina, curandeirismo ou charlatanismo.
2. O *ato*. Deverá ser o resultado danoso de um ato lícito; pois, do contrário, tratar-se-á de uma infração delituosa mais grave, como, por exemplo, o aborto criminoso ou a eutanásia.
3. A *culpa*. Consiste na ausência do dolo, ou seja, que o autor tenha produzido dano sem a intenção de prejudicar: por negligência, imprudência ou imperícia.
Os elementos essenciais da culpa são: previsibilidade de dano, ato voluntário inicial, ausência de previsão e voluntária omissão ou negligência.
4. O *dano*. Sem a existência de um dano real, efetivo e concreto, não existe responsabilidade. Esse elemento objetivo, relativamente fácil de se estabelecer, é condição indispensável.
A determinação concreta do dano, além de indispensável em relação à responsabilidade, pode estabelecer o grau da pena ou da indenização.
5. O *nexo causal*. É a relação entre a causa e o efeito, um elo entre o ato e o dano. Quando o ato é praticado lícitamente, com moderação e atenção devida, o resultado danoso pode ser considerado acidente.¹⁵⁴

O referido autor resume em poucas palavras os elementos indispensáveis para determinar os casos em que o médico deverá indenizar o seu paciente em virtude de um possível erro que ocorra na identificação do diagnóstico. Note-se que os elementos mencionados são cumulativos.

O Código de Ética Médica, no capítulo I, referente aos Princípios Fundamentais, no inciso XIX, traz a seguinte abordagem: “O médico se responsabilizará, em caráter

¹⁵³ RIBEIRO, João Bosco Araújo. Excludentes de Responsabilidade Civil do Profissional Médico. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Editora Consulex, n. 390, 2013. P. 34.

¹⁵⁴ FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. 11 ed. Rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 251.

peçoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência”.¹⁵⁵

O vínculo existente entre médico e paciente envolve deveres e direitos que devem ser observados. É uma relação pautada na certeza do paciente de que escolheu um bom profissional para tratar da sua saúde. O médico, por sua vez, deve corresponder a essa expectativa, sempre transmitindo ao paciente informações verídicas e agindo com toda cautela que o caso exija.

A relação entre médico e paciente sofreu diversas mudanças nas últimas décadas, em virtude da massificação das relações humanas, conforme preceitua Eugênio Kruschewsky. Médico e paciente, que já tiveram laços de confiança e amizade, cada vez mais, têm encarado essa vinculação apenas como uma prestação de serviços, o que está influenciando o grande aumento no judiciário brasileiro de causas pleiteando indenização por suposto erro médico.¹⁵⁶

O Código Civil Brasileiro de 1916 já tratava da responsabilidade civil do médico, no art.1545, afirmando que “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”.¹⁵⁷

Assim, fica evidente que o Código Civil de 1916 previa a responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal, ou seja, reconhecia a necessidade de reparar o dano sempre que a conduta descuidada trouxesse prejuízo ao paciente.

Hoje, ainda prevalece o entendimento de que a responsabilidade civil decorrente de atividade profissional é subjetiva, de acordo com o que estabelece o art.951, do CC de 2002.

A responsabilidade civil do médico assume então, de acordo com o Código Civil, a perspectiva da responsabilidade civil tradicional e ocorrerá quando o médico, agindo

¹⁵⁵ BRASIL. Resolução CFM nº 1.897/2009 de 6 maio de 2009. Código de ética médica. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/processo_1.asp>. Acesso em 16 nov. 2013.

¹⁵⁶ KRUSCHEWSKY, Eduardo. Por uma nova responsabilidade Civil na área de saúde: uma crítica ao regime reservado às atividades com células-tronco. Teses da Faculdade Baiana de Direito. Salvador, v.2, 2010, p.185 *et seq.*

¹⁵⁷ BRASIL. Lei 3.071, de 01 de Janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em 01 abr. 2014.

ou se omitindo culposamente, causar danos ao seu paciente, que serão indenizáveis se existir nexo causal entre o dano e a conduta culposa.¹⁵⁸

Mostra-se bastante razoável o entendimento de que a responsabilidade do médico seja subjetiva. Seria incoerente admitir que um profissional habilitado para o exercício da profissão respondesse com culpa presumida por um eventual erro cometido.

O médico que apresenta ao seu paciente um diagnóstico errado poderá ser responsabilizado, desde que o ofendido sofra danos, que podem ser de ordem moral ou material, e desde que o paciente consiga comprovar a culpa do profissional.

4.1. NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO MÉDICO PARA IDENTIFICAÇÃO DO DIAGNÓSTICO

Segundo os preceitos de Miguel Kfoury Neto, a obrigação assumida pelo médico, antes de tudo, é obrigação de fazer, em regra infungível. Assim, é presumida a realização da atividade por parte do devedor, com dispêndio de energia laboral, material ou intelectual, em favor do seu credor que, neste caso, é o paciente. Ainda conforme entendimento do referido autor a atividade praticada “implica diagnóstico, prognóstico e tratamento: examinar, prescrever, intervir, aconselhar”.¹⁵⁹

A definição trazida por Miguel Kfoury Neto, ao dizer que a obrigação assumida pelo médico é infungível, confirma o vínculo de confiança existente nessa relação. É o mesmo que dizer que aquele profissional é insubstituível, ou seja, que o paciente acredita nele especificamente para apontar o seu diagnóstico e indicar o tratamento a ser seguido.

A relação médico paciente, em regra, também pode ser entendida como de “natureza contratual, de caráter personalíssimo e de execução continuada, sinalagmática e onerosa”.¹⁶⁰

¹⁵⁸ BRAGA NETTO, Felipe P.. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2008, P.79.

¹⁵⁹ KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P.226.

¹⁶⁰ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 29.

Sendo assim, a obrigação assumida pelo médico deve ser prestada pessoalmente por ele, não podendo, em geral, ser substituído. O paciente contrata os serviços daquele profissional. Além disso, pressupõe o pagamento de um preço e é uma relação que envolve direitos e deveres recíprocos.

