

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO
DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO DAS FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE -
SP

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

ELEN CARLA MAZZO TRINDADE

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO DAS FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE -
SP

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

ELEN CARLA MAZZO TRINDADE

Monografia apresentada como requisito parcial para a Conclusão de Curso e obtenção do grau de Especialista em Direito Civil e Processo Civil, sob orientação do Prof. Ms. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Especialista em Direito Civil e Processo Civil.

Prof. Ms. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

Examinador (a)

Examinador (a)

Dedico este trabalho aos meus pais,
que estão sempre me incentivando a
aprimorar meus conhecimentos.

Ao professor Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, meu orientador, que tão gentilmente aceitou o meu convite e muito colaborou para a realização da presente obra.

A todos os meus professores, tanto da graduação quanto da pós-graduação que me estimularam para o aprendizado e que tanto incentivaram as pesquisas científicas.

Àqueles que auxiliaram na elaboração deste trabalho, como o pessoal da Biblioteca Visconde de São Leopoldo que sempre me ajudou com paciência e dedicação nas pesquisas que necessitei.

Agradeço, ainda, a todos que, de certa forma, contribuíram para a minha formação intelectual.

“A morte está sempre
de tocaia ao menor descuido
no procedimento médico”.

Irany Novah Moraes

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise da responsabilidade civil do médico, partindo de conceitos gerais da responsabilidade civil. Revelou-se conceitos básicos e aspectos mais relevantes que envolvem o tema. Nesse sentido, apresentou-se o conceito, as espécies, os elementos e também as excludentes da responsabilidade civil, para a partir dessa breve análise, conjuntamente com a argumentação dedutiva, desenvolver o estudo da responsabilidade civil dos médicos. Utilizou-se, ainda do enfoque dedutivo para caracterizar a culpa no ofício do médico em evento danoso. O método histórico destaca para verificar a evolução e desenvolvimento da responsabilidade civil. Estudou-se, de maneira ampla, a responsabilidade civil na atividade médica, englobando o erro, o dano, a culpa médica e sua prova, como também a natureza jurídica dessa responsabilidade, se de meio ou de resultado. Ademais, abordou-se o tema responsabilidade civil à luz do Código de Defesa do Consumidor e a ocorrência da prescrição da pretensão indenizatória. Por fim, discorreu-se de maneira já mais sucinta a relação existente entre o médico e seu paciente, descrevendo os direitos e deveres de cada um.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Culpa. Obrigação. Médico.

ABSTRACT

This work has for object the analysis of the doctor's civil responsibility, leaving of general concepts of the civil responsibility. It was revealed basic concepts and the most relevant aspects than they involve the theme. In that sense, it came the concept, the species, the elements and also the excluding of the civil responsibility, for starting from that brief analysis with the deductive argument, to develop the study of the doctors' civil responsibility. It was used, still of the deductive focus to characterize the fault in the doctor's occupation in harmful event. The historical method highlights to verify the evolution and development of the civil responsibility. It was studied, in a wide way, the civil responsibility in the medical activity, including the mistake, the damage, the medical fault and its proof, as well as the juridical nature of that responsibility, if of half or of result. Besides, the theme civil responsibility was approached to the light of the Code of Defense of the Consumer and the occurrence of the prescription of the compensation pretension. Finally, this work discoursed in way already briefer of the existent relationship between the doctor and patient, describing the rights and duties of each one.

Keywords: Civil responsibility. Guilt. Obligation. Doctor.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 Conceito de Responsabilidade Civil	12
2.2 Breves Considerações sobre Evolução e Desenvolvimento da Responsabilidade Civil	14
2.3 Espécies de Responsabilidade	18
2.3.1 Responsabilidade civil e responsabilidade penal	18
2.3.2 Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva	19
2.3.2.1 Responsabilidade civil subjetiva	19
2.3.2.2 Responsabilidade civil objetiva	21
2.3.3 Responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual	22
2.3.3.1 Responsabilidade civil contratual	22
2.3.3.2 Responsabilidade civil extracontratual	23
2.4 Elementos da Responsabilidade Civil	23
2.4.1 Conduta humana	24
2.4.2 Nexo de causalidade	25
2.4.3 Dano	26
2.5 Das Causas Excludentes de Responsabilidade Civil	27
2.5.1 Estado de necessidade	28
2.5.2 Legítima defesa	29
2.5.3 Exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal	29
2.5.4 Caso fortuito e força maior	30
2.5.5 Fato exclusivo da vítima	31
2.5.6 Fato de terceiro	32
2.5.7 Cláusula de não indenizar	33
3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA ATIVIDADE MÉDICA	35
3.1 Introdução	35
3.2 Natureza Jurídica	36
3.3 Do Contrato Médico	37
3.4 O Erro Médico	40
3.4.1 O erro de diagnóstico	42
3.4.2 O erro de procedimento	44
4 CULPA MÉDICA	46
4.1 Culpa Concorrente	48
4.2 Culpa Exclusiva da Vítima	49
4.3 A Responsabilidade Civil do Médico no Código de Defesa do Consumidor	50
4.3.1 Inversão do ônus da prova	52

4.4 Comprovação da Culpa	53
5 DANO MÉDICO	55
5.1 Dano Patrimonial ou Material	56
5.1.1 Dano emergente.....	57
5.1.2 Lucro cessante	57
5.1.3 Teoria da perda de uma chance	58
5.2 Dano Moral, Extrapatrimonial ou Não-Material.....	59
5.2.1 Dano estético	62
5.2.2 Dano por ricochete	65
6 PRESCRIÇÃO	67
7 DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	68
7.1 Direitos e Deveres do Médico	68
7.1.1 Direitos do médico.....	69
7.1.2 Deveres do médico	69
7.1.2.1 Dever de informar.....	70
7.1.2.2 Dever de guardar sigilo profissional	72
7.1.2.3 Dever de atualização.....	73
7.1.2.4 Dever de vigilância.....	75
7.1.2.5 Dever de abster-se de abuso ou de desvio de poder.....	76
7.2 Direitos e Deveres do Paciente	77
7.2.1 Direitos do paciente.....	78
7.2.2 Deveres do paciente	79
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84
ANEXOS	89

1 INTRODUÇÃO

Atualmente no Brasil houve um aumento na frequência das demandas jurídicas impetradas por pacientes contra os seus médicos, situação esta anteriormente rara de ser vista em nossa Justiça, fazendo com que o tema *responsabilidade civil do médico*, apesar de tema antigo, ser muito discutido pela sociedade e também considerado intrigante pela complexidade que o envolve.

Essas inúmeras demandas decorrem de vários fatores, que vão desde a má qualidade do ensino ofertada pelas inúmeras faculdades de medicina espalhadas pelo Brasil ou em razão dos órgãos de fiscalização da atividade, como o Ministério da Educação, e até mesmo os Conselhos Federal e Regional de Medicina, que não avaliam o egresso com uma prova específica antes de lhe entregarem o título de médico. Outro fator causador do problema se dá em razão dos péssimos serviços prestados pelos hospitais, principalmente os públicos, que estão sempre abarrotados de pacientes e com falta de equipamentos ou até mesmo de profissionais ligados à saúde; ou talvez pelo aumento da procura dos serviços médicos pela população que apesar de cada vez estar mais pobre, possui hoje uma consciência maior de seus direitos e encontra maior facilidade e acesso à Justiça.

O erro ocorre em toda e qualquer profissão, porém o médico lida com a vida humana e com situações, muitas vezes, impossíveis de serem previstas, devendo se atualizar com certa periodicidade, pois a ocorrência da falha desses profissionais pode gerar consequências irreversíveis, como a perda da vida.

De modo geral, as atividades desse profissional sofrem inúmeras mudanças decorrentes da evolução tecnológica e científica da sociedade, devendo também o ordenamento jurídico estar em constante evolução para acompanhar e adequar-se a essas novas transformações.

Ocorre que o erro, desde que realizado com culpa, acarreta a indenização ou ressarcimento pelo prejuízo sofrido, ainda mais do profissional da medicina, do qual é exigida uma conduta bastante rigorosa em razão de trabalhar com bens de valores inestimáveis, que são a vida e a saúde.

Durante a realização do trabalho monográfico buscou a solução de questões como: quais as situações em que a responsabilidade civil do médico é uma obrigação de meio ou de resultado? Existem excludentes da responsabilidade civil médica? Quais os deveres e direitos existentes na relação médico-paciente?

Dividiu-se a pesquisa em uma primeira parte englobando a responsabilidade civil de maneira geral, com sua evolução, espécies, conceito e excludentes, objetivando expressar a responsabilidade civil no Brasil.

A seguir, abordou o tema do trabalho, especificamente, discorrendo sobre a responsabilidade civil do médico, destacando a natureza jurídica, o contrato médico, tipos de erro médico, a culpa e sua comprovação e os danos médicos.

Após, tratou-se a previsão da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e, num último momento enfocou a relação médico-paciente, cuidando de analisar os direitos e deveres de cada um.

No transcorrer do estudo foram utilizados os métodos históricos e dedutivos. O método histórico foi utilizado ao estudar a evolução e desenvolvimento da responsabilidade civil; já a argumentação dedutiva foi utilizada em todo o restante do trabalho.

Utilizou-se no desenvolver do estudo, vários dispositivos referentes à responsabilidade civil, tais como: doutrinas, jurisprudência, sites da internet, dicionários jurídicos, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, tudo com o propósito de atingir os objetivos propostos num momento anterior.

O presente estudo teve como objetivo, após uma breve explanação sobre os conceitos básicos da responsabilidade civil, dissertar especificamente a responsabilidade civil médica geral.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito de Responsabilidade Civil

De acordo com o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, o sentido da palavra responsabilidade é devidamente compreendido como:

Responsabilidade. (Lat., de *respondere*, n. acep. De assegurar, afiançar.) Dir. Obr. Relação jurídica derivada de uma *obrigação* (relação jurídica originária) em caso de não ser espontaneamente cumprida pelo devedor. OBS. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado. (2004, p. 758)

A origem da palavra responsabilidade, segundo Maria Helena Diniz (2005, p. 39), é latina, de *spondeo*, cujo termo manifesta a vinculação do devedor nos contratos verbais¹, entretanto, também possui sua base no verbo latino *respondere*, expressando o sentido que o indivíduo tem enquanto compromisso de cumprir com as consequências de sua atividade.

De acordo com os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 3):

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

O estudo da responsabilidade civil está contido no direito obrigacional, onde qualquer atividade que cause prejuízo gera o dever de indenizar, sendo o objetivo da responsabilidade civil recuperar o equilíbrio moral e patrimonial violado.

¹ Essa expressão é bastante comum no Direito Romano.

Portanto, pode-se afirmar que responsabilidade civil é a obrigação de uma pessoa reparar o dano moral ou patrimonial causado a outrem, seja por ato dela praticado ou por ato de pessoa pela qual seja ela responsável, ou ainda, pelo dano ocorrido por coisa que a ela pertença.

A responsabilidade moral corresponde a um campo mais extenso se comparado aos demais campos da responsabilidade, pois atinge a consciência humana, que é o local onde se define se deve ou não ressarcir o dano gerado. Em outras palavras, a responsabilidade moral não se exterioriza, ficando esta preocupação à consciência da obrigação de cada ser humano.

Não se pode misturar o entendimento de obrigação com o de responsabilidade, pois um pode existir sem o outro. “A obrigação é aquilo que o devedor, por lei ou por contrato, é compelido a fazer ou deixar de fazer.” (SIDOU, 2004, p. 597)

A responsabilidade surge quando o devedor não cumpre espontânea e livremente a obrigação, sendo considerada como uma consequência jurídica patrimonial pelo descumprimento.

Há obrigações que não geram responsabilidade quando descumpridas, como por exemplo, as dívidas de jogos. Mas também há casos que geram responsabilidade sem ter obrigação, é o exemplo do fiador, onde ele é o responsável, mas não é obrigado ao pagamento do aluguel, obrigação esta do inquilino.

Segundo ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 3), “*Obrigação* é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”.

Diante dos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2005, p. 8):

a responsabilidade aparece como uma sanção. A sanção é, nas palavras de Goffredo Telles Jr., uma medida legal que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação da norma jurídica, a fim de fazer cumprir a norma violada, de fazer reparar o dano causado ou de infundir respeito à ordem jurídica. A sanção é a conseqüência jurídica que o não-cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado. A responsabilidade civil constitui uma *sanção civil*, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, e, em sua natureza, é *compensatória*, por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato lícito.

A responsabilidade civil pode ser gerada não apenas por atos ilícitos como também por atos lícitos, como podemos vislumbrar no artigo 187 do Código Civil², onde o causador será obrigado a reequilibrar mesmo assim a situação do lesado pelo prejuízo que ocasionou.

2.2 Breves Considerações sobre Evolução e Desenvolvimento da Responsabilidade Civil

A natureza da responsabilidade civil é indispensavelmente dinâmica, tendo que se modificar e se adaptar a cada evolução vivenciada pela sociedade. Segundo ensinamentos de José Aguiar Dias (1997, p. 17), encontramos a raiz histórica desse instituto no Direito Romano, sendo que nas primeiras civilizações romanas era a vingança coletiva que predominava, caracterizada pela reação do grupo contra o agressor.

Posteriormente, houve a reação individual, instintiva; a vingança primitiva, selvagem, onde a justiça era realizada pelas próprias mãos do homem, não existindo regras nem princípios, portanto, alheia aos parâmetros legais, estando muito bem resumida na expressão: “olho por olho, dente por dente”, prevalecendo nesse momento a Lei de Talião³.

Segundo Maria Helena Diniz (2005, p. 11), “a intervenção do poder público nesse período era pequena, só ocorrendo para evitar excessos.” Ainda de acordo com a autora,

na Lei das XII Tábuas, aparece significativa expressão desse critério na Tábua VII, lei 11^a: “si membrum rupsit, ni cume o pacit, tálío esto” (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo). A responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano. (DINIZ, 2005, p. 11).

² Art. 187, CC- Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³ Lei de talião. Hist. Diz-se do modo punitivo reparador de ofensas, que manda aplicar ao agente da lesão o mesmo dano causado à vítima. OBS. 1. Trata-se de um modo de aplicar pena, e a denominação tem, pois, o sentido de sistema, método, costume, não de *lei* específica. Cf. *pena de -*, e *talião*. 2. O qualificativo advém do lat. *talio* – *onis*, substantivo comum, não havendo razão para escrevê-lo com letra maiúscula, como se gente ou órgão fosse. (SIDOU, 2004, p. 508)

Logo após houve o período da composição, onde a vingança instintiva foi substituída pela compensação econômica, ficando a critério da vítima essa composição se se tratasse de delitos contra interesses particulares e a critério da autoridade pública se se tratasse de delito público.

Mais tarde, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 7), a composição econômica passa a ser obrigatória, sendo proibida pelas autoridades romanas a vingança com as próprias mãos. Esta é a época do Código de Ur-Nammu⁴, do Código de Manu⁵ e da Lei das XII Tábuas, onde o Estado assume sozinho a função de punir.

A composição é tarifada, onde caso a caso será estipulado o valor a ser pago pelo ofensor. É nessa fase que surge a ação de indenização, encontrando-se a responsabilidade civil ao lado da penal, mas ainda não há uma nítida distinção entre elas.

Como fase seguinte inicia-se a Lei Aquília que solidificou a idéia de reparação pecuniária do dano, sendo esboçada a noção de culpa como fundamento da responsabilidade. Aqui se o agente não tivesse culpa, ele se isentaria da responsabilidade.

Surge através da *Lex Aquilia de damno* os fundamentos da responsabilidade extracontratual e também o *damnum iniuria datum*, onde o “prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante.” (DINIZ, 2005, p. 11)

O princípio geral da responsabilidade civil foi estabelecido pelo Direito francês, mais precisamente pelo jurista francês Domat, que foi aperfeiçoando aos poucos as idéias românicas, na qual deixou os critérios da composição obrigatória. Foram estabelecidos princípios que causaram significantes influências a outros povos, como exemplo, o direito à reparação sempre que houvesse culpa, mesmo que leve. Ocorreu a separação da responsabilidade civil da responsabilidade penal.

⁴ Código de Ur-Nammu. Hist. Coleção de leis do rei desse nome (2050 – 2030 a.C), redigido em língua suméria e identificado pelo arqueólogo Samuel N. Kramer, em 1953. Antecede o *Código de Hammurabi*, sem embargo de que esse é inteiriço, enquanto o mais vetusto nos chegou fragmentado. C.f. *direito sumeriano*. (SIDOU, 2004, p. 164)

⁵ Confrontando-o com o Código de Hamurabi, não há como negar que, do ponto de vista da civilização moderna, o Código de Manu significou um avanço, eis que, enquanto no primeiro, a prioridade era o ressarcimento da vítima através de uma outra lesão ao lesionador original (dano que deveria ser da mesma natureza), o segundo determinava a sanção através do pagamento de um certo valor pecuniário. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 58)

De acordo com Mazeaud e Mazeaud *apud* Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 8), “era a generalização do princípio aquiliano: *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*, ou seja, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.”

Dessa forma, há a evolução da responsabilidade civil em relação ao fundamento da obrigação de reparar o dano provocado, apoiando-se no dever da reparação não somente na culpa (hipótese subjetiva), mas no risco (hipótese que passa a ser conceituada como objetiva), provocando a expansão da indenização de danos sem a existência da culpa.

Na teoria do risco, a responsabilidade é vista segundo o aspecto objetivo, por exemplo, num acidente de trabalho, o patrão sempre irá indenizar o acidentado tendo ou não culpa.

Segundo as palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 10):

na teoria do risco subsume a idéia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

Com o progresso e o desenvolvimento industrial, aumentaram os perigos à vida do ser humano, surgindo, portanto, a necessidade de reformulação da teoria da responsabilidade civil, de modo que todo dano deve ter um responsável e todo risco, ser garantido, dispondo maior proteção jurídica às vítimas.

Como é visto nos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2005, p. 13):

É preciso deixar bem claro que a culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, que o risco não a anulou, constituindo-se, ao seu lado, também como fundamento da responsabilidade civil. [...] A expansão da responsabilidade civil operou-se também no que diz respeito à *sua extensão* ou *área de incidência*, aumentando-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam a responsabilidade civil.

No Direito Brasileiro encontra-se a teoria subjetiva nos artigos 186⁶ e 927⁷ do Código Civil de 2002, sendo que tal teoria já se encontrava prevista no

⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Código Civil anterior, no artigo 159⁸ do CC/16. Nestes casos, só há responsabilidade se houver culpa, sendo inexistente a prova de culpa, também inexistente a obrigação da reparação.

Entretanto em outros dispositivos do Código Civil de 2002 é visto a teoria da responsabilidade objetiva (teoria do risco), como nos artigos 936, 937, 938, 927, § único, 933, e 1299.

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caem ou forem lançadas em lugar indevido.

Art. 927, § único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Art. 1299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

Conforme menciona Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 11):

Adota, assim, solução mais avançada e mais rigorosa [...], também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano.

O Código Civil brasileiro de 2002 reservou um título inteiro à responsabilidade civil: o Título IX, que abrange desde o artigo 927 até o artigo 954.

⁸ Art. 159, CC/16. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

2.3 Espécies de Responsabilidade

Por a responsabilidade significar a situação em que o indivíduo causa voluntariamente dano a outrem ao ter violado uma obrigação ou regra, gerar a reparação, o ressarcimento, esta poderá se apresentar de diferentes espécies, como segue abaixo a análise.

2.3.1 Responsabilidade civil e responsabilidade penal

Como visto no item anterior, não havia distinção alguma entre os romanos para responsabilidade civil e responsabilidade penal, surgindo esta apenas, e de maneira branda, com a *Lex Aquilia*.

Diante de certos fatos, que podem ser tanto uma ação quanto omissão, existem casos que geram apenas a responsabilidade civil ou apenas a penal, ou até mesmo gerar as duas responsabilidades, tanto a civil quanto a penal. Contudo, tais jurisdições são independentes em nosso ordenamento, o que poderá ocasionar reflexos de uma jurisdição na outra. Um exemplo muito citado por nobres doutrinadores é o que pode ocorrer em uma colisão de veículos automobilísticos. Escreveu José de Aguiar Dias (1997, p. 8):

Assim, certos fatos põem em ação somente o mecanismo recuperatório da responsabilidade civil; outros movimentam tão-somente o sistema repressivo ou preventivo da responsabilidade civil e a penal, pelo fato de apresentarem, em relação a ambos os campos, incidência equivalente, conforme os diferentes critérios sob que entram em função os órgãos encarregados de fazer valer a norma respectiva. Reafirmamos, pois, que é quase o mesmo, o fundamento da responsabilidade civil e da responsabilidade penal. As condições em que surgem é que são diferentes, porque uma é mais exigente do que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar.

Entretanto, o que significa responsabilidade penal? Na responsabilidade penal o interesse lesado é o da sociedade. Houve a violação de uma norma descrita na lei penal, de uma norma pública, onde o infrator deverá ser

punido, podendo ser com pena privativa de liberdade, em decorrência dos ilícitos serem de maior gravidade social.

É dever do Estado averiguar a ilicitude do ato e punir o infrator. Na esfera penal é preciso que haja tipicidade, a correspondência exata do fato ocorrido com a norma descrita no tipo penal. Porém, é possível que o infrator não seja penalizado em virtude da intensidade de sua culpa.

Na responsabilidade civil, diferentemente, quem responde é o patrimônio do infrator. Se este lesionar alguém e for pleiteada a reparação, será o seu patrimônio que irá responder. É preciso ter dano ou prejuízo para caracterizar a responsabilidade civil, mesmo que seja um dano moral. Sem eles não é possível pleitear a reparação.

Na esfera cível o interesse é privado, ficando a cargo do lesado, demandar em juízo pela reparação ou não. A reparação poderá ser pecuniária ou a recomposição do *status quo ante*, pois o objetivo que visa alcançar é o equilíbrio entre os patrimônios do lesado e do lesante.

2.3.2 Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva

De acordo com o motivo que se dá à responsabilidade, poderá ou não ser considerada a culpa como elemento da obrigação de reparar o dano. Essas duas espécies de responsabilidade civil serão analisadas separadamente, a saber: responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva.

2.3.2.1 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva tem seu fundamento na culpa, não existindo essa, também não terá a responsabilidade para a referida teoria. Assim, há como pressuposto para responsabilizar o causador do dano a conduta realizada com culpa ou dolo, desde que a culpa do agente seja provada, isto é, o causador do dano

tem que agir de maneira negligente ou imprudente, como declara a regra trazida pelo artigo 186, do Código Civil. Esta teoria subjetiva também é chamada de teoria da culpa.

Como observa Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 14):

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – unuscuque sua culpa nocet. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu.

Para muitos doutrinadores o conceito de culpa só se reuniu precisamente à responsabilidade extracontratual do Direito Romano através da *Lex Aquilia*. No entanto surge o problema de definir o que seria culpa?, problema este encontrado até hoje pelos doutrinadores.

Ainda segundo definição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 123-124):

a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.

De acordo com a doutrina tradicional a culpa constitui-se dos seguintes elementos: voluntariedade do comportamento do agente, previsibilidade do prejuízo e violação do dever de cuidado.

Como dito acima a teoria subjetiva vem descrita no artigo 186 do Código Civil, que só faz menção às modalidades de culpa, negligência e imprudência, ocultando à forma imperícia. Entretanto, podemos considerar esse esquecimento não como omissão, mas, que a modalidade negligência contém a modalidade imperícia, por ser esta uma forma de negligência técnica ou profissional.

Nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 149):

a imprudência é uma modalidade em que o agente atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores. Exemplos: manejar ou limpar arma carregada próximo a outras pessoas; caçar em local de excursões; [...].

A negligência é a inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental. Exemplos: não colocar avisos junto a valetas abertas para um reparo na via pública; não deixar freiado automóvel quando estacionado; deixar substância tóxica ao alcance de crianças etc.

A imperícia é a incapacidade, a falta de conhecimento técnicos no exercício de arte ou profissão, não tomando o agente em consideração o que sabe ou deve saber. Exemplos: não saber dirigir um veículo, não estar habilitado para uma cirurgia que exija conhecimentos apurados etc.

Contudo, nos casos de erro médico tem-se uma dificuldade enorme em fazer prova de que o médico agiu com imprudência, negligência ou imperícia, existindo em muitos casos a lesão, restando impossível a realização da prova da culpa.

Foi a partir dessa impossibilidade de comprovar a culpa que surgiram discussões para buscar novos fundamentos para a responsabilidade civil, visando resolver o problema da comprovação da culpa.

2.3.2.2 Responsabilidade civil objetiva

Como podemos observar anteriormente, o Código Civil de 2002 colocou ao lado da responsabilidade civil subjetiva a responsabilidade civil objetiva. Nos casos da responsabilidade civil objetiva, a culpa do causador do dano é presumida, ou até mesmo irrelevante, o importante é o nexo de causalidade existente entre o dano e a conduta do agente, a partir desse elo de causalidade em que aparece a obrigação de indenizar.

Quando a culpa é presumida ocorre à inversão do ônus da prova, onde o autor da ação precisa provar somente a ação ou omissão e o dano causado pela conduta do réu. Aqui a culpa do réu já é presumida, ficando a seu cargo provar as excludentes, se existentes, senão será considerado culpado.

A responsabilidade civil objetiva é também denominada de teoria do risco ou teoria do *commodum*. O que é levado em conta aqui, de acordo com Sílvio Salvo Venosa (2009, p. 9), “é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na *exposição a um perigo*, noção introduzida pelo Código Civil italiano de 1942 (art. 2.050)”.

Ainda nas palavras de Venosa (2009, p. 12-13:

a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize ou no julgamento do caso concreto, na forma facultada pelo parágrafo único do art. 927. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é ainda a regra geral no direito brasileiro. Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina. No entanto, advirta-se, o dispositivo questionado explicita que somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando este decorrer de “*atividade normalmente desenvolvida*” por ele. O juiz deve avaliar, no caso concreto, a atividade costumeira do ofensor e não uma atividade esporádica ou eventual, qual seja, aquela que, por um momento ou por uma circunstância, possa ser um ato de risco. Não sendo levado em conta esse aspecto, poder-se-á transformar em regra o que o legislador colocou como exceção.

A obrigação de reparar o dano surge independentemente da culpa, nos casos expressamente previstos em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo causador do dano implicar risco para os direitos de outrem, previsão esta contida no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil. Não é exigida a prova da culpa do agente. A conduta que gera a lesão não precisa necessariamente ser ilícita *stricto sensu*, mas que seu exercício habitual gere danos a terceiros.

Todavia, ainda podemos observar que o Código Civil de 2002, nos artigos 932, 936, 937, 938, permite a responsabilidade indireta, tanto por ato de terceiro, como da decorrente de guarda de coisa ou animal.

2.3.3 Responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual

Essas duas espécies de responsabilidade civil levam em consideração o seu fato gerador, como podemos observar a seguir:

2.3.3.1 Responsabilidade civil contratual

A responsabilidade civil contratual, também conhecida como ilícito contratual ou relativo, tem sua raiz no inadimplemento de um negócio jurídico bilateral ou unilateral, isto é, na violação da norma contratual fixada pelas partes.

É preciso nessa espécie de responsabilidade que a vítima e o causador do dano já tenham se vinculado voluntariamente para o cumprimento de prestações, sendo que a culpa é gerada pelo descumprimento dessa obrigação estabelecida contratualmente, ocorrendo assim, a inadimplência.

No caso, a culpa é presumida, cabendo a vítima comprovar apenas que a prestação estabelecida anteriormente pelas partes não foi cumprida, na qual ocasionou o dano; restando ao devedor o *onus probandi*, isto é, o devedor deverá provar a inexistência de sua culpa ou que ocorreu qualquer causa excludente de responsabilidade.

2.3.3.2 Responsabilidade civil extracontratual

Na responsabilidade civil extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto, não existe entre a vítima e o ofensor nenhum negócio jurídico. Essa espécie de responsabilidade não advém de um contrato, mas se origina da violação do dever jurídico previsto na ordem jurídica ou na lei.

O art. 186 do Código Civil é aplicado a essa espécie de responsabilidade civil. Sua origem está “na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), estatuído no art. 186 do Código Civil.” (GONÇALVES, 2009, p. 28)

Aqui o ônus da prova é do autor da ação (vítima), onde terá que demonstrar, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 247), “todos os elementos etiológicos da responsabilidade: o dano, a infração da norma e o nexo de causalidade entre um e outra.”

2.4 Elementos da Responsabilidade Civil

Apresenta-se a seguir, um breve estudo sobre os elementos da responsabilidade civil.

Após a leitura do artigo 186 do Código Civil, pode-se concluir que os pressupostos gerais da responsabilidade civil são: conduta humana (positiva ou negativa), dano e o nexo de causalidade.

2.4.1 Conduta humana

Esse elemento diz respeito à conduta voluntária do ser humano, que tanto pode ser uma ação (comissiva ou positiva) quanto uma omissão (omissiva ou negativa), lícita ou ilícita, que gera danos ou prejuízos a outrem.

A responsabilidade gerada pode ser causada tanto por conduta do próprio agente causador do dano, como derivar de ato praticado por terceiro que esteja sob a sua responsabilidade, ou ainda, o dano pode ser provocado por animais e coisas que o pertençam.

No primeiro caso onde o dano é provocado pela própria conduta do agente, Carlos Roberto Gonçalves entende que “o Código prevê a responsabilidade por ato próprio, dentre outros, nos casos de calúnia, difamação e injúria; de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga; de abuso de direito”. (2009, p. 35)

Neste caso, é facilmente perceptível que o requisito voluntariedade é imprescindível para caracterizar a responsabilidade, tanto nas condutas positivas quanto nas negativas. Se a voluntariedade for ausente em tais condutas, não teremos a declaração de responsabilidade.

Segundo entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 35), nos casos de responsabilidade provocados por atos de terceiro (artigo 932 do Código Civil⁹) ocorrem nos casos, por exemplo, dos danos provocados por filhos, tutelados e curatelados, sendo responsáveis respectivamente os pais, tutores e curadores.

⁹ Art. 932, CC- São também responsáveis pela reparação civil:

- I- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II- o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- IV- os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- V- os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Já no caso do dano provocado por animais ou coisas que pertençam ao agente ou estejam sob sua guarda (arts. 936, 937 e 938, do Código Civil¹⁰) não é necessário comprovar a culpa, sendo, em regra, responsabilidade objetiva.

2.4.2 Nexo de causalidade

O nexos de causalidade é outro elemento da responsabilidade civil essencial, pois é preciso verificar se o agente deu causa ao resultado. Nada mais é do que a circunstância de vínculo existente entre o elemento conduta humana e o dano sofrido. Estando inexistente esse nexos nada se poderá falar em obrigação de indenizar.

Nas palavras do autor Sérgio Cavaliéri Filho (2010, p. 47):

não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado *nexo causal*.

Como dito anteriormente o nexos de causalidade é um elemento essencial, indispensável em qualquer das espécies de responsabilidade civil. Pode-se encontrar a responsabilidade sem culpa, como na responsabilidade objetiva, entretanto não se pode ter responsabilidade sem a relação de causalidade.

Vislumbra-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EMENTA: ERRO MÉDICO. Sentença que julgou a ação improcedente ante o disposto no laudo pericial. Não constatação de nexos de causalidade entre a cegueira do olho direito e a intervenção de cirúrgica para correção de desvio de septo. Recurso contra essa decisão desprovido porque esse o

¹⁰ Art. 936, CC- O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937, CC- O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938, CC- Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

quadro fático dos autos. Possibilidade, apenas, de reação química inerente ao procedimento cirúrgico. (Apelação/Indenização por Dano Moral. Relator: Teixeira Leite. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Comarca: Presidente Prudente. Julgamento: 21/10/2010).

Nota-se que a jurisprudência deixou evidente a importância do nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano suportado pela vítima, sendo que o nexo causal estando ausente não restará configurado a responsabilidade civil do agente.

2.4.3 Dano

O dano pode ser tanto patrimonial (material) quanto extrapatrimonial (moral), causado pelo agente por meio de conduta positiva ou negativa, ou também pode ser causado por um terceiro, cujo agente seja responsável ou por coisa inanimada, ou por animais que o pertençam.

Para ficar caracterizada a responsabilidade é essencial a presença do elemento dano e que o prejuízo seja provado, pois sem prova ninguém pode ser responsabilizado.

Conforme aponta Giorgio Giorgi *apud* Maria Helena Diniz (2005, p. 64):

“nessun dubbio sulla verità di questo principio: sai pura violata l' obbligazione, ma se il danno manca, manca la materia del risarcimento”. Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão.

Quem deve provar o dano é quem o alega, sendo exceção nos casos previstos em lei. Contudo, o dano precisa dos requisitos certeza e atualidade para gerar a indenização.

Nas palavras de Lalou *apud* Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 339), “*atual* é o dano que já existe ‘no momento da ação de responsabilidade; *certo*, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese”. O elemento dano se subdivide em: dano patrimonial e dano moral.

Dano patrimonial ou também conhecido como dano material é o prejuízo que incide apenas sobre o patrimônio presente ou futuro da vítima e pode ser reparado ao restituir a situação como era antes do prejuízo ou através de indenização pecuniária.

Ele se subdivide em dano emergente, previsto no artigo 402 do Código Civil¹¹, como o imediato prejuízo que a vítima sofreu em seu patrimônio; e lucro cessante, caracterizado como a consequência futura de um fato, onde a vítima perde um ganho esperado.

Já o dano moral não atinge o patrimônio da vítima, mas corresponde a uma ofensa a vítima como ser humano. De acordo com o ensinamento do autor Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 82) o dano moral pode ser visto por dois conceitos: os que preferem o conceito negativo, sendo dano moral o dano não material, e o conceito positivo onde dano significa a dor da alma, vexame, humilhação. No Código Civil Brasileiro traz expressamente o dano moral no artigo 186.

2.5 Das Causas Excludentes de Responsabilidade Civil

As causas excludentes de responsabilidade civil são os motivos que, ao atacarem um dos elementos da responsabilidade, destroem o nexo de causalidade existente, acabando com qualquer pretensão indenizatória. Essa matéria é arguida, com frequência, pelo réu, como meio de defesa nas ações indenizatórias.

Como causas excludentes de responsabilidade civil temos: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal, caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e cláusula de não indenizar; que serão estudadas logo abaixo.