Muito já se discutiu a respeito da obrigação do médico ser de meio ou de resultado, no que se refere à obtenção do diagnóstico. No caso da obrigação de meio se entende que cabe ao profissional usar de todos os recursos e formas disponíveis, mas, caso o diagnóstico correto não venha a ser alcançado, se não houver culpa do profissional, nenhuma cobrança poderá ser feita. Já a obrigação de resultado possui uma finalidade, ou seja, se o objetivo pretendido não for alcançado o devedor deverá arcar com o ônus.

Sabe-se que a atividade de análise desempenhada pelo médico para descobrir o diagnóstico é uma obrigação de meio e não de resultado. Tem prevalecido a ideia de que cabe ao profissional agir com diligência e fornecer todos os cuidados necessários ao seu paciente e, mesmo não chegando a um diagnóstico correto, não será responsabilizado se tiver utilizado de todos os recursos que estavam ao seu alcance.¹⁶¹

Nas obrigações de resultado, quando o credor demonstra um contrato válido, em que o efeito pretendido não foi alcançado, cabe ao devedor provar a ausência de culpa para que esteja livre da obrigação de reparar o dano. Por outro lado, nas obrigações de meio o devedor, no caso o médico, se compromete a agir com toda diligência necessária, mas, se o resultado não for alcançado, não ocorrerá nenhum descumprimento ao compromisso assumido. Caberá ao credor demonstrar a culpa do devedor e a existência da lesão.¹⁶²

Caberia ao paciente demonstrar, por exemplo, que o médico foi descuidado e não deu a devida importância ao diagnosticar a sua doença, o que acabou resultando em danos, com a possível indicação de um tratamento errado.

Não é possível exigir que o médico consiga chegar ao diagnóstico correto de todos os pacientes que buscam a sua ajuda. Não é algo que pareça razoável de ser

¹⁶¹ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 11 ed. Rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.266.

¹⁶² TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 296.

determinado, em razão da complexidade que certos sintomas apresentam. Contudo, é evidente que essa é uma profissão que demanda maior responsabilidade, que lida com a vida das pessoas. O que se pode exigir é que o médico empregue todo o conhecimento necessário e dê o melhor de si, descobrindo o diagnóstico certo, e a tempo de indicar o tratamento que entenda melhor se aplicar ao caso.

Silvio Rodrigues afirma que a responsabilidade do médico é contratual e esse entendimento, nos dias atuais, se mostra pacífico. Entender que a responsabilidade médica é contratual foi uma grande conquista. Quando o paciente busca o médico, este tem o dever de prestar todos os cuidados necessários, mas não haverá inadimplemento contratual se o diagnóstico correto não foi alcançado a tempo, por exemplo.¹⁶³

O contrato firmado entre médico e paciente possui forma livre, é um contrato verbal. Na verdade, as partes, de forma livre, fazem um acordo de vontades em que ambas se comprometem a direitos e obrigações.

É possível que o médico incorra na hipótese de responsabilidade extracontratual quando tiver que prestar assistência a “uma pessoa impossibilitada de emitir expressão de vontade, ou alguém que não possa validamente contratar”.¹⁶⁴

Da mesma forma, Eugênio Kruschewsky demonstra que não é possível exigir que o médico chegue ao diagnóstico correto e, com isso, obtenha a cura do seu paciente, mas apenas que empregue todos os meios que estiverem ao seu alcance, com base nos preceitos científicos existentes no momento em que ocorrer o atendimento.¹⁶⁵

Importante destacar ainda que o médico só pode empregar os meios que estiverem ao seu alcance. No Brasil, é de conhecimento geral que diversos médicos trabalham em locais sem aparelhos ou medicamentos que seriam necessários para realização do tratamento devido. Nesses casos, o profissional está em situação de impotência e não poderá ser responsabilizado na hipótese de falta de materiais ou aparatos necessários para identificação do diagnóstico correto ou do procedimento certo a ser utilizado.

¹⁶³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, volume 4, responsabilidade civil**. 18 Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 250.

¹⁶⁴ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Introgenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P.32.

¹⁶⁵ KRUSCHEWSKY, Eduardo. Por uma nova responsabilidade Civil na área de saúde: uma crítica ao regime reservado às atividades com células-tronco. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador, v.2, 2010, p.185 *et seq.*

Nesse sentido, dispõe julgamento de Apelação Cível nº. 2004.0001.20561, realizada pelo TJ do Rio de Janeiro, em 06/10/2004. Veja-se:

Os serviços médicos prestados constituem atividade de meio e não de resultado. Desta forma, obriga o profissional apenas a propiciar o melhor serviço ao seu alcance, fazendo tudo para cumprir aquilo a que se propôs, já que inexistente a obrigação de curar o paciente, somente há o compromisso de fornecer um tratamento condigno, proporcionando-lhe a reação que deseja.¹⁶⁶

O médico não deve ser responsabilizado por não alcançar o objetivo pretendido. É necessário perceber ainda que, caso tenha havido algum erro durante o procedimento de investigação do diagnóstico, a análise da culpa (imprudência, negligência ou imperícia) será imprescindível.

É necessário observar com atenção a maneira como o resultado foi pactuado entre médico e paciente. O correto é que as decisões sejam tomadas de acordo com as especificidades de cada caso concreto.

4.2. O ERRO MÉDICO

A atividade desenvolvida pelo médico pode causar danos que afetem de forma grave a vida do seu paciente.

Genival Veloso de França aborda o conceito de erro médico nos seguintes termos:

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.¹⁶⁷

Para o conceito abordado acima, o erro de diagnóstico decorre de uma conduta descuidada por parte do médico que pode ter agido sem dar a devida importância aos deveres que compõem a relação.

Diagnosticar é o mesmo que confiar na capacidade subjetiva do médico em decifrar, conforme os sintomas, indícios e exames apresentados, o estado de saúde do seu

¹⁶⁶ Des. Claudio de Mello Tavares - Julgamento: 06/10/2004 - Décima primeira câmara cível. TJRJ 2004.001.20561. Apelação cível

¹⁶⁷ FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. 11 ed. Rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 87.

paciente. A partir dessa identificação, será dever do médico a escolha do tratamento e a obtenção do melhor resultado realizável, sendo possível o requerimento de novos exames, quando necessário.¹⁶⁸

Já um segundo entendimento preceitua que o diagnóstico é um juízo de equilíbrio a respeito da situação da saúde de um determinado organismo, a partir de diversas análises, exames e interpretações a serem realizados.¹⁶⁹

Sylvia Vendramini e Wagner Inácio não tratam do erro de diagnóstico com a necessidade de existência de imperícia, negligência ou imprudência. De forma contrária, alegam que não se pode exigir o constante acerto do médico na identificação do problema apresentado pelo paciente, tendo em vista que a própria ciência médica não foi capaz de determinar todos os efeitos e sintomas existentes em todas as doenças.

Adiante, afirmam ainda que algumas doenças se manifestam de forma diversa ou até mesmo disfarçada, chegando a apresentar sintomas de outras, o que pode acontecer em virtude do organismo de cada paciente. Como exemplo, menciona a apendicite aguda, que possui sintomas parecidos aos da infecção urinária ou a malária, que possui reações semelhantes a febre amarela e a febre tifóide.¹⁷⁰

O diagnóstico consiste na identificação das doenças de acordo com os sintomas apresentados. É procedimento de fundamental importância na atividade desenvolvida pelo médico e a partir dele o profissional deve definir o processo a ser adotado, como a prescrição de remédios, o tratamento que deve ser utilizado, os exames a serem pedidos e tudo mais que se mostrar necessário para chegar até a cura.¹⁷¹

O médico pode alcançar o diagnóstico mediante uma simples verificação dos sintomas e, em casos mais complexos, através de diversos exames que podem ser solicitados. Em caso de dúvida, entende-se que é obrigação do médico pedir ao seu

¹⁶⁸ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Introgenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 58.

¹⁶⁹ VENDRAMINI, Sylvia Maria Machado; DIAS, Wagner Inácio Freitas. *A Responsabilidade Médica: um cotejo legal, jurisprudencial e doutrinário acerca da teoria da culpa*. Viçosa: UFV, 2002. P.104.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 105.

¹⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea*. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P.296.

paciente que realize novos exames e até mesmo que consulte a opinião de outro profissional.

É certo que em casos mais graves e que requeiram uma análise mais apurada, o médico deve cercar-se de todos os cuidados necessários para que o diagnóstico oferecido ao seu paciente esteja livre de dúvidas.

Em sentido contrário, quando se tratar de um diagnóstico mais “fácil”, em que o médico não conseguiu chegar a conclusão esperada, será necessário observar se existiu erro grave na sua conduta. O julgador, ao fazer a análise da culpa, deve questionar se esse erro também seria facilmente cometido por outros médicos habilitados.

Seguindo a linha de raciocínio a respeito da análise do diagnóstico, Miguel Kfouri Neto defende que o médico pode enfrentar dúvidas em razão da quantidade de alternativas possíveis e indícios presentes no caso a ser tratado. Pode ocorrer, inclusive, de as queixas do paciente levarem-no a uma conclusão que não seja a verdadeira. Por tais razões, o erro de diagnóstico, a princípio seria escusável.¹⁷²

Visando alcançar um diagnóstico seguro, a ciência estabelece uma rotina de investigação que permite reduzir a chance de ocorrerem erros de diagnóstico. Agindo com precaução e de forma diligente, monitorando as reações do paciente, o médico resguarda a ambos. Porém, caso seja descuidado com os preceitos da ciência médica o médico torna sua atuação culpável, dando margem a ocorrência de erros e a sua responsabilização.¹⁷³

Conclui-se que em caso de erro grosseiro o médico será responsabilizado, até mesmo por não existir defesa plausível que seja capaz de justificar a sua conduta descuidada e desatenta, mas é importante destacar que esta não é a única razão para que o erro seja configurado.

Sendo assim, o erro médico pode existir quando todos os sintomas e o próprio corpo do paciente apontam para um diagnóstico que parece ser o verdadeiro, mas na realidade não é.

¹⁷² KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P.121.

¹⁷³ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Introgenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 59.

Será imprescindível observar se o médico foi atento, diligente e tentou investigar os sintomas de todas as formas que lhe eram possíveis. Importante destacar que o médico não poderá ser responsabilizado quando faltarem a ele materiais ou aparelhos necessários ao exercício da sua profissão.

4.2.1. Necessidade da demonstração da culpa para configurar a responsabilidade

Maria Helena Diniz tem o entendimento consolidado no sentido de que não deve haver a presunção de culpa quando se tratar de condenação do médico. Caberá a ele, porém, demonstrar que foi diligente e não agiu com imprudência, negligência ou imperícia, utilizando de todos os meios que tinha para chegar ao diagnóstico.¹⁷⁴

Doutrina e jurisprudência entendem que não cabe aos tribunais verificar se o médico seguiu ou não as regras determinadas pela sua profissão, mas apenas analisar se agiu com culpa notória, que seria o erro grosseiro.¹⁷⁵

O entendimento parece acertado, em razão de os profissionais da área jurídica não possuírem o conhecimento técnico necessário para avaliar se o médico agiu de acordo com os preceitos básicos e fundamentais para sua profissão.

Passando para uma análise casuística é possível citar a apelação cível n. 0166240-25.2004.8.05.0001, julgada pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Neste caso, a paciente ingressou com ação indenizatória contra o seu médico alegando que sentia dores no joelho esquerdo, oportunidade em que buscou ajuda do ortopedista. Após realizar diversos exames o médico definiu o diagnóstico e recomendou a paciente que realizasse cirurgia de artroscopia, garantindo que o procedimento era simples. Ocorre que a paciente contraiu uma lesão grave no joelho, o que resultou na invalidez total do membro esquerdo.