¹¹ Art. 402, CC- Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

2.5.1 Estado de necessidade

O estado de necessidade, no direito brasileiro, vem expresso no Código Civil no artigo 188, inc. II¹². Trata-se do caso em que o indivíduo ao perceber que um direito ou coisa sua está na iminência de sofrer um dano, ofende coisa ou direito de terceiro, de valor jurídico igual ou inferior ao seu. No entanto, não pode haver excesso para remoção desse perigo concreto, pois ao agir dessa forma será responsabilizado por ele.

Para Planiol, Ripert e Esmein *apud* Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 297), “somente admitem a escusativa fundada em estado de necessidade, quando o prejuízo resulta ‘de um ato indispensável para afastar o dano, do qual seria impossível que seu autor ou um terceiro se preservem de outra maneira’”.

Apesar do art. 188, II, do Código Civil determinar que o ato praticado sob estado de necessidade não constitui um ilícito, nem por isso libera o agente de reparar o prejuízo que causou. O que o agente poderá realizar é ação de regresso contra o verdadeiro culpado.

Um exemplo muito utilizado por autores como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 102-103), para exemplificar a excludente estado de necessidade é o caso em que o agente, ao desviar o seu carro para não atropelar uma criança, atinge o muro de uma casa causando danos materiais. O agente agiu em estado de necessidade, porém terá que ressarcir os danos causados ao dono do muro. Só que o Código Civil, nos artigos 929¹³ e 930¹⁴, admite que, no exemplo dado, o condutor do veículo pleiteie uma ação regressiva contra o verdadeiro culpado, o responsável pela criança.

¹² Art. 188, CC- Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único- No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

¹³ Art. 929, CC- Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assiste-lhe o direito à indenização do prejuízo que sofreram.

¹⁴ Art. 930, CC- No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

2.5.2 Legítima defesa

No artigo 188, I, do Código Civil, diz que o ato praticado em legítima defesa não constitui ato ilícito. Desse modo, age em legítima defesa a pessoa que se defende de uma agressão injusta. Pode ser em defesa de si, de terceiro ou em defesa de seus bens.

A agressão tem que ser atual ou iminente e a conduta adotada pelo agente, como meio de defesa, tem que ser moderada, sendo proibido pelo Direito o excesso. Dessa forma, Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 295) diz:

São extremos da legítima defesa: 1) a iniciativa da agressão por parte de outrem, isto é, que do agente não tenha partido provocação; 2) que a ameaça de dano seja atual ou iminente; 3) que a reação não seja desproporcional à agressão - *moderamen inculpatae tutelae*.

Anotamos que essa excludente não compreende apenas a defesa dos bens materiais, mas também dos valores da personalidade, como a honra.

Caso o indivíduo (da legítima defesa) atinja o ofensor, sem excesso, não pratica ato ilícito, não tendo o dever de indenizar. Porém se atingir terceiro inocente, terá de indenizá-lo, cabendo ação regressiva contra o agressor verdadeiro.

2.5.3 Exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal

Também excludentes de responsabilidade civil são o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal.

O exercício regular de direito compreende as ações, praticadas pelo agente, autorizadas em lei e condicionadas à regularidade do exercício desse direito. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 296), “O fundamento moral da escusativa encontra-se no enunciado do mesmo adágio: *qui iure suo utitur neminem laedit*, ou seja, quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém.”

É necessário que se obedeça ao limite razoável imposto, pois havendo excesso ficará caracterizado o abuso de direito.

As intervenções médicas e cirúrgicas são exemplos de exercício regular de direito, pois são atividades autorizadas pelo Estado. Entretanto, como se verá nos capítulos posteriores, agindo o médico com culpa responderá por seu ato.

A excludente, estrito cumprimento do dever legal, como a vista anteriormente, são estudadas profundamente pelo Direito Penal Brasileiro.

No estrito cumprimento do dever legal significa que no desempenho das suas atividades, os agentes públicos, para assegurar o cumprimento da lei, podem invadir a esfera privada dos cidadãos, podendo agredir a bens jurídicos como a integridade física e o direito de locomoção. Por exemplo, o policial que cumpre um mandado de prisão.

2.5.4 Caso fortuito e força maior

Ainda existe hoje, na doutrina brasileira, discussões quanto aos conceitos de caso fortuito e de força maior.

O caso fortuito geralmente é entendido como o fato ou o ato alheio à vontade das partes, como exemplo, greve e a mudança de governo. Já a força maior são acontecimentos ligados à natureza. Exemplos: terremoto e raio.

No entanto, para o autor Sílvio de Salvo Venosa (2009, p. 50) essas excludentes tem conceitos diferentes, inversos ao aceito pela maioria dos autores. Para ele:

O caso fortuito (*act of god*, ato de Deus no direito anglo-saxão) decorreria de forças da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridade (fato do príncipe).

O Código Civil Brasileiro não faz distinção entre as duas, definindo-as no artigo 393, parágrafo único¹⁵, equiparando os efeitos dos dois fenômenos.

¹⁵ Art. 393, CC- O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

As principais características dessas duas excludentes são a inevitabilidade e a ausência de culpa na produção do acontecimento.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “a *imprevisibilidade*, [...], é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a *inevitabilidade* o é da força maior”. (2010, p. 68).

Para o autor Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 451):

na lição da doutrina exige-se, pois, para a configuração do caso fortuito, ou de força maior, a presença dos seguintes requisitos: a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, pois, se há culpa, não há caso fortuito; e reciprocamente, se há caso fortuito, não pode haver culpa, na medida em que um exclui o outro. Como dizem os franceses, culpa e fortuito, *ces sont des choses que hurlent de se trouver ensemble*; b) o fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano.

Como excludentes da responsabilidade civil, tanto a força maior, quanto o caso fortuito, são fatos alheios à vontade do agente, proporcionando por si só o resultado. A questão é que não há qualquer ligação (nexo de causalidade) entre a conduta do agente e o resultado danoso, por isso são consideradas excludentes da responsabilidade.

2.5.5 Fato exclusivo da vítima

Essa excludente não está prevista no Código Civil, mas é amplamente consolidada pela doutrina e jurisprudência, em decorrência da quebra do nexo de causalidade, pois aqui foi à própria vítima que ocasionou o dano com sua conduta. Deste modo, há a isenção do agente do dever de indenizar.

Exemplo dessa excludente dado pelos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 114):

hipótese do sujeito que, guiando o seu veículo segundo as regras de trânsito, depara-se com alguém que, visando suicidar-se, arremessa-se sob as duas rodas. Nesse caso, o evento fatídico, obviamente, não poderá ser atribuído ao motorista (agente), mas sim, e tão-somente, ao suicida (vítima).

Impossível falar, nesse exemplo do autor, em nexos de causalidade. É preciso nessa excludente a atuação exclusiva da vítima para ocorrer quebra do nexo de causalidade, sendo ela que deverá arcar com todos os prejuízos sofridos, pois o agente que causou o dano foi mero instrumento do acidente, desaparecendo desse modo sua responsabilidade.

2.5.6 Fato de terceiro

Essa excludente também tem o condão de isentar o agente da responsabilidade civil.

Da mesma maneira que a excludente vista anteriormente, o agente causador do dano age aqui como mero instrumento da atuação do efetivo responsável. Sua ação é equiparada a do caso fortuito, sendo assim, se eximirá do dever de indenizar.

Como exemplo de fato de terceiro, Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 446) traz:

dois veículos se encontram parados, um à frente do outro, aguardando a abertura do semáforo, e o segundo é colidido na traseira por um terceiro, dirigido por motorista desatento, sendo projetado contra a traseira do que lhe está à frente. Nesse caso, se o dono do primeiro veículo acionar o motorista do segundo, este poderá defender-se com sucesso, alegando o fato de terceiro, ou seja, que serviu de mero instrumento da ação do motorista imprudente, nada podendo fazer para evitar o arremesso de seu veículo contra a traseira daquele.

Ainda segundo o autor: “tem-se decidido, com efeito, que, quando a primeira culpa, causadora do sinistro, é de tal força e de tal intensidade que exclui a liberdade de ação do causador direto do dano, este terá excluída sua culpa”. (2009, p. 446).

No entanto, como podemos analisar no livro do autor Sílvio Salvo Venosa (2009, p. 59), a jurisprudência tende a admitir excepcionalmente o fato de terceiro como excludente de culpa. O agente (instrumento do dano) terá que indenizar a vítima pelos prejuízos sofridos, no entanto terá direito de regresso contra o terceiro (verdadeiro causador do dano). Assim, a excludente da responsabilidade

por fato de terceiro está ligada a prova de que o dano foi resultante de ato de terceiro.

2.5.7 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar refere-se à responsabilidade civil contratual, onde uma das partes contratantes declara que não se responsabiliza pelos danos emergentes, afastando desse modo a indenização, em casos de inadimplemento total ou parcial da obrigação. Desse modo, a referida cláusula deve ser negociada de maneira livre, com o consentimento das duas partes.

Essa cláusula “tem por função alterar, em benefício do contratante, o jogo dos riscos, pois estes são transferidos para a vítima”. (GONÇALVES, 2009, p. 453).

Segundo as palavras de Robert Bouillene *apud* Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 306):

os seus efeitos consistem no afastamento da obrigação conseqüente ao *ato danoso*. Não contém apenas uma inversão do *ônus probandi*. Dentro no campo de sua aplicação e nos limites de sua eficácia é uma excludente de responsabilidade.

Pode-se verificar que o direito brasileiro não aceita muito essa cláusula, restringindo seu campo de atuação. É o caso do Código de Defesa do Consumidor, artigo 51, I¹⁶, onde a cláusula é considerada nula, e na súmula 161 do Supremo Tribunal Federal¹⁷, que não reconhece a cláusula de não indenizar nos contratos de transporte.

Há casos em que ela não é admitida, como nos casos em que for contrário aos interesses sociais, colidir com os preceitos superiores de ordem

¹⁶ Art. 51, CDC- São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

¹⁷ Súmula 161 do STF- Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar.

pública e também quando se trata de crime ou ato lesivo doloso ou para transferir obrigações essenciais do contratante.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA ATIVIDADE MÉDICA

3.1 Introdução

A responsabilidade civil estudada no capítulo anterior encontra-se prevista na atividade médica, em decorrência de tal atividade estar exposta a danos, pois não é uma ciência exata e sim uma atividade profissional, que tem por objeto o corpo humano, com a finalidade de conservação e melhora da saúde humana. Em síntese, sua finalidade é a busca pela cura do enfermo.

Ocorre que na atividade médica há a possibilidade da ocorrência de danos, que podem acometer os pacientes com consequências irreversíveis, dessa forma, onde houver dano há lugar para a disciplina da responsabilidade civil.

A sociedade moderna teve grande avanço tecnológico e melhores técnicas, só que com elas surgiram maiores possibilidades de acidentes, o que fez com que as pessoas acometidas de danos procurassem cada vez mais o Poder Judiciário para solucionarem seus conflitos e obterem o ressarcimento suportado.

Como observa Luzia Chaves Vieira (2001, p. 27), “A profissão médica é a profissão que mais riscos acarreta, tanto para quem a exerce como para quem a recebe”.

Vários requisitos são exigidos para atuar nessa atividade profissional, dentre eles o diploma em curso superior, devidamente reconhecido e prévio registro de seus títulos, diplomas certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e também, inscrição no Conselho Regional de Medicina (CRM), sob jurisdição onde se achar o local de desempenho de sua atividade.

Tais requisitos encontram-se no artigo 17, da Lei Federal nº 3.268/57¹⁸. Entretanto, eles não isentam o profissional da responsabilização, principalmente na ocorrência de erro médico.

¹⁸ Art. 17, Lei Federal nº 3.268/57- Os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, em qualquer dos seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos, diplomas

3.2 Natureza Jurídica

A natureza jurídica da atividade médica apresentou muita divergência, mas, como relata Carlos Roberto Gonçalves (2009, 238), “hoje já não pairam mais dúvidas sobre a natureza contratual da responsabilidade médica”.

Sua natureza é contratual, desde que seja nos casos em que haja convenção, ou seja, nos casos que há ajuste entre as partes interessadas (médico e paciente), podendo este ser de maneira tácita.

Poderão ocorrer situações em que haverá a responsabilidade médica extracontratual, que são as situações nascidas do dever de não causar dano a ninguém. São os casos de dever de ética médica, por exemplo, nos casos das emergências e urgências, onde o paciente não tem como expressar a sua vontade e o médico, por sua vez, possui o dever profissional de socorrer; e também nas situações onde o médico contratou com um terceiro, são os casos dos médicos das empresas.

Segundo Maria Helena Diniz (2005, p. 307):

o médico, p. ex., responderá extracontratualmente quando: a) fornecer atestado falso; b) consentir, podendo impedir, que pessoa não habilitada exerça a medicina; c) permitir a circulação de obra por ele escrita com erros de revisão relativos à dosagem de medicamentos, que vem a ocasionar acidentes ou mortes; d) não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhora nas condições em que o cliente está sendo tratado; e) operar sem estar habilitado para tal; f) lançar mão de tratamento cientificamente condenado, causando deformação no paciente (*RT*, 180:178).

A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais prestadores de serviços, como é o caso dos médicos, quanto à violação de deveres profissionais, é subjetiva, onde a responsabilização depende da apuração da culpa e encontra-se prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), no artigo 14, § 4º¹⁹.

certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade.

¹⁹ Art. 14, CDC- O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

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

Com isso é correto afirmar que o paciente, de acordo com o artigo 2º, da Lei nº 8.078/90²⁰, encaixa-se na posição de consumidor, enquanto o médico, profissional que presta os seus serviços, enquadra-se na posição de fornecedor de serviços, artigo 3º, da Lei nº 8.078/90²¹.

Assim, com o Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do médico passa a ser considerada uma relação de consumo, devendo ser respeitados os princípios e deveres dessa relação.

3.3 Do Contrato Médico

Como visto anteriormente, a responsabilidade médica é contratual, sendo que a obrigação do médico ao atender o paciente é uma obrigação de fazer.

O contrato surge desde o momento em que o médico é chamado para atender o enfermo ou é procurado por este.

Esse tipo de contrato enquadra-se, na maioria das vezes, na modalidade *intuitu personae*²², portanto de caráter personalíssimo, que se firmam em considerações especiais à pessoa (o contratante teve a intenção de contratar aquela pessoa).

O contrato será oneroso²³, de trato sucessivo²⁴ e bilateral²⁵. (VENOSA, 2009, p. 134)

²⁰ Art. 2º, CDC- Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

²¹ Art. 3º, CDC- Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

²² Contrato *intuitu personae*- Dir. Obr. O mesmo que *contrato pessoal*.

Contrato pessoal- Dir. Obr. Aquele no qual a pessoa é, para a outra parte, elemento determinante da conclusão do negócio; ele não pode ser executado por outrem, ou é intransmissível. Contrato essencialmente pessoal, ou *intuitu personae*. Ex.: o contrato de empreitada em que há cláusula proibitiva de subempreitada. (SIDOU, 2004, p. 220-221)

²³ Contrato oneroso- Dir. Obr. Ou a título oneroso. Espécie de *contrato* bilateral, com a característica de que as vantagens e os encargos são recíprocos. Opos. *Contrato gratuito*. (SIDOU, 2004, p. 221)

²⁴ Contrato de trato sucessivo- (Em lat. tard, *contractus qui habent tractum sucessivum*). Dir. Obr. Subespécie do *contrato de duração* para distinguir aquele em que as prestações são periodicamente repetidas. (SIDOU, 2004, p. 219)

²⁵ Contrato bilateral- Dir. Obr. Contrato cuja formação se perfaz mediante acordo de vontades e cujos efeitos obrigam reciprocamente as partes que o integram. CC, art. 476. Cf. *contrato sinalagmático*. (SIDOU, 2004, p. 215-216)

Este contrato tem por base a confiança, onde o médico sujeita a prestar cuidados para o restabelecimento do paciente, e este, por sua vez obriga-se ao pagamento da consulta, das despesas e principalmente a cumprir o que o seu médico prescreveu.

O objeto deste contrato não é a cura, mas a prestação, por parte do profissional médico, de cuidados de acordo com os ensinamentos dessa ciência para tratar o paciente.

Nesse sentido, há a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EMENTA: INDENIZAÇÃO - Danos materiais e morais - Improcedência - Confirmação - Conduta culposa dos réus - Não comprovação - Tratamento dispensado à autora - Adequação - Laudo do IMESC – Erro Médico - Não configuração - Objeto do contrato médico não é a cura, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e de acordo com as aquisições da ciência - Doutrina - Recurso não provido. (0389839-17.2010.8.26.0000 Apelação. Relator: Sousa Lima. Comarca: Pereira Barreto. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 01/12/2010).

É pacífico na doutrina e jurisprudência que o objeto do contrato médico não é a cura do paciente, mas tratar com respeito e de maneira responsabilizada para melhorar a vida do paciente.

Na responsabilidade contratual, o paciente prejudicado deve provar o fato, devendo ser analisadas as situações fáticas, como também, a verificação se o contrato é de meio ou de resultado.

Nas palavras de José de Aguiar Dias (1997, p. 254):

o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. Pode dizer-se que é geral o acordo no sentido de que é ao cliente que incumbe provar a inexecução da obrigação por parte do profissional.

Contudo, a obrigação apresentada por este contrato é uma obrigação de meio e não de resultado. Como obrigação de meio, o médico se compromete em prestar os cuidados conscienciosos segundo as técnicas, os avanços e progressos da ciência da Medicina e não de obter a cura do enfermo ou de salvá-lo.