O juiz de primeiro grau julgou a ação improcedente e baseou toda a sua análise nas informações e provas trazidas aos autos através dos peritos, concluindo pela

¹⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. Ed.25. São Paulo: Saraiva, 2011. P.330 *et seq.*

¹⁷⁵ DIAS, Jose de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 11 ed. Atualizada de acordocomo Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 335.

improcedência da ação. A mesma linha de pensamento seguiu a relatora, que manteve a sentença. Abaixo trecho do seu voto:

Na hipótese, a prova pericial produzida foi categórica ao concluir que não existiu falha na realização da artroscopia do joelho esquerdo da Apelante e que a lesão que lhe acomete pode ter iniciado antes do procedimento cirúrgico e se manifestado, ou se intensificado, após o mesmo.

Portanto, não há como atribuir ao Apelado a responsabilidade pela reparação civil almejada pela Apelante, vez que ausente a demonstração de culpa e do nexo entre a sua ação e o resultado danoso descrito na exordial, requisitos essenciais ao reconhecimento do dever de indenizar, como já explicitado.¹⁷⁶

O magistrado e a relatora do caso se eximiram de uma análise a respeito dos procedimentos técnicos, baseando a decisão nas provas trazidas aos autos pelas partes, além dos quesitos e relatórios apresentados pelo perito. A relatora também deixou claro que para responsabilizar o médico era imprescindível a configuração da culpa ou da comprovação do nexo causal entre o evento danoso e a conduta culposa do agente.

Não se exige que o médico não falhe, mas que haja com cautela e em observância aos deveres de cuidado impostos a sua profissão. O Código de Ética Médica, ainda no Capítulo I, que trata dos Princípios Fundamentais, no inciso II, afirma que a finalidade da atividade do médico é a saúde e bem estar do ser humano. Esse é o motivo pelo qual esse profissional deve sempre agir com empenho, dando sempre o melhor da sua capacidade técnica.¹⁷⁷

Sergio Cavalieri Filho aponta um Relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS), divulgado em 21/07/2011, que aborda dados a respeito da quantidade de pessoas que morrem por ano em virtude de erro médico e infecções hospitalares. São milhões de pessoas nessas circunstâncias. Conclui ainda que ir para o hospital pode ser mais arriscado do que viajar de avião.¹⁷⁸

Ainda conceituando a responsabilidade civil do médico, faz-se importante a distinção entre culpa e erro profissional. Veja-se:

¹⁷⁶ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível n. 0166240-25.2004.8.05.0001, Terceira Câmara Cível. Apelante: Cleonice Rodrigues Andrade. Apelado: Roberto Aleluia Costa. Relatora: Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi. DJ 22 jan. 2013. Disponível em <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=83356>> Acesso em 22 maio 2014.

¹⁷⁷ BRASIL. Resolução CFM nº 1.897/2009 de 6 maio de 2009. Código de ética médica. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/processo_1.asp>. Acesso em 16 nov. 2013.

¹⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P.402.

Culpa e erro profissional são coisas distintas. Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto.¹⁷⁹

A culpa decorre da falta de cuidado, enquanto o erro profissional é fruto da conduta do homem médio, ou seja, de um ser humano normal, passível de erros e acertos.

O médico não quer errar. O fundamento da sua profissão é salvar vidas e não causar o mal ou provocar danos a qualquer pessoa. Contudo, é sabido que erros podem existir em razão de inúmeros motivos, como o estresse, desatenção ou até mesmo pelo excesso de confiança.¹⁸⁰

O erro médico é uma forma de agir na qual é possível perceber a existência de uma falha técnica, que causou um dano à saúde ou a vida do paciente. Para configurar a culpa na identificação errada do diagnóstico é necessário observar “as condições do atendimento (local e estado do paciente), a necessidade de ação (risco de vida) e os meios empregados pelo profissional (equipamentos, exames, conhecimento).”¹⁸¹

Nenhum médico pode afirmar que vai diagnosticar corretamente o seu paciente. Contudo, o seu erro pode gerar danos irreversíveis. Por tal motivo, quando houver erro médico, será necessário observar, com cuidado, se o profissional foi diligente e não agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Para prova da culpa será necessário realizar perícia, quando houver questões técnicas a serem discutidas, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO MÉDICO. ÓBITO. ALEGAÇÃO DE ERRO DE DIAGNÓSTICO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. Como regra, a ação indenização com origem em alegação de erro médico requer a produção de prova pericial. Desconstituição da sentença, com retorno dos autos à origem para realização de prova pericial

¹⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P.404.

¹⁸⁰ KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P.241.

¹⁸¹ MOTA, Francisco Paulo Cerqueira. O erro médico. Revista do CEPEJ. Salvador: CEPEJ, n. 6, jul./dez. 1999. P. 87.

e demais atos necessários para o exame da controvérsia. Sentença desconstituída, de ofício. Recursos prejudicados.¹⁸²

Tratando da posição da jurisprudência, Sérgio Cavalieri Filho traz à tona acórdão da 6ª Câmara Civil, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, prolatado no julgamento da Apelação Cível 5.174/92. No julgado em questão, se reconhece que o contrato celebrado entre médico e paciente é de meio, ou seja, a obrigação assumida não é de cura, mas de oferecer toda a proteção necessária. O dever de reparação só deve existir se, através de prova pericial, ficar configurada a culpa no desempenho da profissão.¹⁸³

Esclarece, com fundamento na decisão, que não pode existir uma resposta geral, mas que a responsabilidade deve ser apurada em cada caso, devendo ser levados em conta todos os recursos e informações que o médico tinha à sua disposição. Se, mesmo com todos os recursos, o médico não conseguir concluir pelo diagnóstico correto, será necessário verificar se existia a possibilidade de alcançá-lo.