O médico “não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 385)

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2005, p. 288) a obrigação de meio é aquela em que:

o devedor se obriga tão-somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão-somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.

Todavia, apesar da responsabilidade médica ser de meio, se o tratamento prescrito ao paciente não resultou do efeito esperado não implicará em inadimplemento contratual.

Também há atividade médica que supõe obrigação de resultado. É aquela em que o paciente busca um determinado resultado e tem o direito de exigir do profissional o resultado desejado. Assim, a obrigação só estará cumprida com a efetiva produção do resultado pretendido, é o caso das cirurgias estéticas, ou cirurgias plásticas embelezadoras, em que o paciente não se encontra doente, entretanto, possui o objetivo de melhorar sua aparência e o cirurgião plástico a obrigação de natureza estética.

Já nas cirurgias plásticas reparadoras ou corretivas a obrigação médica continua sendo de meio, onde o profissional não tem como garantir a exclusão completa do defeito, é o caso das vítimas deformadas por causa de acidentes ou de queimaduras.

Como observa José de Aguiar Dias (1997, p. 277):

no tocante à cirurgia estética, continuam-se a confundir cirurgia reparatória e cirurgia embelezadora. Se aquela pode e deve ser considerada obrigação de meios, a segunda há de ser enquadrada como obrigação de resultado, até pelos termos em que os profissionais, alguns dos quais criminosamente distanciados da ética, se comprometem, sendo generalizada no segundo grupo, ao contrário do que ocorre no primeiro, a promessa do resultado procurado pelo cliente.

Nas cirurgias estéticas onde a obrigação é de resultado, a culpa é presumida, ocorrendo à inversão do ônus da prova, cabendo ao médico provar que o insucesso da cirurgia foi em razão de fatores imponderáveis. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 396).

Encontra-se também como obrigação de resultado, os procedimentos técnicos de exames laboratoriais, como as tomografias e radiografias.

3.4 O Erro Médico

Quando o médico atende o paciente utilizando-se de todos os meios e cuidados para obter a cura, mas ela não ocorre, não significa que na relação contratual ele esteja inadimplente.

Entretanto, pode ser encontrado diante do ato médico erro profissional, que nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 387) é algo distinto da culpa.

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.

Já segundo o Hildegard Taggesell Giostri (1999, p. 136), o erro médico pode ser entendido “como uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional.”

Em outras palavras, erro médico é o prejuízo causado ao paciente pelo médico, no exercício de sua profissão, não havendo propósito em cometê-lo.

O erro médico poderá ser advindo de um acidente imprevisível ou de resultado incontrollável. O acidente imprevisível provem de caso fortuito ou força maior, sendo algo incapaz de ser renunciado; já o resultado incontrollável é algo que até o momento não tem solução, são os casos de evolução da doença e que a ciência médica, naquele momento, não possui a solução. Nesses casos o erro médico não será punido.

Também é escusável a responsabilidade civil médica diante da iatrogenia²⁶, que indica o dano causado pelo médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados. (GONÇALVES, 2009, p. 244)

Entretanto, quando ocorre o erro médico sobrevivendo da negligência, imperícia ou imprudência médica a culpa terá de ser provada, cabendo ao paciente-vítima ou a seus herdeiros demonstrar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Conforte aponta Irany Novah Moraes (2003, p. 555):

a maneira ampla pela qual o erro médico tem sido encarado pela Justiça brasileira encontra seu ponto de equilíbrio em dois fundamentos básicos: 1. a comprovação das provas cabe ao reclamante; 2. a acusação se concretiza apenas depois da comprovação de cinco itens: a) condição legal do médico que o atendeu, ou seja, diploma apostilado pelo Ministério da Educação e registrado no Conselho Regional de Medicina do Estado em que exerce a profissão; b) haver o dano alegado; c) existir o ato médico que o produziu; d) estar claramente comprovado o nexo de causa e efeito entre o ato médico e o dano referido; e) existir culpa do médico caracterizada por uma ou mais das três alternativas – imprudência, negligência ou imperícia.

Ocorre que a responsabilidade médica por depender do previsto no Código de Defesa do Consumidor dá a possibilidade ao juiz inverter o ônus da prova (artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90²⁷), permitindo que o consumidor-paciente, por ser a parte hipossuficiente na relação, seja favorecido, pois não possui conhecimento científico, técnico e até muitas vezes poderes econômicos para demonstrar as provas da negligência, imperícia e imprudência médica.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 239), “o profissional médico encontra-se, sem dúvida, em melhores condições de trazer aos autos os elementos probantes necessários à análise de sua responsabilidade”.

Segundo o autor Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 391), essa inversão do ônus da prova que o Código de Defesa do Consumidor traz não significa que para os profissionais liberais foi criado um regime especial privilegiado; o que ocorre é uma exclusão da responsabilidade objetiva. Entretanto, tais profissionais estão

²⁶ Iatrogenia- *Medicina Legal*. Deficiência física causada por médico para salvar a vida do paciente. Por exemplo: a) amputação de perna para tratar gangrena (Irany N. Moraes); b) alteração patológica provocada no paciente por tratamento médico (Rui Stoco). (DINIZ, 2010, p. 311)

²⁷ Art. 6º, CDC- São direitos básicos do consumidor:

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

sujeitos a todos os demais princípios e regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor.

Além da responsabilização jurídica, vale lembrar que o médico está sujeito às sanções administrativas da sua entidade fiscalizadora, Conselho Federal ou Estadual de Medicina, podendo até mesmo ser impedido, dependendo da gravidade da situação, de exercer sua profissão. (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2008, p. 220)

3.4.1 O erro de diagnóstico

Primeiramente é preciso conceituar diagnóstico, que nas palavras de Miguel Kfoury Neto (1998, p. 74), “consiste, pois, uma vez efetuadas todas as avaliações, na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente.” Em outras palavras, diagnóstico é a indicação da moléstia que acomete o paciente e também as suas causas, e a partir dessa identificação que o médico estabelece qual o tratamento adequado naquele caso.

Tem grande importância para a ocorrência de um diagnóstico preciso que o paciente relate todos os sintomas ao médico, bem como tudo o que acometeu anteriormente, como alergias, doenças passadas, intolerância a quais medicamentos etc, para que o médico consiga, perante todos esses dados e mais os exames realizados, atingir um diagnóstico correto e posteriormente, tratamento adequado.

De acordo com Irany Novah Moraes (2003, p. 203) o diagnóstico é algo complexo e que deve ser examinado atentamente sob quatro vertentes: funcional, sindrômica, anatômica e etiológica.

O diagnóstico funcional é facilmente feito pelos dados da história clínica bem tomada é às vezes até mesmo só pela queixa do paciente.

O diagnóstico sindrômico depende da competência do médico tirar bem a história clínica, interpretando sua evolução a cada alteração no quadro ou sintoma; é mais explicativo do que objetivo e indica como a função do órgão ou a estrutura afetada foi alterada pela doença.

O diagnóstico anatômico, o exame físico bem feito, é rico em sinais, e os exames complementares de imagem são modernamente cada vez menos invasivos, e mais exatos, com maior precisão, melhor sensibilidade e sempre com progressiva exatidão.

O *diagnóstico etiológico* costuma ser o mais difícil, embora com todo o progresso da biotecnologia, pois, de quase mil doenças oficialmente catalogadas pelas organizações internacionais, apenas se conhece a causa de um terço delas.

Conforme ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 244), “o erro de diagnóstico, [...], não gera responsabilidade, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica e não lhe tenha acarretado danos”.

Como observa Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 151), uma

questão que tem sido levada aos tribunais franceses é se o médico responde pelo “erro de diagnóstico”, ou “erro de técnica”. E tem sido admitido que o “erro de diagnóstico” não é culposo (Maurie e Aynès, loc. cit.), mas atrai a responsabilidade do médico, “no momento em que não teria sido cometido por um profissional prudente, colocado nas mesmas condições externas do deficiente” (Mazeaud, nº 511). Mas o “erro de técnica deve ser apreciado pelo juiz com maior cautela, especialmente quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas” (Aguiar Dias, loc. cit.). Dito de outra forma, nos casos controvertidos ou duvidosos, o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência (Carvalho Santos, loc. cit.).

Em princípio o erro de diagnóstico é aceitável a não ser que seja um erro muito grosseiro.

Hoje os médicos podem apoiar-se para prescrever um diagnóstico preciso nos avanços tecnológico presentes nos exames laboratoriais, ultra-som, tomografia computadorizada, ficando mais difícil desse modo a exclusão da responsabilidade perante um diagnóstico duvidoso que acometeu o paciente a um tratamento que lhe trouxe agravantes.

Entretanto, segundo Irany Novah Moraes (2003, p. 239), o diagnóstico pode ser corrigido ao longo do tratamento, sempre que possível, para que as sequelas no paciente sejam menores e que assim obtenha-se a cura.

Conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. LABORATÓRIO DE ANÁLISE. ERRO DE DIAGNÓSTICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA DO SERVIÇO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAL E MORAL. 1. Evidenciado o erro de diagnóstico pela prova testemunhal e pericial produzida, em razão da divergência de diagnóstico de doença maligna atribuída à autora, não comprovados pelas contraprovas, existente a falha na prestação do serviço que sujeita o laboratório e sua responsável médica a reparação pelos danos materiais e morais sofridos pela demandante, independente da necessidade da intervenção cirúrgica para a extração do nódulo, pois a repercussão não se resume apenas na intervenção que foi determinada pelo equivocado diagnóstico, mas, principalmente, pelo prejuízo emocional que afetou a

autora mediante o conhecimento de que estava acometida de uma doença de malignidade severa. 2. Valor da indenização do dano moral que se mantém, porque ajustado as peculiaridades do caso concreto, especialmente a condição das partes envolvidas, onde a prova da capacidade econômica da parte demandada pessoa jurídica se afere apenas pela juntada do contrato social, cujo capital não revela empresa de maior porte. 3. Condenação modo solidário que se mantém, porque afeiçoado ao pedido formulado que não distingue a atuação de cada um dos demandados. APELOS DESPROVIDOS. SENTENÇA CONFIRMADA. (Apelação Cível Nº 70034489658, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 20/10/2010).

Nota-se que nesse caso, a paciente além do dano material teve que suportar também danos morais, que como a própria ementa relata é o principal prejuízo sofrido por paciente que vê seu bem maior, a vida, em perigo, e na realidade foi vítima de um erro de diagnóstico.

3.4.2 O erro de procedimento

O tratamento vem logo após a identificação do diagnóstico pelo médico, onde este utilizará os meios existentes naquele momento histórico para aliviar a dor do paciente e conservar a sua vida. Este é o momento de cumprir o diagnóstico.

O erro de procedimento ocorre quando o médico exerce sua função com imperícia, imprudência ou negligência.

Ocorre a *imprudência* quando o profissional procede sem cautela. Trata-se de precipitação, afoiteza. Serve como exemplo o cirurgião que opera sem o diagnóstico correto e sem o preparo adequado do paciente, como no caso do que opera o fumante sem suspender o fumo antecipadamente, [...].

Negligência é a falta de diligência, implicando desleixo ou preguiça. Resulta de esquecimento ou de omissão. Esquecimentos de gases ou de compressas enquadram-se nesta falha. [...].

Imperícia é deficiência de preparo ou de habilitação, desconhecimento adequado da conduta, falta de habilidade técnica para a realização do procedimento escolhido, incompetência. Enquadram-se neste caso a ligadura das artérias ilíacas nas histerectomias ou nos abaixamentos de reto por cirurgião sem o devido preparo, a ligadura dos ureteres nas histerectomias. (MORAES, 2003, p. 553).

Pode-se vislumbrar referido erro quando o médico ministra o medicamento incorreto para aquela determinada moléstia ou a dose errada ou até mesmo prescrever uma cirurgia não sendo esse o caso para tal contravenção.

Vale lembrar que no erro de procedimento, “para que se responsabilize o profissional que cometeu o erro é fundamental que se estabeleça o nexo de causa e efeito entre o procedimento e a seqüela.” (MORAES, 2003, p. 554)

4 CULPA MÉDICA

Independentemente da área que o profissional atue é imprescindível que aja com zelo e que possua os conhecimentos básicos, teóricos e práticos, de sua profissão. Porém, às vezes, essa atuação cautelosa não ocorre, agindo o profissional de maneira culposa, acarretando danos a outrem.

Conforme aponta Irany Novah Moraes (2003, p. 575), “a culpa pode ser ou não maliciosa, voluntária ou involuntária, implicando sempre na falta ou inobservância da diligência que é devida na execução do ato a que se está obrigado”.

Já nas palavras de Altavilla *apud* Miguel Kfoury Neto (1998, p. 61), “para a caracterização da culpa não se torna necessária a intenção, basta a simples voluntariedade de conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns”.

Nota-se a jurisprudência que trata de erro médico:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Erro médico - Esquecimento de lâmina de bisturi no joelho da autora quando da realização de cirurgia para correção de lesão no menisco - Permanência do objeto estranho no corpo da paciente por quase dois anos - Culpa dos médicos requeridos, na modalidade imperícia-negligência - Responsabilidade do estabelecimento réu por ato culposos dos profissionais que pertencem a seu corpo clínico - Danos morais cabíveis em virtude tanto da intensificação das dores sofridas pela requerente, como em decorrência da necessidade de submeter-se à nova intervenção para retirada do corpo estranho - Devida a majoração do valor da indenização, tendo em vista o sofrimento da paciente e a necessidade de dissuadir os requeridos de cometer novamente o ilícito no futuro - Indevida a condenação dos réus às penas por litigância de má-fé - Recurso dos réus não provido e recurso da autora parcialmente provido. (Apelação 0005238-74.2003.8.26.0008, 4ª Câmara de Direito Privado, Comarca: São Paulo, Relator: Francisco Loureiro, Julgamento: 21/10/2010).

No julgamento do exemplo trazido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ficou evidenciada a responsabilização dos médicos em virtude de agirem de maneira culposa, modalidade imperícia-negligência para com o paciente.

A responsabilidade civil médica é compreendida pela responsabilidade subjetiva que, como já citado em outra oportunidade²⁸, é a responsabilidade baseada na culpa, na qual esta deve ser comprovada para que surja a necessidade de ressarcimento²⁹.

A culpa pode ser *lato sensu*, que é a culpa advinda da atuação desastrosa, voluntária do agente, onde há a intenção de agir de maneira errônea, há o dolo; e a culpa *stricto sensu*, ou também conhecida culpa aquiliana, onde o causador do dano agiu de modo negligente e imprudente causando prejuízos a vítima.

De acordo com essas modalidades ensina Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 297), que “em qualquer de suas modalidades, entretanto, a culpa implica a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los.”

Segundo o autor Hildegard Taggesell Giostri (2000, p. 38):

a culpa do profissional médico, perante o direito, é uma culpa comum e não uma culpa especial, como querem alguns, o que diferenciaria sua conduta dos demais indivíduos. Também a responsabilidade que lhe é atribuída é aquela idêntica para todos; diferente, apenas, é a natureza de ocorrência da culpa, pois esta resulta do exercício de uma profissão, da profissão médica.

Na presente responsabilidade é necessária a comprovação pelo paciente que suportou os danos, de que o médico agiu de maneira voluntária, além da forma negligente, imprudente ou imperita (culposa); sendo que a culpa mesmo que levíssima, nesses casos, gera a obrigação de indenizar.

Nas palavras de Mazeaud e Tunc *apud* Miguel Kfouri Neto (1998, p. 63), “agindo o médico com culpa, em qualquer das suas modalidades, seja qual for a natureza – profissional ou não – e independentemente da gravidade, mas desde que provada, ver-se-á compelido a reparar o dano que eventualmente provoque”.

Miguel Kfouri Neto, em seu livro *Responsabilidade civil do médico – Revista dos Tribunais* (1998, p. 61) –, ressalta um texto de Bertrand de Greville (citado por Mazeaud-Tunc), a respeito da responsabilidade civil de todos os indivíduos: “todo indivíduo é responsável pelos seus atos: esta é uma das primeiras

²⁸ Item: 2.3.2.1 Responsabilidade civil subjetiva, p. 20.

²⁹ O referido preceito está presente no Código Civil, no artigo 186.

máximas da sociedade, daí decorre que, se esse ato causa algum dano a outrem, é certo que seja obrigado a repará-lo aquele que, por culpa sua, o tenha ocasionado”.

Como observa René Savatier, Jean Savatier, Jean-Marie Auby e Henri Pequignot *apud* João Monteiro de Castro (2005, p. 46):

como fonte de responsabilidade, a culpa médica pode se apresentar por três vias: a) violação dos deveres de humanismo, impostos pelo direito ao mister do médico; b) falha quanto às regras técnicas da medicina, acerca das quais o profissional há de estar sempre diligenciando para se manter atualizado; e c) imprudência ou negligência banais, como qualquer pessoa.

Ocorre que na atividade médica a comprovação da culpa médica se torna difícil em decorrência de que esta atividade não visa causar prejuízos a saúde do paciente, o que ocorre é que através da conduta negligente, imperita ou imprudente do médico, ou seja, através da inobservância do dever que lhe é imposto, resulta danos ao paciente, danos estes que dão lugar a reparação.

4.1 Culpa Concorrente

Apresenta-se a culpa concorrente quando o médico e o paciente concorrem culposamente para que o último suporte danos.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 42), “a doutrina atual tem preferido falar, em lugar de concorrência de culpas, em *concorrência de causas ou de responsabilidade*, porque a questão, [...], é mais de concorrência de causa do que de culpa”.

Aqui há nexos de causalidade entre a conduta médica e o prejuízo, mas o paciente também concorre culposamente para isso. Segundo Hildegard Taggesell Giostri (1999, p. 70), esta é uma responsabilidade bipartida, onde tanto a parte médica quanto a parte paciente, respondem pela parcela de culpa que lhe cabem.

Exemplo trazido por João Monteiro de Castro (2005, p. 147): “é o caso [...] de paciente que não segue as prescrições do médico, não toma os remédios receitados ou mesmo que abandona o tratamento ou os próprios cuidados do médico”. Assim, tendo o paciente culposamente contribuído para o surgimento ou agravamento do dano, este terá de suportar a parte a que tenha dado causa.

Esse é um dos grandes problemas enfrentados por juízes, pois terão que valorar e tornar proporcional o grau de participação de cada parte ao dano, para só a partir dessa quantificação estabelecer a indenização que o paciente deverá receber pelo erro médico.

A respeito desse tema, Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 305) diz que

quando a culpa da vítima é apenas parcial, ou concorrente com a do agente causador do dano, ambos contribuem, ao mesmo tempo, para a produção de um mesmo fato danoso. É a hipótese, para alguns, de “culpas comuns”, e, para outros, de “culpa concorrente”. Nesses casos, existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá repartição de responsabilidades, de acordo com o grau de culpa. A indenização poderá ser reduzida pela metade, se a culpa da vítima corresponder a uma parcela de 50%, como também poderá ser reduzida de $\frac{1}{4}$, $\frac{2}{5}$, dependendo de cada caso.

O Código Civil traz em seu artigo 945³⁰, o caso de concorrência da vítima ao evento danoso, onde será fixada a gravidade da conduta de cada parte, para aí ser estabelecida a indenização.

4.2 Culpa Exclusiva da Vítima

Na culpa exclusiva da vítima o prejuízo suportado pelo paciente ocorreu exclusivamente por sua culpa, fazendo desaparecer a responsabilidade do médico, pois há a inexistência do nexo entre a causa e o efeito, entre a conduta médica e o prejuízo que o paciente experimentou.

Toda a culpa é atribuída ao paciente, sendo o médico mero instrumento para que o dano ocorra.

Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 441) diz que, “não há liame de causalidade entre o seu ato e o prejuízo da vítima”. Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza (2001, p. 31), traz um exemplo que bem ilustra tal questão, a saber:

³⁰ Art. 945, CC- Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

o caso de um paciente internado que tenha recebido ordem de seu médico assistente para não se levantar da sua cama até a enfermeira voltar com a cadeira de rodas a fim de levá-lo ao banho. Nesse lapso de tempo, todavia, o paciente, achando-se disposto, resolve – contrariando a ordem recebida – levantar por conta própria e se dirigir ao banheiro. No primeiro passo não agüenta e cai, vindo a fraturar a bacia.

A culpa exclusiva da vítima é uma causa excludente de responsabilidade³¹, onde o médico é liberado de toda e qualquer responsabilidade por prejuízo suportado por seu paciente. Assim, não havendo culpa médica não há que se falar em reparação.

4.3 A Responsabilidade Civil do Médico no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) coloca a responsabilidade civil dos profissionais liberais, incluindo aqui a classe médica, em seu artigo 14, § 4º, onde revela que a responsabilidade desses profissionais será apurada mediante a verificação de culpa, em qualquer das três modalidades: negligência, imprudência ou imperícia, tratando-se, portanto, da responsabilidade subjetiva.

Para Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 507), o profissional liberal é aquele que, “exerce uma profissão livremente, com autonomia, sem subordinação. Em outras palavras, presta serviço pessoalmente, por conta própria, independentemente do grau de escolaridade”.

Afasta-se dessa forma a regra do artigo 14, caput, deste dispositivo, onde relata ser a responsabilidade dos prestadores de serviços defeituosos, objetiva, sendo necessária apenas a constatação do nexo de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva e o resultado.

O artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor é uma exceção a esta regra, como visto anteriormente, pois estabelece para caracterizar a responsabilidade dos profissionais liberais a presença dos elementos essenciais resultantes da culpa, e ainda o nexo causal.

³¹ Item 2.5 Das Causas Excludentes de Responsabilidade Civil, p. 28.

Dessa forma, o profissional médico é considerado para o Código de Defesa do Consumidor como fornecedor de serviços, cabendo-lhe a definição contida no seu artigo 3º. Já o paciente é colocado na posição de consumidor dos serviços médicos (artigo 2º do CDC) e os tratamentos e cirurgias como serviços (artigo 3º, § 2º do CDC).

Segundo Hildegard Taggesell Giostri (2000, p. 110), “a referida exceção, todavia, aplicar-se-ia apenas ao profissional liberal, não se estendendo àquelas pessoas jurídicas para as quais venha a prestar serviço, ou às quais se integre”.

Cabe esclarecer que a pessoa jurídica, por exemplo, os hospitais e grupos de saúde, não se encaixam na exceção do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, sendo apurada sua responsabilização mediante o princípio da responsabilidade objetiva; já a do médico que trabalha no referido hospital, como já foi dito anteriormente, é apurada mediante a responsabilidade subjetiva, portanto, necessita da verificação e comprovação da culpa.

Numa opinião minoritária, como a dos autores Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza, defendem a não aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao profissional da medicina. Para eles

o médico, bem como os estabelecimentos de saúde, não são fornecedores nem prestadores de serviços e, por conseguinte, a relação médico/paciente não pode ser regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo certo dizer, ainda, que os pacientes, por sua vez, não serão consumidores ao procurarem os profissionais da saúde para se tratar. (COUTO FILHO; SOUZA, 2001, p. 65)

Essa corrente minoritária, afirma que o paciente não pode ser considerado um consumidor e tem como argumento principal para a não aplicabilidade, a ideia de que a responsabilização médica estava prevista no Código Civil de 1916, no artigo 1.545³² e que o Código de Defesa do Consumidor não revogou. Ao contrário, o Código Civil de 2002, posterior ao Código consumerista, tratou mais uma vez dos profissionais da saúde em seu artigo 951³³.

³² Art. 1.545, CC/16- Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que dá imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

³³ Art. 951, CC/02- 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

4.3.1 Inversão do ônus da prova

Segundo nosso diploma civil, para a vítima obter a reparação do prejuízo sofrido terá que provar a culpa *stricto sensu*³⁴ do agente.

No entanto é permitida a inversão do ônus da prova no caso da responsabilidade médica, que é como já visto uma responsabilidade subjetiva, como de todos os profissionais liberais.

Encontra-se previsto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, onde é permitido ao juiz inverter o ônus da prova, a favor do consumidor (paciente), para facilitar a defesa de seus direitos, quando verificar a complexidade técnica da prova da culpa, sendo esta a principal inovação do Código de Defesa do Consumidor no que se refere à responsabilidade civil do médico.

Essa inversão não ocorre de maneira automática. É o juiz que tem o critério de analisar o caso e verificar que o paciente, parte prejudicada na relação, é a parte hipossuficiente, sem condições de trazer ao processo o que realmente aconteceu diante da conduta médica.

A hipossuficiência deve ser ajustada em decorrência da dificuldade em se realizar a prova, pois para o paciente demonstrar a culpa médica e também as condições do que realmente aconteceu é mais dificultoso, até mesmo pela fragilização de sua saúde, que se encontra muitas vezes, tendo mais condições os médicos.

imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inutilizá-lo para o trabalho.

³⁴ Culpa. Enquanto o dolo é a vontade livre e consciente de praticar a infração à norma [...], a culpa vem a ser a prática de determinada ação, ou omissão, sem intenção de prejudicar a terceiro, mas ocorrente o fato por imprudência (ausência de cautela), negligência (abstenção) ou imperícia (inabilidade técnica). A culpa pode ser considerada *latu sensu*, isto é, em sentido genérico, amplo, e nesse caso, abrange inclusive o dolo, entendido o conceito como o ato contrário ao Direito. Já em sentido estrito (*stricto sensu*), é a culpa propriamente dita, ou seja, a ação ou omissão baseada na negligência, imprudência ou imperícia. [...]. (LUIZ, 2000, p. 72)

4.4 Comprovação da Culpa

A comprovação da culpa na atividade médica é extremamente difícil de ser produzida, visto que a matéria envolve questões relativas à técnica, à ciência e a arte médica, como também pela severidade na exigência das provas pelos Tribunais.

Os magistrados são leigos nessa ciência, sendo admitido para a comprovação da culpa médica todos os meios de prova admitidos no direito, tais como: prova pericial, testemunhal, prontuário médico, os atestados médicos, entre outros.

Para Miguel Kfoury Neto (1998, p. 73):

os meios de prova são os usuais: depoimento pessoal do médico (pode ocorrer confissão); inquirição de testemunhas (mesmo as suspeitas ou impedidas); prova documental; informes (notícias veiculadas pela imprensa etc); inspeção judicial; presunções; prova pericial; a convicção e o convencimento do juiz.

Quanto à prova pericial há certo cuidado em sua admissão para alguns autores, como podemos ver nas citações abaixo:

Nas questões judiciais, não sendo o magistrado um técnico, a experiência revela que deve ser recebida com cautela a opinião do perito em que se louva, pois que este, sem embargo de seu elevado conceito, tende a isentar o colega, pelo ato incriminado, sob a inspiração do “*esprit de corps*” ou solidariedade profissional, como observam Mazeaud e Mazeaud, *Responsabilité Civile*, I, n° 510. Lacerda Panasco, a propósito, alude ao que denomina “Conspiração do Silêncio”. Salvo naqueles casos em que a conduta constitui prática delitual, o juiz deverá atender a todas as particularidade da espécie a ser decidida. Mesmo em face de um laudo pericial o juiz não está adstrito às conclusões da perícia, podendo sem embargo das constatações do relatório, proclamar a culpa contrariamente às conclusões do laudo (Mazeaud, loc. cit.), como, aliás é expresso em nosso Código de Processo Civil, uma vez que o juiz não é adstrito ao laudo, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436). (PEREIRA, 1998, p. 149)

Para Cunha Gonçalves *apud* Miguel Kfoury Neto (1998, p. 69), há um peso atribuído “na valoração da prova, aos depoimentos das testemunhas que às próprias opiniões científicas dos peritos, muitas vezes contaminados pelo espírito de classe”.

Para Hildegard Taggesell Giostri (2000, p. 40), a culpa médica encontra obstáculos para serem declarados de maneira clara, obstáculos que decorrem dos fatores: a) natureza confidencial das relações médico-paciente, pois essa relação na maioria das vezes ocorre no consultório médico, sem testemunhas ou documentos; b) encontramos o silêncio por parte dos que presenciaram o erro médico; c) aspecto técnico da culpa médica, onde o perito vem compelido pelo *esprit de corps*, por se tratar de um colega profissional, este muitas vezes reage com certo favorecimento a sua classe profissional.

Cabe ao juiz avaliar a perícia e examinar o laudo com as conclusões dos peritos, pois como todo e qualquer meio de prova podem apresentar defeitos, tendo o juiz, através do princípio da livre convicção, o poder de desprezá-la ou não.

Mas não se pode generalizar que toda prova pericial produzida perante erro médico será adstrita de favorecimento da classe profissional, pois muitos laudos são extremamente severos ao apontar o erro médico.

É exigível do juiz, nos casos relativos à culpa médica, discussões e reflexões profundas sobre o caso e a análise de todo o conjunto probatório com objetividade.

Também é necessária certa celeridade quantos aos processos relativos ao erro médico, em razão da colheita de provas para que estas não sejam contaminadas. Entretanto, não é apenas a culpa médica que o juiz deverá analisar se está presente no processo, também deve ser analisado o nexo de causalidade entre a conduta e o efeito, observar o dano médico sofrido e avaliar as condições do médico, como os meios disponíveis naquela região, como exemplo, equipamentos, exames laboratoriais e medicação.

5 DANO MÉDICO

Sem o dano não há que se falar em indenização, nem na figura da responsabilidade civil. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 73), “sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito”.

Ainda segundo o autor,

conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

Dano significa a lesão que a vítima sofre, podendo ser um prejuízo moral ou material, causado por ação ou omissão do agente, entretanto, deve ser certo, real e atual.

A respeito desse tema, João Monteiro Castro (2005, p. 28) afirma que

o dano provocado por médico a reclamar indenização nasce da conexão entre o fato antijurídico (descumprimento dos deveres de aconselhamento, cuidado, abstenção de abuso ou desvio de poder, erro técnico culposo ou fato de terceiro pelo qual responda o facultativo), a ele imputável a título de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), e o resultado danoso (patrimonial ou extrapatrimonial).

Quem deve provar o dano é a vítima que o sofreu. E de acordo com os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 38), “em regra, todos os danos devem ser ressarcíveis, eis que, mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao *status quo ante*, sempre se poderá fixar uma importância em pecúnia, a título de compensação”.

Em suma, a noção de dano médico estabelecida é a da lesão a bem jurídico que pode ser tanto patrimonial quanto moral, que envolve a antijuridicidade da conduta do médico, que no exercício de sua profissão age com negligência,

imprudência ou imperícia, causando prejuízos ao paciente. São desses prejuízos que surgiu a divisão do dano que será estudada a seguir.

5.1 Dano Patrimonial ou Material

O dano patrimonial atinge os bens do patrimônio da vítima, mais precisamente os interesses econômicos e materiais, na qual o causador do dano terá de ressarcir.

Para Sílvio Salvo Venosa (2009, p. 37), “o *dano patrimonial*, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”.

Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 377), diz que

é de salientar que o ressarcimento do dano *material* ou *patrimonial* tem, [...], natureza sancionatória indireta, servindo para desestimular o ofensor à repetição do ato, sabendo que terá de responder pelos prejuízos que causar a terceiros. O caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio do lesado.

O dano patrimonial pode resultar não apenas da violação de bens patrimoniais, como também da violação a interesses personalíssimos.

Nas palavras do autor Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 74):

a violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas – o médico difamado perde a sua clientela -, o que para alguns autores configura o dano patrimonial indireto.

Como exemplo de dano patrimonial advindo de dano médico tem a impossibilidade temporária ou permanente para o trabalho e as despesas médico-hospitalares.

Ocorre que o dano patrimonial atinge muitas vezes não somente o patrimônio presente da vítima, como também o patrimônio futuro, impedindo que

este tenha um crescimento. Daí resulta a divisão do dano patrimonial em dano emergente e lucro cessante, disciplinada no artigo 402 do Código Civil.

5.1.1 Dano emergente

O dano emergente (*damnum emergens*), também chamado de dano positivo, representa a efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em decorrência do ato ilícito praticado pelo ofensor.

Para o autor Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 74), “dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a *restitutio in integrum*. Esse dano significa a diferença do patrimônio da vítima antes da ocorrência do ato ilícito com o que ela passou a ter depois do ilícito

Como aponta Sílvio Salvo Venosa (2009, P. 37), “na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos”.

5.1.2 Lucro cessante

O lucro cessante (*lucrum cesans*) significa a perda de um ganho esperável, no futuro, pela vítima; uma frustração na expectativa de um ganho, de um lucro razoável. Pode decorrer da interrupção do trabalho profissional da vítima ou da frustração daquilo que ele esperava obter.

Para o autor Jorge Mosset Iturraspe *apud* João Monteiro de Castro (2005, p. 33):

assim, o prolongamento do estado patológico ou a inatividade em razão da internação, tratamento ou convalescença gera uma inatividade que impede o exercício da capacidade produtiva, bem dizer da aquisição dos frutos do trabalho ou da atividade humana. Daí a pertinência do pedido de lucros cessantes.

Entretanto o lucro cessante tem que ser analisado, pelo julgador, diante do princípio da razoabilidade e do bom senso, pois não pode ser caracterizado por um lucro hipotético e imaginário que deixou de ser ganho.

5.1.3 Teoria da perda de uma chance

Esta teoria tem relação com o lucro cessante, pois expressa que o ato ilícito sofrido tira da vítima a oportunidade de obter uma situação melhor no futuro.

Para o autor Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 77):

caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por *chance* a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

A chance tem que ser real, séria e não ser resultante de fato hipotético, vago ou de um desejo. Conforme aponta Sílvio Salvo Venosa (2009, p. 290), “a ‘chance’ deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade, *um prognóstico de certeza*”.

Entretanto, essa teoria não é vista como a perda de um resultado certo, pois não se tem a certeza de que o fato iria se concretizar, devendo ser vista como a perda da possibilidade de se conseguir o resultado.

A concessão do ressarcimento pela perda de uma chance é bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência, ora concedida a título de dano moral, ora concedida a título de dano patrimonial, mais precisamente à expressão de lucro cessante.

Como observa o autor Sérgio Cavalieri Filho, a teoria da perda de uma chance ao ser aplicada à atividade médica recebe o nome de teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, pois o que se perde é a possibilidade da cura, pois a moléstia já existe. Nas suas palavras: “o elemento que determina a indenização é a *perda de uma chance de resultado favorável no tratamento*”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 80).

Para o autor Neri Tadeu Camara Souza (2008, p. 82-83):

a culpa, no caso, se caracterizaria pelo fato de não terem sido dadas ao paciente todas as “chances” (investigação e tratamento, inclusive especializados) de se recuperar de sua moléstia. Pode, neste caso, pois, presumir, o julgador, estar a culpa presente no agir – conduta – do profissional médico, podendo, assim, haver decisão judicial de conceder uma indenização ao paciente, embora até possa vir a ser, na sentença, de menor monta o seu valor pecuniário.