Seguindo a mesma linha, esclarecem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

De fato, a prestação de serviços médicos não consiste em uma operação matemática, em que o profissional pode afirmar, de forma peremptória, que curará o indivíduo, dada a sua condição, em regra, de obrigação de meio.

Por isso, a prova do elemento anímico (culpa) é tão importante quanto a da conduta humana equivocada, no que diz respeito aos deveres gerais como cidadão e aos específicos da atividade profissional.¹⁸⁴

Para se resguardar, o médico pode preencher o prontuário detalhadamente e relatar todas as ocorrências derivadas do tratamento e da sua conduta.¹⁸⁵

Se verificada a existência de culpa o médico sofrerá as consequências jurídicas e as administrativas, decorrentes da sua entidade fiscalizadora. Porém, para a imposição de qualquer consequência sempre deve ser observado o devido processo legal, com garantia do contraditório e da ampla defesa.¹⁸⁶

¹⁸² Apelação Cível Nº 70045088812, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 12/07/2012

¹⁸³ Apelação Cível Nº 70045088812, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 12/07/2012

¹⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 3, responsabilidade civil. 10 Ed., atual e ampl. São Paulo: Saraiva 2012. P.274.

¹⁸⁵ RIBEIRO, João Bosco Araújo. Excludentes de Responsabilidade Civil do Profissional Médico. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Editora Consulex, n. 390, 2013. P. 35.

¹⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, *loc. cit.*

A responsabilidade médica, mesmo sendo contratual, será subjetiva e depende da prova da culpa. Em razão da importância da atividade exercida, a culpa nunca será presumida.

A prova da culpa não é fácil de ser obtida. Os Tribunais são severos no que tange a sua exigência. A responsabilização do médico só tem sido admitida quando fica comprovado o erro grosseiro no diagnóstico. O juiz deve analisar qual deveria ter sido o comportamento adotado pelo médico. Se o comportamento exigível não foi obedecido, então agiu com culpa. Essa culpa não precisa ser grave, mas apenas restar comprovada.¹⁸⁷

Importante destacar que a dificuldade para o paciente provar a existência da culpa está no fato de não ser conhecedor da medicina e das técnicas a serem utilizadas. Apesar disso, deve descrever especificamente a negligência, imperícia ou imprudência do médico, pois tal requisito é o que fundamenta a reparação que o autor deseja receber, em razão do dano sofrido.¹⁸⁸

A descrição da conduta do médico e a sua análise por parte do julgador deve ser bastante cuidadosa, pois quem possui os conhecimentos técnicos é o médico. Não se pode presumir que o profissional habilitado cometeu erro no exercício da sua profissão.

Da mesma forma entende Silvio Rodrigues ao alegar que, como a obrigação do médico é de meio, o mesmo só será considerado responsável quando existirem provas de que a sua conduta derivou de imprudência, imperícia ou negligência.¹⁸⁹

O entendimento dos tribunais também caminha no mesmo sentido da doutrina. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar a Apelação Cível nº. 214.801-1, em 1994, referente a erro médico chegou a conclusão que:

Indenização – Responsabilidade civil – Dano material e moral – Erro médico – Diagnóstico de uma simples enxaqueca ao invés da hemorragia cerebral que levou o paciente à morte – Inadmissibilidade – Hipótese em que o paciente não apresentava os sintomas assinalados pelas autoras – Atendimento prestado, ademais, perfeitamente adequado à situação do

¹⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 404 *et seq.*

¹⁸⁸ KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P.63.

¹⁸⁹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, volume 4, responsabilidade civil. 18 Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. P.250.

paciente – Compatibilidade entre o diagnóstico e o quadro sintomático –
Sentença mantida – Recurso não provido.¹⁹⁰

Assim, por não ficar comprovada a culpa e pela semelhança entre os sintomas da doença apresentada pelo paciente com a do diagnóstico aferido pelo médico, a responsabilidade não ficou caracterizada e não há dever de indenizar.

Para que se configure a responsabilidade, a prova da culpa pode se dar mediante depoimento de testemunhas, nos casos em que não for necessário o mínimo de conhecimento técnico a respeito da matéria. Ainda assim, é importante que seja considerada a possibilidade de o perito poder dar a sua opinião, tendo em vista que esse seria o caminho de prova mais adequado.¹⁹¹

Já o médico que deseje provar a ausência de culpa deve demonstrar que o dano era imprevisível ou inevitável, o que se aproxima do caso fortuíto, que soma as duas características.¹⁹²

Tentando objetivar a análise da culpa, Hildegard Taggesel Giostri afirma que três questionamentos podem ser realizados para examinar se existiu erro na conduta do médico na análise do diagnóstico. Deve-se questionar se ele utilizou de todos os meios disponíveis e suficientes para o caso, se ele foi diligente, prudente e hábil e, por fim, se adotou todas as precauções necessárias para evitar a ocorrência do dano.¹⁹³

O médico deve sempre se resguardar, informando o seu paciente a respeito dos procedimentos que está adotando ou pretende adotar, solicitando exames quantas vezes achar necessário, requerendo opinião de um segundo profissional, preenchendo o prontuário de forma adequada e tantas outras condutas podem ser adotadas por um profissional diligente.

Ocorre que, mesmo tomando todos os cuidados necessários, o contrato de serviços médicos sempre terá características muito particulares, em virtude de a álea ser um fator bastante influente nessa relação. A fisiologia humana permite que as reações a

¹⁹⁰ Relator: J. Roberto Bedran – Apelação Cível nº 214.8081-1 – Araçatuba – 20/09/94

¹⁹¹ DIAS, Jose de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954. P.5.

¹⁹² KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P.35.