Em resumo, essa teoria surge quando da intervenção médica, o paciente perde a possibilidade de se curar ou de pelo menos realizar o tratamento adequado.

5.2 Dano Moral, Extrapatrimonial ou Não-Material

O conceito de dano moral, segundo Arnaldo Marmitt (1999, p. 7), trata-se do

efeito da ofensa a um bem jurídico imaterial, integrante da personalidade ou do patrimônio moral de alguém. Resulta de lesão a direito personalíssimo e incide sobre bens da vida autônomos. [...]. Emanam da dor, do espanto, da emoção, do sofrimento, da dolorosa sensação no mais amplo sentido.

Como se pode ver dano moral é a lesão a valores da pessoa que atingem a sua personalidade e moralidade causando constrangimentos, vexames e dores, sendo uma lesão de conteúdo não pecuniário.

É um sofrimento que afeta não apenas o corpo do agredido, como também seu espírito, seu bem estar íntimo, ou seja, afeta seu psíquico, seu ânimo moral e intelectual.

Para a autora Teresa Ancona Lopez (2004, p. 28-29), o dano moral se divide nas espécies: dano moral objetivo, subjetivo e dano moral à imagem social. Nas palavras da autora:

Pensamos que o dano moral se divide nas seguintes espécies:

1. *Danos morais objetivos* são aqueles que ofendem os direitos da pessoa tanto no seu aspecto provado, ou seja, nos seus direitos da personalidade (direito à integridade física, ao corpo, ao nome, à honra, ao

segredo, à intimidade, à própria imagem), quanto no seu aspecto público (como direito à vida, à liberdade, ao trabalho), assim como nos direitos de família. [...]

2. *Dano moral subjetivo* é o *pretium doloris* propriamente dito, o sofrimento d'alma, pois a pessoa foi ofendida em seus valores íntimos, nas suas afeições. [...]. Este tipo de sofrimento integra e é absorvido pelos danos morais à pessoa, mas podem se constituir em dano autônomo, *quando somente a dor está sendo objeto de reparação*. [...]

3. *Dano moral à imagem social*. [...] o dano estético deveria ser visto em suas duas dimensões, quais sejam a *ontológica*, que é exatamente a desfiguração da aparência externa, o comprometimento da harmonia das formas, da imagem individual, lesões essas que são origem de grandes sofrimentos, e a *sociológica*, pois, por causa da desfiguração estética, a pessoa pode não ter a mesma aceitação social e até causara repulsa, o que também vai ser fonte de grandes desgostos e sofrimentos.

A natureza da reparação do dano moral, segundo o autor Arnaldo Marmitt (1999, p. 11) é mista ou dupla, ou seja, de pena e de satisfação compensatória.

Entretanto essa reparação não restitui ao *statu quo ante*, mas visa reparar, em dinheiro, o prejuízo moral sofrido.

Para o autor Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 84), “o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização”.

Ocorre que somente o dano razoavelmente grave deve ser reparado. O autor Arnaldo Marmitt (1999, p. 23) afirma que o dano moral só será ressarcível se presentes os requisitos:

- a) efetiva existência do dano moral, porque a ofensa não pode ser hipotética ou duvidosa quanto à sua caracterização;
- b) relação de causalidade entre o evento danoso e o dano moral, ou o prejuízo causado à vítima;
- c) diminuição ou extinção de um bem jurídico moral, pertencente à pessoa natural ou jurídica lesada;
- d) legitimidade de quem postula a reparação, que só pode ser pleiteada pelo titular do direito vulnerado;
- e) subsistência do dano moral no momento do exercício da ação pela vítima;
- f) inexistência de causas exoneradoras de responsabilidade, como caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, que tem o poder de exonerar da obrigação de reparar o desfalque ocorrido.

A indenização por dano moral está prevista na Constituição Federal no artigo 5º, incisos V e X³⁵ e presente no Código Civil no artigo 186.

De acordo com a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça³⁶, é possível a cumulação do dano moral com o dano patrimonial, mesmo que decorram do mesmo fato, pois vários podem ser os efeitos de um mesmo fato gerador.

O dano moral tem existência própria e não se confunde com o dano patrimonial, podendo ser exigido sua tutela jurídica independentemente.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 77) a indenização por dano moral desempenha uma função satisfatória; nas palavras desses autores, “a reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada judicialmente, com o objetivo de possibilitar ao lesado uma satisfação *compensatória* pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as conseqüências da lesão”.

Já Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 376) afirma que:

tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

A legitimação para demandar esta reparação é do lesionado, entretanto, a jurisprudência e doutrina vêm firmando o entendimento que os herdeiros também possuem esta legitimação nos casos em que lei a autorizar, como exemplo, no caso da morte (artigo 943 do Código Civil³⁷).

Entretanto, para que ocorra a reparação desse dano é necessário que o julgador considere alguns elementos como: gravidade e extensão do dano, condição econômica do ofensor e do ofendido, posição profissional e social do ofendido, a intensidade do sofrimento ou humilhação do ofendido, entre outros.

³⁵ Art. 5º, CF- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³⁶ Súmula 37 do STJ- São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

³⁷ Art. 943, CC- O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

Também, o julgador tem que ser guiado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Já a prova do dano moral ao ofendido não é obrigado fazer, principalmente se o dano for a um dos direitos da personalidade, não se prova.

Como afirma o autor Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 370), “dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta”.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização - Dano moral - Erro médico - Morte de menina de doze anos de idade, por broncopneumonia - Diagnóstico de faringite e inflamação nas vias aéreas superiores cerca de cinco horas antes, sem que fossem observadas cautelas elementares antes da sua dispensa e alta no ambulatório - Condenação bem decretada, provimento parcial dos apelos apenas para reduzir a indenização aos limites do acórdão. (Apelação 9204601-10.2003.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Comarca: São Paulo, Relator: Luiz Ambra, Julgamento: 01/12/2010).

No exemplo acima, é devido à indenização por danos morais em decorrência dos pais da criança, pois houve um erro médico, vindo à vida da criança a pagar por tal erro.

5.2.1 Dano estético

O dano estético é espécie do gênero dano moral e representa uma ofensa a um direito da personalidade. Esse dano sempre causa prejuízos morais e, às vezes, prejuízos materiais.

Segundo o autor Neri Tadeu Camara Souza (2008, p. 107), o dano estético é “aquilo que agride a pessoa nos seus sentimentos de auto-estima, prejudicando a sua avaliação própria como indivíduo”.

Dano estético é a lesão que provoca na vítima desconforto, sentimento de inferioridade conjuntamente o desconforto psicológico, pois é uma lesão que envolve todo o corpo da pessoa, sendo uma lesão na aparência física, caracterizada

não apenas por cicatriz ou aleijão, como também pela impossibilidade de realizar certos movimentos ou uma mudança na voz do paciente.

O dever de reparar por dano estético também abrange as pessoas idosas, pois a reparação por esse dano visa indenizar os traumas pessoais que surgiram após o erro médico.

Nas palavras do autor Wilson Melo da Silva (1977, p. 250), o dano estético,

na esfera do direito civil, não seria, então, assim, apenas o aleijão. Abrangeria, ainda, as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos, ainda que mínimos e que pudessem implicar, sob qualquer aspecto, um “afeiamento” da vítima ou que pudessem vir a se constituir, para ela, numa simples lesão “desgostante”, como diria Lopes Vieira (*Medicina judiciária e pericial*, p. 115) ou em um permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos.

Para o autor Arnaldo Marmitt (1999, p. 22):

Dano estético é aquele que vulnera as partes visíveis do corpo, os bens físicos externos da pessoa, que se constituem em qualidades que adornam o ser humano, que lhe dão boa aparência e que valorizam sua imagem. Essa valorização projeta-se perante a própria individualidade e perante terceiros. As lesões que produzem não são transitórias, saráveis em poucos dias, mas duradouras e indelévels. Podem assumir proporções muito graves e de elevado sentido negativo para o portador, modificando-lhe inclusive as funções motoras ou orgânicas. Até são capazes de impedir que o lesado retome suas atividades normais, o emprego que exercia antes do evento danoso, além de fazê-lo sentir-se mal, rejeitado e diminuído. Essas e outras sensações negativas levam à obrigação de reparar o mal e os prejuízos dele advindos.

Esse dano pode ocorrer não apenas nas cirurgias plásticas embelezadoras, onde é mais comum sua ocorrência, como também nas cirurgias gerais, ou até mesmo pelo uso incorreto de medicamentos.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AMPUTAÇÃO DE PARTE DE DEDO DE CRIANÇA, APÓS ATENDIMENTO EM HOSPITAL MUNICIPAL - NEXO CAUSAL PLENAMENTE CONFIGURADO - VALOR FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AO MENOR (DANO ESTÉTICO) E A SEUS PAIS (DOR SOFRIDA) QUE DEVE SER MANTIDO. O dano estético sofrido pela criança - decorrente do atendimento médico e hospitalar errado que recebeu em hospital municipal - o acompanhará pelo resto da vida, causando-lhe trauma e vergonha por ser diferente dos

demais de sua espécie, nada obstante não lhe cause perda de função, em evidente demonstração do acerto da sentença, mantido o valor fixado que se mostra absolutamente correto e equilibrado. RECURSOS "EX OFFICIO" E VOLUNTÁRIOS DA MUNICIPALIDADE E DO MENOR E SEUS GENITORES AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. (0075789-64.2007.8.26.0000, Primeira Câmara de Direito Público, Relatora: Regina Capristrano, Julgado em: 11/05/2010).

No julgamento apresentado restou demonstrado dano estético sofrido pelo menor que o acompanhará por toda a sua vida, sendo motivo de trauma e vergonha por ser diferente dos demais de seu grupo de convívio.

O dano não precisa estar exposto, podendo até mesmo ser caracterizado quando acometer partes íntimas do paciente, partes estas que não ficam expostas à vista de terceiros a todo o momento, entretanto, a lesão tem que estar presente no corpo do paciente e este deve se sentir prejudicado esteticamente.

Além do mais, para caracterização do dano estético é necessário que a deformidade seja duradoura, permanente e imutável, pois sendo possível novo procedimento que exclua aquele dano estético, cabível será a sua restauração, e nas lesões estéticas passageiras, cabível perdas e danos apenas, caracterizando-se de fato como dano patrimonial.

Nesse sentido, são as palavras da autora Teresa Ancona Lopez (2004, p. 48):

para que exista dano estético, é necessário que a lesão que tornou mais feia determinada pessoa seja duradoura, caso contrário, não se poderá falar em dano estético propriamente dito, mas em atentado reparável à integridade física ou lesão estética passageira que se resolve em perdas e danos habituais, incluindo, se for o caso, verba para danos morais.

Assim, o médico que provocar culposamente dano estético em seu paciente terá que repará-lo; sendo parte legítima para pleitear a indenização pelo dano estético apenas a vítima que sofreu a lesão.

No entanto, a indenização pelo dano estético é independente da do dano moral, apesar da primeira ser espécie da segunda, pois dano estético refere-se a uma deformidade visível, já o dano moral pertence ao foro íntimo da vítima, ao psicológico.

As duas indenizações, tanto por dano estético quanto por dano moral, apesar de serem independentes, podem ser cumuladas, é o que prevê a súmula 387

do Superior Tribunal de Justiça³⁸ e o artigo 949 do Código Civil, pois como afirma a autora Teresa Ancona Lopez:

Dessa forma, não só é possível, mas principalmente justa, a cumulação do dano estético com o dano moral por serem dois tipos diferentes de danos morais à pessoa, ou seja, atingem bens jurídicos diferentes. O *dano estético* (dano físico) é *dano moral objetivo* que ofende um dos direitos da personalidade, o direito à integridade física. Não precisa ser provado, é o *damnum in re ipsa*. O *sofrimento e a dor integram esse tipo de dano*. O *dano moral é o dano à imagem social, à nova dificuldade na vida de relação, o complexo de inferioridade na convivência humana*. (2004, p. 165)

Ocorre que o dano estético pode provocar também a inabilitação profissional, total ou parcial, e assim a vítima ver sua renda diminuída, como é o caso, do cantor que teve sua voz modificada em decorrência de erro médico ou de modelo que teve sua face deformada. Nestes casos, além da diminuição da capacidade laborativa, considerada dano patrimonial, ocorre o dano moral em que a vítima também vê sua auto-estima diminuída.

Conforte aponta a autora Teresa Ancona Lopez (2004, p. 55), “o dano estético é sempre uma espécie de dano moral e, na maioria das vezes, concomitantemente, também dano material, mas, se dele somente advierem prejuízos de ordem econômica, fala-se em ofensa passageira à estética pessoal ou em dano estético transitório”.

De acordo com os ensinamentos do autor Neri Tadeu Camara Souza (2008, p. 110-111), há hoje quem entenda que em decorrência dos avanços das cirurgias estéticas, o dano estético está se transformando em lesão patrimonial, em razão da possibilidade de reversão de lesões. Os danos estéticos, com a evolução da medicina são lesões passageiras que se resolveria em perdas e danos habituais.

5.2.2 Dano por ricochete

Dano por ricochete é também conhecido como dano moral reflexo ou indireto. Para a autora Teresa Ancona Lopez (2004, p. 150):

trata-se da hipótese de os parentes e até amigos íntimos do lesado virem a pedir indenização por dano estético, a título de dano moral, em virtude do

³⁸ Súmula 387 do STJ- É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

vínculo que os une. À primeira vista pode parecer absurdo, mas é perfeitamente possível, tendo em vista ser o dano estético um prejuízo à integridade física e, como tal, passível de atingir as pessoas mais ligadas afetivamente à vítima da lesão.

Para o autor Sílvio Salvo Venosa (2009, p. 38), dano por ricochete: “trata-se da situação de dano reflexo que sofre uma pessoa por um dano causado a outra”. O dano moral por ricochete é o dano moral subjetivo, onde a pessoa ao ver um ente querido deformado, aleijado, enfim, diferente do que era antes, se sente lesado e legitimado para pedir indenização, entretanto a vítima indireta precisa demonstrar o efetivo prejuízo.

Ocorre que este dano reflexo deve ser certo, de existência comprovada, para ser possível a sua reparação.

Há casos da possibilidade de dano por ricochete de caráter patrimonial, onde um terceiro se vê lesado pelo dano moral que atingiu seu ente querido, podendo ocasionar à perda de algum benefício que antes lhe era devida, como exemplo, alimentos, pensão, entre outros.

São legitimadas a pedir a indenização as pessoas ligadas à vítima; ligação esta advinda do vínculo de amizade, de amor, ou sanguíneo.

Nesse sentido, Teresa Ancona Lopez (2004, p. 151), afirma haver

presunção *juris tantum* de dano moral para aqueles que têm ligação de parentesco (pais e filhos) ou vínculo (conjugal ou de união estável). Outros terão de provar, como noivos ou amigos íntimos. O momento do pedido é importante, já que a dor passa ou se ameniza com o tempo.

Visa-se aqui indenizar o sofrimento, a dor, a tristeza do ente próximo e querido a vítima atingida pelo dano, e que por algum motivo também se viu atingido, moralmente ou materialmente, por este.

Exemplo de dano por ricochete é o caso dos filhos que tiveram sua condição social reduzida em decorrência do dano estético que sua mãe, atriz conceituada, sofreu por erro médico em uma cirurgia mal sucedida. Notamos que apesar do dano haver sido sofrido diretamente pela atriz, seus filhos, alimentandos, sofreram os seus reflexos, pois obtiveram diminuição na condição econômica da família.

6 PRESCRIÇÃO

Estando prescrita a pretensão à reparação de danos, ao paciente (vítima) fica afastada qualquer possibilidade de recebimento de indenização, estando à responsabilidade do médico, causador do dano, extinta.

É o artigo 206 do Código Civil³⁹ que estipula os prazos especiais para a pretensão de indenização nos casos de responsabilidade civil, que será de três anos.

Entretanto, conforme aponta Neri Tadeu Camara Souza (2008, p. 21):

nos casos de indenização os tribunais vinham decidindo, na vigência do código civil revogado que o prazo para o paciente entrar com ação era de 20 anos, a partir da constatação do erro médico. Com a vigência do Novo Código Civil brasileiro em 2003 este tempo, como regra geral, poderia passar para 3 anos, como reza este código em seu artigo 206, parágrafo 3, V, mas não é o que parece estar acontecendo. Os tribunais parece que vem decidindo no sentido de adotar o prazo de 5 anos já previsto no CDC, em seu art. 27.

Acontece que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 27⁴⁰, estabelece o prazo para o ajuizamento da pretensão reparatória de responsabilidade civil pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, em cinco anos, iniciando-se a contagem do conhecimento do dano e de sua autoria.

Logo, conclui-se que o prazo será de cinco anos quando o médico for acionado por falha no serviço prestado, pois o Código de Defesa do Consumidor é lei especial em relação ao Código Civil e em razão do princípio da especialidade a lei geral não derroga a especial.

³⁹ Art. 206, CC- Prescreve: [...]

§ 3º Em três anos: [...]

V - a pretensão de reparação civil.

⁴⁰ Art. 27, CDC- Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

7 DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A confiança é o elemento principal que deve existir no relacionamento entre o médico e o seu paciente, pois é a partir dela que o paciente terá liberdade para relatar todas as informações ao seu médico e assim desenvolver respeito e cumplicidade nessa relação.

Essa relação do médico com seus pacientes e familiares vem estabelecida no Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1931/2009) no Capítulo V, onde descreve que o trabalho do profissional da medicina não se limita apenas em diagnosticar a doença, mas também a buscar a cura e de ser amigo e conselheiro dos seus pacientes que o procuram num momento de fragilidade.

São fundamentais para assegurar a boa relação médico-paciente dois instrumentos: o prontuário médico e o consentimento livre e esclarecido do paciente.

Como toda relação tanto o médico quanto o seu paciente tem direitos e deveres que será abordado na sequência.

7.1 Direitos e Deveres do Médico

É comum a preocupação dos pacientes em relação às obrigações que os médicos devem ter diante deles, contudo estes também possuem direitos, que muitas vezes são esquecidos.

7.1.1 Direitos do médico

O Código de Ética Médica, em seu Capítulo II, trata dos direitos do médico⁴¹. Vão desde a indicação de tratamento adequado ao paciente, devendo observar as técnicas legais aceitas no país, até em recusar-se a realizar atos aceitos pela lei, mas que vão contra sua consciência e postura médica.

7.1.2 Deveres do médico

Os deveres de conduta do médico são essenciais para boa qualidade do ato médico. Entretanto, o dever principal do médico engloba o atendimento adequado do paciente e alguns outros deveres específicos.

Segundo Maria Helena Diniz (2005, p. 308-309):

⁴¹ Código de Ética Médica. Capítulo II - DIREITOS DOS MÉDICOS

É direito do médico:

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitadas a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X - Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

o contrato médico contém subentendido, os seguintes deveres: dar conselhos ao seu cliente sobre as precauções que seu estado exige; cuidar do paciente com interesse, utilizando-se de todos os recursos médicos disponíveis naquele dado momento e também, o médico não pode utilizar o seu poder para fazer experiências médicas com o corpo humano do seu cliente, a não ser que seja imprescindível para enfrentar o mal que acarreta perigo de vida ao paciente.

Este trabalho prevê estudar alguns dos deveres do profissional da medicina de maneira mais detalhada.

7.1.2.1 Dever de informar

O dever de informação do médico abrange todos os esclarecimentos da relação médico-paciente que são considerados importantes e obrigatórios, tendo por finalidade assim conceder ao paciente todos os elementos objetivos da realidade, permitindo a este a concessão ou não do consentimento, pois estes têm o direito de saber o que se passa com eles.

Este dever encontra-se previsto também no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, III⁴² e mais detalhadamente no artigo 31⁴³ do mesmo preceito legal.

Está ligado ao princípio da transparência e sinceridade, na qual o fornecedor é obrigado a prestar todas as informações corretas sobre os serviços, englobando dessa forma o dever de informar o médico ao seu paciente todas as particularidades existentes na relação, desde a composição dos medicamentos receitados até as condições da doença do paciente e condutas e intervenções que este será submetido, com seus riscos reais e consequências detalhadas sobre o tratamento.

⁴² Art. 6º, CDC- São direitos básicos do consumidor: [...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

⁴³ Art. 31, CDC- Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Segundo João Monteiro de Castro (2005, p. 97), esse dever só é afastável quando essas informações trouxerem ao paciente prejuízo a sua saúde ou ao seu estado, sendo ao médico incumbido o dever de informar os familiares ou responsáveis legais.

O dever de informar é requisito para o consentimento, pois só assim teremos uma relação de confiança entre o médico e seu paciente. Sendo este consentimento “chamado de *consentimento informado*, considerado, hoje, pedra angular no relacionamento do médico com seu paciente”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 392).

Para Neri Tadeu Camara Souza (2008, p. 19), “o consentimento informado (*informed consent*) merece destaque, pois seu uso deve ser estimulado. Nele o paciente recebe informações sobre os procedimentos aos quais vai ser submetido e os riscos que vai correr durante o tratamento”.

O termo de consentimento livre e esclarecido tem a finalidade de formalizar o paciente e o médico sobre as consequências e os riscos do ato médico, podendo ser realizado verbalmente, a termo em um documento ou simplesmente transcrito no prontuário médico.

Para Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 88), ao direito à informação está ligado o direito ao consentimento, e é a partir daí que temos o surgimento do consentimento livre e esclarecido.

Notamos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao consentimento informado:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (REsp 436827/SP. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 01/10/2002).

Por essa jurisprudência vislumbramos a importância do consentimento informado, que está ligado ao dever de informação, pois o paciente tem o direito de saber todos os riscos que sua situação pode lhe acarretar.

Nos casos do paciente estar impossibilitado de manifestar sua vontade ou ser incapaz é preciso obter a autorização escrita dos seus representantes legais.

Entretanto, nos casos onde não houver tempo para receber o consentimento do paciente ou dos seus representantes legais, o autor Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 243) relata,

que terá o profissional a obrigação de realizar o tratamento, independentemente de autorização, eximindo-se de qualquer responsabilidade por não tê-la obtido. Responsabilidade haverá somente se a conduta médica mostrar-se inadequada, fruto de imperícia, constituindo-se na causa do dano sofrido pelo paciente ou de seu agravamento.

Outro item que engloba esse dever são as informações contidas no prontuário do paciente que são de extrema importância, pois estão presentes ali não apenas o tipo de doença que acomete o paciente como todo acervo documental deste, desde exames, cuidados médicos prestados, entre outros.

Para Maria Helena Diniz (2007, p. 604):

o prontuário é um arquivo médico, em papel ou informatizado, contendo toda a documentação sobre os dados biomédicos, a prescrição terapêutica, os relatórios da enfermagem, da anestesia e da cirurgia e os resultados de exames do paciente, tendo por objetivo facilitar a manutenção e o acesso às informações durante o atendimento ou tratamento. Médico, enfermeira, profissional da saúde, funcionário administrativo apenas terão acesso ao prontuário para atender a necessidades profissionais.

Somente poderá utilizar livremente as informações presentes no prontuário médico o paciente ou, nos casos previstos, o representante legal.

7.1.2.2 Dever de guardar sigilo profissional

O médico tem o dever ético e legal de guardar segredo sobre os fatos que tem conhecimento no exercício de sua atividade profissional, pois além de trazer danos materiais ao paciente ofende principalmente a sua intimidade.

A divulgação de procedimentos ou cirurgias sem o consentimento do paciente pode trazer sérios problemas jurídicos ao médico. No entanto, não é absoluto esse sigilo, sendo possível ao médico relatar os segredos quando estiver

em risco outro interesse relevante, como por exemplo, salvar a vida de outra pessoa ligada ao paciente.

Esse sigilo profissional não pode acarretar riscos a terceiros ou à saúde pública, senão será quebrado.

Entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: ADMINISTRATIVO - SIGILO PROFISSIONAL. 1. É dever do profissional preservar a intimidade do seu cliente, silenciando quanto a informações que lhe chegaram por força da profissão. 2. O sigilo profissional sofre exceções, como as previstas para o profissional médico, no Código de Ética Médica (art. 102). 3. Hipótese dos autos em que o pedido da Justiça não enseja quebra de sigilo profissional, porque pedido o prontuário para saber da internação de um paciente e do período. 4. Recurso ordinário improvido. (RMS 14134/CE. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgamento: 25/06/2002).

No julgamento ficou evidente o sigilo profissional dos médicos, que não poderão relatar informações sobre seus pacientes. No entanto há casos de exceção quanto a essa regra previstos no art. 89 do Código de Ética Médica, como: liberar prontuários médicos quando autorizados pelo paciente por escrito ou quando solicitado judicialmente, deverá ser disponibilizado ao perito nomeado pelo juiz.

7.1.2.3 Dever de atualização

O dever de atualização vem logo expresso no Capítulo I, do Código de Ética Médica, como um dos princípios fundamentais. Em sua redação: “Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.”

O profissional para exercer sua atividade, além de estar habilitado legalmente para tal, precisa de constantes atualizações e aprimoramento, adquirido através de congressos, cursos, atualizando-se assim as técnicas de exame e os meios de tratamento, pois se assim não o fizer, não estará em condições de prestar os cuidados que o paciente necessita.

Logo, o dever de atualização do médico é entendido como o contínuo aperfeiçoamento de sua profissão, devendo acompanhar a evolução e progresso da ciência médica.

Na atividade profissional médica sempre é verificada a capacitação do profissional ao discutir responsabilidade médica.

O que se procura saber nos casos onde se discute erro médico, é se o responsável pelo dano agiu com falta de conhecimento, preparo e habilidades, exigências mínimas para quem exerce a profissão. Se assim agiu, presente estará à imperícia, uma das modalidades culposas de ocasionar dano médico.

Como já visto em outra oportunidade, entende-se como imperícia a falta de experiência ou de conhecimentos práticos, teóricos ou técnicos necessários ao exercício da profissão.

Geralmente os médicos estão habilitados para o exercício da profissão, entretanto faltando conhecimentos práticos ou teóricos a ele, estará configurada a imperícia.

Tais conhecimentos não são adquiridos somente com a prática médica, mas também com o contínuo estudo dessa ciência, que está em constante evolução.

Jurisprudência demonstrando caso de imperícia médica:

RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO. ERRO MÉDICO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. Ação de indenização. Dano moral. Constrangimento experimentado pela autora, quando em exame ginecológico teve o hímen rompido, por imperícia médica. Confirmação da sentença que deu pela procedência do pedido. (JRC) (Processo 006286-68.1995.8.19.0000 (1995.001.00304) 1ª Ementa-Apeleação. Desembargador: Lindberg Montenegro. Julgamento: 18/04/1995. Segunda Câmara Cível)

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ficou claramente demonstrado a modalidade imperícia médica, pois o profissional estava habilitado para o desempenho da atividade, mas não tinha conhecimentos práticos e teóricos da profissão, que com certeza se existentes iriam impedir a imperícia realizada.

7.1.2.4 Dever de vigilância

O médico tem o dever de não abandonar o seu paciente em pleno tratamento e também deve estar atento para que não ocorra qualquer tipo de omissão por sua parte.

O dever de vigilância está previsto no artigo 36⁴⁴, do Código de Ética Médica.

Podem ocorrer casos, que não configurará caso de abandono, quando o médico indicar especialista para aquela doença que seu paciente tem, caso não tenha conhecimentos profundos sobre aquela especialidade.

O abandono de paciente que estava sobre os cuidados do profissional é uma das causas mais conhecidas de negligência médica.

A negligência médica caracteriza-se pela omissão do médico num ato que deveria ter sido executado por ele. Aqui o agente tem o conhecimento esperado para desempenhar aquela atividade profissional, mas por negligência deixa de cumprir com seu dever.

O ato médico deve estar isento de qualquer tipo de omissão que caracterize como descaso ao paciente ou de passividade.

Alguns casos de omissão desse dever, por exemplo, o médico plantonista que, sem examinar o paciente, receita medicamentos; medicar por telefone sem confirmar após o diagnóstico ou não solicitar exames indispensáveis; prescrever medicamento com letra ilegível ocasionando a troca por outro; esquecer objetos em cirurgias; atraso no encaminhamento necessário do paciente ou mesmo restrição do tratamento, entre outros.

⁴⁴ É vedado ao médico:

Art. 36, Código de Ética Médica- Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

Estabelecida a relação médico-paciente, a obrigação de continuidade do tratamento é absoluta, exceto nos casos de força maior ou de acordo mútuo.

O profissional deve ser o mais atencioso e cuidadoso em sua atividade para impedir que surjam casos que configurem como negligência.

Nesse sentido a jurisprudência:

EMENTA. Reparação Civil. Ação Penal. Reconhecimento de culpa do réu. Negligência médica. Ausência de dever de vigilância. Evolução para óbito. Preliminares e prejudicial de mérito rejeitadas. Pensionamento mensal devido aos filhos menores. Danos morais configurados. Valor majorado. Correção monetária. Adequação. Recursos parcialmente providos. (TJMG: 101880301860790011MG 1.0188.03.018607-9/001(1). Relator: Francisco Kupidowski. Julgamento: 18/03/2010. Publicação: 08/04/2010)

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais traz claramente caso de negligência médica em decorrência da ausência do dever de vigilância.

7.1.2.5 Dever de abster-se de abuso ou de desvio de poder

O dever de abstenção de abuso ou de desvio de poder caracteriza-se pelo dever do médico não se exceder realizando medidas arriscadas, precipitadas e desnecessárias para com seu paciente, expondo-o assim a um risco dispensável.

Medidas desnecessárias podem vir a acarretar danos por imprudência médica, que está relacionada à maneira perigosa, sem moderação e precaução do atuar profissional.

Como exemplos de imprudência médica temos a prática de cirurgia de risco sem equipamentos necessários para atendimento emergencial e também a realização de cirurgias por médico sem a participação do médico anestesista.

Outra forma que caracteriza o desvio de poder médico é encontrada quando o médico executa procedimentos profissionais sem ter a devida qualificação.

Neste caso não significa que o médico deva exercer exclusivamente sua especialidade, mas para atuar em outras áreas da medicina deve constar de prudência, diligência e perícia.

Outro exemplo do dever de abster-se de abuso ou de desvio de poder é o médico cirurgião operar preocupado com o relógio, isto é, na operação ou na consulta o médico não pode se preocupar com o tempo, mas deve sim se preocupar com os cuidados que dada situação requer.

Constitui ainda abuso ou desvio de poder o profissional que pratica experiências médicas sem o consentimento do paciente e sem necessidade terapêutica, colocando a saúde do paciente em risco.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2007, p. 585):

[...] De abster-se do abuso ou do desvio de poder, pois o médico não terá o direito de tentar experiências sobre o corpo humano, a não ser que isso seja imprescindível para enfrentar mal que acarreta o perigo de vida ao paciente. Todavia, a regra não pode ser entendida com rigor absoluto; não se pode enterrar a liberdade do profissional que ouse tentar novos métodos científicos, pois o médico, diz Savatier, que deve salvar vidas, deve necessariamente, saber arriscar. [...]

Ao médico também é proibido transmitir certas práticas médicas a estudantes de medicina e deixar que estes a pratiquem sem a sua vigilância e instrução.

É proibido ao médico realizar experiências com seus pacientes, fora de protocolos de estudo, entretanto, é dada a ele a possibilidade de se utilizar de novos tratamentos e técnicas científicas.

7.2 Direitos e Deveres do Paciente

Na relação médico-paciente, o paciente também possui direito e deveres que estudamos a seguir. Nas palavras da autora Luzia Chaves Vieira (2001, p. 103), “não há direito que não venha acompanhado de obrigação.”

No ano de 2009, o Ministério da Saúde editou a Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários da Saúde para assegurar a todos o ingresso básico e digno ao sistema de saúde.

Serão estudados a seguir alguns dos direitos e obrigações conferidos ao paciente.

7.2.1 Direitos do paciente

Com a responsabilidade médica surgiram inúmeras ações e para moderar tais ações fez-se necessário disciplinar direitos e deveres do paciente, que estão estruturados nos direitos da personalidade e no princípio do respeito à dignidade humana. (DINIZ, 2007, p. 633-634)

Como relata José Renato Nalini (2000, p. 60), “vem se reconhecendo no paciente um *sujeito de direitos*, não mero *objeto de cuidados* médicos. Tem ele autonomia para decidir o que é melhor para ele, tem direito a tomar conhecimento da verdade.”

O paciente na relação com seu médico é marcado pela dependência, pois o médico é quem possui os conhecimentos. Nas palavras de Lúcio Santoro de Constantino (2002, p. 55), “*médico*: é o que tem a responsabilidade de ofertar o maior grau de bem-estar biopsicossocial à pessoa.” Sendo dessa relação de dependência que surgiram os direitos do paciente.

O paciente tem vários direitos que devem ser respeitados por todos, desde enfermeiros e médicos até atendentes de consultórios e hospitais.

Receber um atendimento atencioso e humano por parte dos profissionais da saúde é um dos direitos do paciente, estando incluso no atendimento humano o direito de ser identificado por seu nome e sobrenome e não por sua doença ou numeração de prontuário, pois estas formas demonstram o preconceito e o desrespeito para com o paciente.

O direito ao respeito e a dignidade devem estar presentes mesmo nos casos de óbito do paciente.

Temos como direito do paciente a liberdade deste em escolher o médico para tratar seu mal. O paciente tem o direito, dentre os profissionais daquela especialidade, em escolher o de sua preferência, mas também terá o direito de receber de tal profissional um atendimento humano atencioso e respeitoso.

Procurar outro especialista quando, em decorrência de algum motivo não sentiu segurança em determinado médico é também um direito do paciente. Nos casos de maior gravidade, os próprios médicos recorrem a segundas opiniões quando não estão seguros sobre determinado caso.

Encontramos também como direito do paciente a obtenção por este de todas as informações sobre o seu caso, desde o diagnóstico preciso até informações claras e compreensíveis sobre o tratamento, como também a obtenção de cópias da sua documentação médica, como prontuários médicos.

Outro direito relacionado à obtenção de informação é se o tratamento disposto ao paciente é experimental ou se faz parte de pesquisa. Essas são indagações que o paciente tem o direito de obter as respostas corretas, pois está relacionada ao seu bem maior, a vida.

O paciente tem direito de recusar ou consentir, com adequada informação, procedimentos e diagnósticos a serem realizados como parte de seu tratamento.