¹⁹³ GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, jan./mar. 2001. P. 106.

determinadas enfermidades ocorram de maneira diferente em cada corpo, o que impede o médico de definir objetivos ou resultados.¹⁹⁴

Assim, com base na teoria da responsabilidade subjetiva, o médico só poderá ser responsabilizado pelo erro de diagnóstico quando houver existência de dano para o paciente, quando existir relação de causalidade entre a lesão e a conduta do profissional, seja ela em razão de ação ou omissão e quando a culpa do médico conseguir ser demonstrada, seja ela em razão de imperícia, imprudência ou negligência.¹⁹⁵

Essa é uma forma de elencar os requisitos necessários para que a conduta do médico seja entendida como culpável. Existe certa dificuldade para o paciente conseguir demonstrar a existência de todos, em razão da sua inabilidade técnica, mas sem a presença de qualquer um dos três não ficará configurada a responsabilidade.

4.2.2. O erro médico escusável

Ao tratar da responsabilidade subjetiva, ou seja, que necessita da demonstração da culpa para se configurar, o médico poderá ficar livre da obrigação de indenizar caso demonstre a ausência da culpa ou a quebra do nexo de causalidade.¹⁹⁶

A identificação do diagnóstico deve ser considerada como procedimento sujeito a regras, em que se investiga o cuidado do profissional ao realizá-lo. É tema complexo e os erros que ocorrem nesse procedimento podem acontecer não por culpa do médico e sim em razão da própria ciência médica, isto é, pela existência de doenças diferentes com sintomas parecidos.¹⁹⁷

¹⁹⁴ DANTAS, Eduardo. A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento. Revista Fórum de Direito Civil. Belo Horizonte: Fórum, n.2, 2012. P. 82.

¹⁹⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, jan./mar. 2001. P. 107.

¹⁹⁶ KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P.35.

¹⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 296.

Assim, sendo perceptível que o profissional, tendo como base todos os sintomas apresentados, tomou todas as providências necessárias em relação à investigação, exames, prescrição de remédios e outras medidas cabíveis, e não agiu com culpa, não poderá ser responsabilizado.

Esse também é a posição adotada pela doutrina e jurisprudência, em que prevalece o entendimento de que apenas o erro grosseiro pode ensejar a responsabilidade culposa.¹⁹⁸

No caso do erro médico em virtude das más condições de atendimento existe dificuldade em caracterizá-lo como imperícia, negligência ou imprudência. Na verdade o erro nem ocorre, pois o médico utiliza todos os recursos que estão ao seu alcance para evitar danos ao seu paciente.¹⁹⁹

Como exemplo é possível citar os plantões médicos que são realizados em hospitais que não possuem serviços básicos para os atendimentos. Mesmo que o médico esteja totalmente empenhado e tome todos os cuidados cabíveis, não será possível prever o resultado. Nesses casos, não pode o profissional ser responsável pelas faltas de condições mínimas para identificação do diagnóstico.²⁰⁰

Além disso, existem as causas excludentes da responsabilidade, que atingem diretamente o nexo de causalidade, conforme preceitua Gustavo Tepedino:

Todas as causas excludentes agem, como é sabido, sobre o nexo de causalidade, rompendo-o, de maneira a evitar a formação do dever de indenizar. Se houver concorrência entre o comportamento do paciente-vítima ou de terceiro e o defeito na prestação do serviço hospitalar não há exclusão da responsabilidade (como a interpretação literal do dispositivo poderia sugerir), mas a sua mitigação, uma vez que o nexo causal persiste no que tange à parcela do dano efetivamente causada pelo defeito.

Quanto à hipótese de caso fortuito ou força maior, embora o Código de Defesa do Consumidor não a inclua, expressamente, como excludente, deve ser considerada como tal, uma vez que a sua ocorrência é capaz de romper o nexo de causalidade entre o acidente e o dano, indispensável à conflagração da responsabilidade.²⁰¹

¹⁹⁸ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 59.

¹⁹⁹ MOTA, Francisco Paulo Cerqueira. O erro médico. *Revista do CEPEJ*. Salvador: CEPEJ, n. 6, jul./dez. 1999.

²⁰⁰ CARVALHO, José Carlos Maldonado de, op. cit., *loc. cit.*

²⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 307.

Nesse caso, existiu um fato que concorreu ou foi superveniente à conduta do médico, não sendo possível imputar a ele total responsabilidade pelo erro ocorrido, pois o líame existente entre a conduta culposa e o resultado danoso é interrompido.

Muito se questiona a respeito de o médico poder responder por erro de diagnóstico. Existem muitas manifestações no sentido de que não seria um erro culposo, desde que o médico não tenha agido com negligência, e que tenha examinado o seu paciente de acordo com técnicas atualizadas e disponíveis para sua área de especialidade.²⁰²

O médico, então, deve buscar instrumentos que estejam ao seu alcance para oferecer o diagnóstico correto e curar seu paciente.

O erro também será escusável quando as circunstâncias do caso concreto levarem a crer que o diagnóstico está correto e, principalmente quando revertido a tempo, sem que cause nenhum prejuízo ao paciente, conforme ocorreu no julgamento da Apelação Civil n. 0139929-89.2007.8.05.0001.

A paciente ingressou com ação indenizatória contra o médico com quem realizou um exame, alegando negligência, imprudência ou imperícia do profissional na análise do seu diagnóstico. O exame realizado pela vítima determinou existência de enfermidade que não foi confirmada em exames complementares. Ocorre que o diagnóstico errado de enfermidade coronária atrasou cirurgia para retirada de tumor a qual a paciente iria se submeter.

O relator, na análise do caso, manteve a improcedência concedida em primeiro grau e utilizou a seguinte argumentação:

Na hipótese fática, a apelante, mulher com mais de 60 (sessenta) anos de idade, obteve resultado positivo para Isquemia do Miocárdio em exame médico realizado no Centro Cardiológico de Salvador – Salvador, avaliado por profissional da própria clínica, Dr. Ary Alves da Silva.

Ao receber o diagnóstico, orientada por seu médico pessoal, Dr. Marcelo Danilo Costa, refez os testes, adicionando novos exames complementares que acabaram por afastar a incidência da doença.

Observa-se que a conduta do médico pessoal da apelante seguiu todas as recomendações feitas pela literatura médica na condução de um diagnóstico seguro e eficaz. Tanto é assim que, às fls. 148, o profissional declara: "... que um teste de esforço positivo aciona uma Cintilografia Miocárdica", evidenciando ser a solicitação de novos exames procedimento

²⁰² FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. 11 ed. Rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 87.

de rotina nas hipóteses de resultado positivos em pacientes do sexo feminino. Esta declaração acaba por isentar de responsabilidade o primeiro apelante, o médico Ary Alves da Silva, ao constatar não ser possível afirmar que o exame de esforço realizado estaria errado, pois o mesmo é um traçado técnico a ser avaliado.²⁰³

Na construção do seu voto o relator justifica que é comum nesse tipo de exame a ocorrência do resultado falso positivo em mulheres que apresentam alguns fatores de risco, a exemplo de idade avançada, tabagismo, obesidade, sedentarismo e hipertensão arterial. Desta forma, o médico que realizou o seu exame e concluiu pelo diagnóstico incorreto foi levado a essa resposta em razão das circunstâncias.

O médico pessoal da paciente, que requereu o exame, teve conduta acertada ao solicitar realização de procedimentos complementares por conta da sua dúvida. Talvez a responsabilidade fosse configurada caso este segundo profissional acatasse o resultado, adiando a cirurgia para retirada de tumor que a paciente necessitava e dando início ao tratamento da enfermidade coronária. Poderia restar configurada a negligência caso o médico se omitisse e não fizesse a solicitação de novos exames para confirmar o diagnóstico, mas não foi o que ocorreu. A sua conduta foi eficiente e cuidadosa.

O diagnóstico, atividade essencial para prática da atividade médica, nada mais é do que uma interpretação. Para chegar até o diagnóstico o médico deve recorrer aos sintomas e sinais apresentados pelo paciente e aos exames.

Para apurar se o erro existiu é necessário verificar se o diagnóstico trazido pelo médico era possível, ou seja, se a interpretação que ele deu aos dados que recolheu for aceitável, admite-se que o seu erro foi escusável. Por via transversa, se a interpretação foi descabida, isto é, se ocorreu um erro grosseiro, não há o que se falar em erro aceitável.

²⁰³ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível n. 0139929-89.2007.8.05.0001. Segunda Câmara Cível. Apelante: Rita Caldas Peixoto. Apelado: Ary Alves da Silva e Salvador Centro Cardiologico de Salvador. Relator: Jatahy Júnior. DJ 18 fev. 2014. Disponível em <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=125629&v1>> Acesso em 22 maio 2014.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu tratar da responsabilidade médica, mais especificamente da responsabilidade assumida por esse profissional em casos de erro de diagnóstico e teve como problema central definir se o médico possui ou não o dever de alcançar um diagnóstico exato.

Mostrou-se indispensável o estudo da responsabilidade civil, os requisitos necessários para sua configuração e as espécies existentes. A análise da responsabilidade parte do pressuposto de que o objetivo maior para existência desse instituto é a necessidade de reparar o dano sofrido pelo agente e, apenas em segundo plano, punir o ofensor.

Além disso, também deve existir a conduta humana livre de vícios, ou seja, o agente deve ter plena consciência da prática dos seus atos, o dano e, por fim, o nexo de causalidade, entendido como o elo entre a conduta praticada e o evento danoso, que pode ser flexibilizado para que o ofendido não fique sem a reparação devida.

O último requisito abordado foi a culpa que, apesar de não ser mais requisito imprescindível para configurar a responsabilidade civil, será essencial para que seja imputado ao médico o dever de reparar. Não se pode partir do pressuposto que o profissional habilitado comete erros em razão de negligência, imprudência ou imperícia.

Posteriormente, o trabalho também fez uma abordagem da responsabilidade do médico sob a ótica do direito das obrigações, visando definir se a atividade por ele prestada é de meio ou de resultado. Praticamente nenhum profissional atuante na área acredita que a sua atividade deva obrigatoriamente alcançar um resultado final, que pode ser a definição de um diagnóstico correto ou o alcance da cura. É evidente que o médico deve utilizar de todos os meios necessários e disponíveis para tentar descobrir o problema do seu paciente, mas a fisiologia humana é muito difícil de ser estudada, não é uma fórmula matemática em que a obtenção do resultado final será certo e inquestionável.

A obrigação que o médico assume com o seu paciente não pode ser entendida como obrigação de resultado, em virtude da álea existente. Deve tratar-se de relação de confiança, baseada na boa-fé e na assunção de deveres recíprocos.

Em razão dessas características, a relação que o médico e paciente firmam deve ser regida pela ótica do Código Civil, que traz dispositivo a respeito da responsabilidade do médico. Não se aplica ao médico profissional liberal as normas do Código de Defesa do Consumidor. Se assim o fosse, a atividade exercida pelo profissional da medicina estaria muito fragilizada. O médico estaria sempre tentando se resguardar de provas ao invés de exercer a sua atividade com a liberdade e prudência que devem existir.

Por fim, o quarto capítulo desenvolve mais especificamente o tema do trabalho, tratando do erro médico, da necessidade de existência da culpa para que tal erro mereça reparação e algumas hipóteses em que o erro médico seria escusável.

Apesar de toda tecnologia e aparatos existentes, conclui-se que o diagnóstico também não é uma obrigação assumida pelo médico. O profissional não poderá se eximir quando cometer um erro grosseiro, quando os sintomas apresentados pelo paciente forem evidentes, por exemplo, ou em caso de dúvida não solicitar exames complementares.

Por outro lado, estará livre da responsabilização quando for diligente e principalmente precavido. O médico que requer a opinião de um segundo profissional, que pede um segundo exame, que preenche os devidos protocolos e prontuários se exime de eventuais dúvidas a respeito da sua conduta e é o que basta para provar a sua inocência.

O juiz é leigo no que tange aos conhecimentos técnicos específicos para análise dos procedimentos que o médico resolveu adotar. A sua análise será baseada nas provas apresentadas pelo ofendido, nos laudos do perito e na conduta adotada pelo médico, no que se refere aos deveres de informação, atenção e cautela com o seu paciente.

Por tais razões a prova da culpa é muito difícil quando se trata da conduta do médico, sendo quase uma prova diabólica. Conforme os casos apresentados em jurisprudência nesta pesquisa, os juízes de primeiro grau costumam julgar as ações improcedentes e os tribunais mantém a decisão, no caso de eventual recurso, pela dificuldade de comprovação da conduta culposa.

O diagnóstico não pode ser entendido como uma obrigação relacionada a profissão, pelos sintomas parecidos de algumas doenças e pelas diferentes formas que uma doença pode manifestar a depender de cada pessoa.

É óbvio que o desejo do médico não é falhar no exercício da sua atividade e sim cumprir o seu dever com o maior zelo e empenho possível, curando enfermidades e salvando vidas. Contudo, carrega a grande responsabilidade de a sua profissão interferir diretamente no bem mais precioso da vida de uma pessoa, que é a saúde.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 375, set./out. 2004.

ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. A responsabilidade civil do médico – O médico perante o Código de Defesa do Consumidor. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais n.40, out./dez. 2009.

BRAGA NETTO, Felipe P.. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Culpa na Responsabilidade Civil. Estrutura e Função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Introgenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil: Lições**. 5 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSAC, Ognev M. Responsabilidade Médica. O que é exato e o que é humano. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Editora Consulex, n. 390, 2013.

CRUZ, Gisela Sampaio da. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações. Estudos na perspectiva civil – constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DANTAS, Eduardo. A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento. **Revista Fórum de Direito Civil**. Belo Horizonte: Fórum, n.2, 2012.

DIAS, Jose de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

DIAS, Jose de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; RONSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 2. Obrigações**. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FERRAZ, Edmundo Machado; NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Erro médico, complicação e prática não-médica – por uma classificação da responsabilidade do profissional de saúde. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 835, maio de 2005.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 11 ed. Rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3, responsabilidade civil**. 10 ed., atual e ampl. São Paulo: Saraiva 2012.

GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, jan./mar. 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 2: Teoria Geral das Obrigações**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizado por Edvaldo Brito. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KRUSCHEWSKY, Eduardo. Por uma nova responsabilidade Civil na área de saúde: uma crítica ao regime reservado às atividades com células-tronco. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador, v.2, 2010.

MARANHÃO, Ney Stany Morais Maranhão. **Responsabilidade Civil Objetiva pelo Risco da Atividade**. Uma Perspectiva Civil-Constitucional. São Paulo: Método, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTA, Francisco Paulo Cerqueira. O erro médico. **Revista do CEPEJ**. Salvador: CEPEJ, n. 6, jul./dez. 1999.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RIBEIRO, João Bosco Araújo. Excludentes de Responsabilidade Civil do Profissional Médico. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, n. 390, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, volume 4, responsabilidade civil**. 18 Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSENVALD, Nelson. Obrigações de meio, de resultado e de garantia. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINGS, Fernando Rodrigues (Coord.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa do direito brasileiro**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, abr./jun. 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5 Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo I**. 9 Ed. Rev., atual e reformulada com comentários do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Nexo de Causalidade: conceito, teorias e aplicação na jurisprudência brasileira. *In*: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; Rocha, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade Civil Contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *In*: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VALLER, WLADIMIR. **A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: E. V. Editora Ltda, 1995.

VENDRAMINI, Sylvia Maria Machado; DIAS, Wagner Inácio Freitas. **A Responsabilidade Médica**: um cotejo legal, jurisprudencial e doutrinário acerca da teoria da culpa. Viçosa: UFV, 2002.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível n. 0139929-89.2007.8.05.0001. Segunda Câmara Cível. Apelante: Rita Caldas Peixoto. Apelado: Ary Alves da Silva e Salvacor Centro Cardiologico de Salvador. Relator: Jatahy Júnior. DJ 18 fev. 2014. Disponível em <http://esaj.tjba.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=125629&v1> Acesso em 22 maio 2014.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível n. 0166240-25.2004.8.05.0001, Terceira Câmara Cível. Apelante: Cleonice Rodrigues Andrade. Apelado: Roberto Aleluia Costa. Relatora: Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi. DJ 22 jan. 2013. Disponível em <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=83356>> Acesso em 22 maio 2014.

BRASIL. **Lei 3.071**, de 01 de Janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em 01 abr. 2014.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 16 nov. 2013.

BRASIL. **Lei 8.078**, de 11 de Setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 16 nov. 2013.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.897/2009** de 6 maio de 2009. Código de ética médica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/processo_1.asp>. Acesso em 16 nov. 2013 e 28 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=106503>. Acesso em 18 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 204786. Recorrente: Comercial e exportadora arco íris LTDA. Recorrido: Banco do Brasil S/A. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. São Paulo, DJ 08 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199900159934&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em 18 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.180.815-MG. Recorrente: Fernanda de Souza Panta. Recorrido: Carlos Fernando Hudson Nascimento. Relator: Min. Nancy Andrighi. Minas Gerais; DJ 19 agosto 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15932146/recurso-especial-resp-1180815-mg-2010-0025531-0/inteiro-teor-16827834>> Acesso em 14 maio 2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2004.0001.20561, Décima Primeira Câmara Cível. Desembargador Claudio de

Melo Tavares. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>> Acesso em 18 nov. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70008482846. Nona Câmara Cível. Relator Luís Augusto Coelho Braga. Julgado em 22/06/2005. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70008482846>> Acesso em 18 nov. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70045088812. Décima Câmara Cível. Relator Marcelo Cezar Muller. Julgado em 12/07/2012. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70045088812>> Acesso em 18 nov. 2013.

São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 214.8081-1. Relator: J. Roberto Bedran. Julgado em 20/09/1994. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em 18 nov. 2013.