Também tem o direito de ser acompanhado por pessoa por ele indicada nas consultas, exames e internações, pois geralmente encontra-se num momento de fragilidade, necessitando de ajuda, apoio e do espírito de solidariedade.

7.2.2 Deveres do paciente

Na relação médico-paciente, assim como o médico aos pacientes não encontramos apenas direitos, são lhes dado deveres também.

Podemos citar como deveres ao paciente, o deste seguir todas as recomendações e conselhos médicos, pois não adiantaria em um tratamento

médico, o profissional diagnosticar corretamente a moléstia e o principal interessado não seguir rigorosamente as recomendações médicas.

Entretanto para o paciente obter uma avaliação adequada e precisa do seu estado de saúde é necessário informar seu médico de todos os sintomas observados, vícios existentes, medicamentos que administra com ou sem prescrição médica e cirurgias anteriores já realizadas.

Outro importante dever é o paciente comunicar, de maneira mais rápida possível, mudanças inesperadas em seu estado de saúde, pois o médico poderá detectar com certa rapidez casos de agravamento da doença.

Um importante dever não apenas do paciente como de toda sociedade, diz respeito a não caluniar, injuriar ou difamar médico e entidades que realizam serviços médicos.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode observar na responsabilidade civil do direito brasileiro não há como abstrair os conceitos de responsabilidade subjetiva e objetiva, onde a culpa, presente ou não, na conduta do causador do dano é imprescindível para caracterizá-las.

Na atividade médica alguns casos serão de obrigação de meio e em outros a obrigação será de resultado.

Nas obrigações de meio, tema mais enfatizado no presente trabalho, o médico não está obrigado a atingir a cura do paciente, mas a prestar e a aplicar todos os cuidados e meios para tratá-lo, a responsabilidade do médico diante de um erro deverá ser comprovada, cabendo a vítima-paciente comprovar a ocorrência de ato negligente, imprudente ou imperito pelo profissional, assim, a responsabilidade do médico é subjetiva, sendo a regra na responsabilização civil.

Já nas obrigações de resultado, com a ocorrência de erro médico, a culpa será presumida, ocorrendo dessa forma à inversão do ônus da prova automaticamente, pois o paciente procura o médico para alcançar o resultado idealizado, como nas cirurgias plásticas embelezadoras. Dessa forma, aqui a responsabilidade médica é objetiva.

O Código de Defesa do Consumidor como visto, foi uma característica marcante para a responsabilidade civil médica, pois trouxe a inversão do ônus da prova nos casos em que o julgador entender caracterizada a verossimilhança do fato imputado ao médico ou a hipossuficiência do paciente, pois muitas vezes o paciente não possui os meios necessários e nem conhecimento para produzir as provas necessárias.

Deste modo, além do Código Civil reger o tema relações médicas, o Código de Defesa do Consumidor também, e trouxe conjuntamente com a relação de consumo os seus princípios e deveres, como o de informação.

Diante de todo o exposto conclui-se que a responsabilidade civil do médico, por envolver uma atividade de risco, é um tema complexo e instigante.

A sociedade espera do profissional da medicina o respeito à dignidade humana e o melhor tratamento para com seus pacientes, buscando a cura da sua enfermidade, pois o objetivo do paciente ao procurar um médico, num hospital ou em seu consultório é sarar.

Entretanto, na relação médico-paciente a obrigação contraída não é a cura, mas sim de o profissional prestar os serviços com cuidado e atenção, de acordo com as regras da ciência médica.

As polêmicas que envolvem o tema são perante a ocorrência do erro médico e se o profissional causador do dano tem culpa ou não e se deverá indenizar seu paciente ou não.

Nos casos de culpa exclusiva do paciente-vítima ou de terceiro que agiu com culpa ou dolo perante o paciente, como também nos casos de estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal, força maior, caso fortuito, e cláusula de não indenizar, a responsabilidade médica é exclusiva.

Já nos casos de culpa concorrente entre o paciente e seu médico o valor da indenização médica será diminuído, pois cada uma das partes arcará com a parcela de culpa que lhe couber.

Como foi possível observar este tema é antigo e já gerou, como também sempre gerará, inúmeras indagações e debates, pois o tema fundamental nessa questão é a vida do paciente, o bem mais valioso do ser humano.

Ocorre que o erro médico existe por inúmeras causas e não apenas pela forma culposa no tratamento médico.

As outras causas que favorecem o mau resultado vão desde as péssimas condições de trabalho e dos meios disponíveis para exames e tratamentos médicos até a má formação dos profissionais nos bancos da faculdade.

Por conseguinte, concluí-se que não são apenas os médicos os responsáveis pelos inúmeros erros que vem ocorrendo. O governo federal precisa ser mais rígido para a abertura e renovação dos cursos de Medicina e tanto o governo estadual, como a sociedade precisa lutar por melhores condições de atendimento, aperfeiçoamento e melhorias no atendimento médico.

Lógico que os profissionais da saúde que agiram culposamente nessa questão deverão ser responsabilizados e caberá indenização, mas o peso de um julgamento justo fica para o magistrado que deverá analisar cautelosamente a

relação existente entre o médico e o seu paciente e levar em consideração os temas abordados acima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2010;

_____. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003;

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988;

_____. EMENTA. Reparação Civil. Ação Penal. Reconhecimento de culpa do réu. **Negligência médica**. Ausência de dever de vigilância. Evolução para óbito. Preliminares e prejudicial de mérito rejeitadas. Pensionamento mensal devido aos filhos menores. Danos morais configurados. Valor majorado. Correção monetária. Adequação. Recursos parcialmente providos. Apelação Cível nº 1.0188.03.018607-9/001MG. 1º apelante (s): Francisco Sumé Tavares - 2º apelante (s): Cleusa Joana Júlio Oliveira por si e repdo filho (s) Jéssica Juliana Vieira e outros – Apelado (a) (s): Francisco Sumé Tavares, Cleusa Joana Júlio Vieira e outros (a) (s). Relator: Francisco Kupidowski. Julgamento: 18 mar. 2010. Disponível em:
<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8660371/101880301860790011-mg-1018803018607-9-001-1-tjmg/inteiro-teor>>. Acesso em: 12 jan 2011;

_____. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm>. Acesso em: 11 nov. 2010;

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 set. 2010;

_____. Portaria Nº 1.820, DE 13 DE AGOSTO DE 2009. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários de saúde. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, n.155, 14 ago. 2009, seção 1, p.80. Disponível em:
<http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2011;

_____. **Resolução CFM nº 1931/2009**. Código de Ética Médica. Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 27 nov. 2010;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: Administrativo – **Sigilo Profissional**. É dever do profissional preservar a intimidade do seu cliente,

silenciando quanto a informações que lhe chegaram por força da profissão. O sigilo profissional sofre exceções, como as previstas para o profissional médico, no Código de Ética Médica (art. 102). Hipótese dos autos em que o pedido da Justiça não enseja quebra de sigilo profissional, porque pedido o prontuário para saber da internação de um paciente e do período. Recurso ordinário improvido. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 14134/CE. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJ, 16 set. 2002. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28SIGILO+PROFISSIONAL%29+E+%28%22ELIANA+CALMON%22%29.min.%29+E+%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&b=ACOR>. Acesso em: 17 jan. 2011;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ementa: Responsabilidade Civil. Médico. **Consentimento informado.** A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. Recurso Especial 436827/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ, 18 nov. 2002. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=consentimento+informado%28%28%22RUY+ROSADO+DE+AGUIAR%22%29.min.%29+E+%28%22Quarta+Turma%22%29.org.&b=ACOR>. Acesso em: 17 jan. 2011;

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 37.** São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em:

<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm>. Acesso em: 09 out. 2010;

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 387.** É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Disponível em:

<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0387.htm>. Acesso em: 15 nov. 2010;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 161.** Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar. Disponível em:

http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0161.htm>. Acesso em: 29 set. 2010;

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Responsabilidade Civil - Indenização por Danos Morais – Amputação de Parte de Dedo de Criança, Após Atendimento em Hospital Municipal – Nexo Causal Plenamente Configurado - Valor Fixado a Título de Indenização por Danos Morais ao Menor (dano estético) e a seus Pais (dor sofrida) que deve ser mantido. O dano estético sofrido pela criança - decorrente do atendimento médico e hospitalar errado que recebeu em hospital municipal - o acompanhará pelo resto da vida, causando-lhe trauma e vergonha por ser diferente dos demais de sua espécie, nada obstante não lhe cause perda de função, em evidente demonstração do acerto da sentença, mantido o valor fixado que se mostra absolutamente correto e equilibrado. RECURSOS "EX OFFICIO" E VOLUNTÁRIOS DA MUNICIPALIDADE E DO MENOR E SEUS GENITORES AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. Apelação 0075789-

64.2007.8.26.0000. Relatora: Regina Capristrano. Julgado em: 11 maio 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 12 jan. 2011;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade Civil de Médico. Erro Médico. Dano Moral. Indenização. Critério de Fixação. Ação de indenização. Dano moral. Constrangimento experimentado pela autora, quando em exame ginecológico teve o hímen rompido, por imperícia médica. Confirmação da sentença que deu pela procedência do pedido. (JRC). Apelação 006286-68.1995.8.19.0000 (1995.001.00304) 1ª Ementa. Desembargador: Lindberg Montenegro. Julgamento: 18 abr. 1995. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 21 jan. 2011;

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Laboratório de Análise. **Erro de diagnóstico**. Responsabilidade Civil. Falha do Serviço. Indenização. Danos Material e Moral. Evidenciado o erro de diagnóstico pela prova testemunhal e pericial produzida, em razão da divergência de diagnóstico de doença maligna atribuída à autora, não comprovados pelas contraprovas, existente a falha na prestação do serviço que sujeita o laboratório e sua responsável médica a reparação pelos danos materiais e morais sofridos pela demandante, independente da necessidade da intervenção cirúrgica para a extração do nódulo, pois a repercussão não se resume apenas na intervenção que foi determinada pelo equivocado diagnóstico, mas, principalmente, pelo prejuízo emocional que afetou a autora mediante o conhecimento de que estava acometida de uma doença de malignidade severa. Valor da indenização do dano moral que se mantém, porque ajustado as peculiaridades do caso concreto, especialmente a condição das partes envolvidas, onde a prova da capacidade econômica da parte demandada pessoa jurídica se afere apenas pela juntada do contrato social, cujo capital não revela empresa de maior porte. Condenação modo solidário que se mantém, porque afeiçoado ao pedido formulado que não distingue a atuação de cada um dos demandados. APELOS DESPROVIDOS. SENTENÇA CONFIRMADA. Apelação Cível Nº 70034489658. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. DJ, 27 out. 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=dano+material+nos+casos+de+erro+m%E9dico&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=&ini=10>. Acesso em: 12 jan. 2011;

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005;

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010;

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Médico e paciente**: questões éticas e jurídicas. 1. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002;

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

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.7;

_____. Iatrogenia. In: **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010;

_____. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

DIREITO & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000;

DIREITOS e deveres dos pacientes. **Site do Hospital Paulistano**. São Paulo.

Disponível em:

<<http://www.hospitalpaulistano.com.br/Home/PacientesAcompanhantes/DireitoseDeveresdosPacientes/tabid/80/Default.aspx>>. Acesso em: 29 nov. 2010;

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de direito civil**: abrangendo os códigos civis de 1916 e 2002. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.3;

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. Curitiba: Juruá, 2000;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4;

_____. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003;

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

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

LUIZ, Antônio Filardi. Culpa. In: **Dicionário de expressões latinas**. São Paulo: Atlas, 2000;

MARMITT, Arnaldo. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999;

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008;

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998;

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2009;

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;

_____; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

SIDOU, J. M. Othon. Código de Ur-Nammu. In: **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004;

_____. Contrato bilateral. In: **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004;

_____. Contrato de trato sucessivo. In: **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004;

_____. Contrato intuito personae. In: **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004;

_____. Contrato oneroso. In: **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004;

_____. Contrato pessoal. In: **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004;

_____. Lei de Talião. In: **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004;

_____. Responsabilidade. In: **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004;

Silva, Wilson Melo da. “Dano estético”. In: FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, v. 22, p. 249-260;

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade civil e penal do médico**. 3. ed. Campinas: Servanda, 2008;

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009;

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil médica e seguro**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ANEXOS

ANEXO A

RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009.

(Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90)

(Retificação publicada no D.O.U. de 13 de setembro de 2009, Seção I, p. 173)

Aprova o Código de Ética Médica.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, modificado pelo Decreto n.º 6.821, de 14 de abril de 2009 e pela Lei n.º 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e, consubstanciado nas Leis n.º 6.828, de 29 de outubro de 1980 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999; e **CONSIDERANDO** que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO que as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes;

CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade;

CONSIDERANDO as propostas formuladas ao longo dos anos de 2008 e 2009 e pelos Conselhos Regionais de Medicina, pelas Entidades Médicas, pelos médicos e por instituições científicas e universitárias para a revisão do atual Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO as decisões da IV Conferência Nacional de Ética Médica que elaborou, com participação de Delegados Médicos de todo o Brasil, um novo Código de Ética Médica revisado.

CONSIDERANDO o decidido pelo Conselho Pleno Nacional reunido em 29 de agosto de 2009;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em sessão plenária de 17 de setembro de 2009.

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar o Código de Ética Médica, anexo a esta Resolução, após sua revisão e atualização.

Art. 2º O Conselho Federal de Medicina, sempre que necessário, expedirá Resoluções que complementem este Código de Ética Médica e facilitem sua aplicação.

Art. 3º O Código anexo a esta Resolução entra em vigor cento e oitenta dias após a data de sua publicação e, a partir daí, revoga-se o Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM n.º 1.246, publicada no Diário Oficial da União, no dia 26 de janeiro de 1988, Seção I, páginas 1574-1579, bem como as demais disposições em contrário.

Brasília, 17 de setembro de 2009

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE
Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO
Secretária-Geral

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

PREÂMBULO

I – O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive no exercício de atividades relativas ao ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde, bem como no exercício de quaisquer outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da Medicina.

II - As organizações de prestação de serviços médicos estão sujeitas às normas deste Código.

III - Para o exercício da Medicina impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.

IV - A fim de garantir o acatamento e a cabal execução deste Código, o médico comunicará ao Conselho Regional de Medicina, com discrição e fundamento, fatos de que tenha conhecimento e que caracterizem possível infração do presente Código e das demais normas que regulam o exercício da Medicina.

V - A fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas neste Código é atribuição dos Conselhos de Medicina, das comissões de ética e dos médicos em geral.

VI - Este Código de Ética Médica é composto de 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei.

Capítulo I

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

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.

III - Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.

X - O trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa.

XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

XII - O médico empenhar-se-á pela melhor adequação do trabalho ao ser humano, pela eliminação e pelo controle dos riscos à saúde inerentes às atividades laborais.

XIII - O médico comunicará às autoridades competentes quaisquer formas de deterioração do ecossistema, prejudiciais à saúde e à vida.

XIV - O médico empenhar-se-á em melhorar os padrões dos serviços médicos e em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.

XV - O médico será solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração digna e justa, seja por condições de trabalho

compatíveis com o exercício ético-profissional da Medicina e seu aprimoramento técnico-científico.

XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

XVII - As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.

XVIII - O médico terá, para com os colegas, respeito, consideração e solidariedade, sem se eximir de denunciar atos que contrariem os postulados éticos.

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

XXIII - Quando envolvido na produção de conhecimento científico, o médico agirá com isenção e independência, visando ao maior benefício para os pacientes e a sociedade.

XXIV - Sempre que participar de pesquisas envolvendo seres humanos ou qualquer animal, o médico respeitará as normas éticas nacionais, bem como protegerá a vulnerabilidade dos sujeitos da pesquisa.

XXV - Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada a herança genética, protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade.

Capítulo II

DIREITOS DOS MÉDICOS

É direito do médico:

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X- Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

Capítulo III

RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 5º Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou.

Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.

Art. 10. Acumprar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos.

Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.

Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Art. 16. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado.

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

Art. 19. Deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Medicina.

Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

Art. 21. Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente.

Capítulo IV

DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 25. Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem.

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Art. 27. Desrespeitar a integridade física e mental do paciente ou utilizar-se de meio que possa alterar sua personalidade ou sua consciência em investigação policial ou de qualquer outra natureza.

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 29. Participar, direta ou indiretamente, da execução de pena de morte.

Art. 30. Usar da profissão para corromper costumes, cometer ou favorecer crime.

Capítulo V

RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

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

Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada

de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

Parágrafo único. O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina.

Art. 38. Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais.

Art. 39 Opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 40. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza.

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

Capítulo VI

DOAÇÃO E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

É vedado ao médico:

Art. 43. Participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspender meios artificiais para prolongar a vida do possível doador, quando pertencente à equipe de transplante.

Art. 44. Deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos.

Art. 45. Retirar órgão de doador vivo quando este for juridicamente incapaz, mesmo se houver autorização de seu representante legal, exceto nos casos permitidos e regulamentados em lei.

Art. 46. Participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou de tecidos humanos.

Capítulo VII

RELAÇÃO ENTRE MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 47. Usar de sua posição hierárquica para impedir, por motivo de crença religiosa, convicção filosófica, política, interesse econômico ou qualquer outro, que não técnico-científico ou ético, que as instalações e os demais recursos da instituição sob sua direção, sejam utilizados por outros médicos no exercício da profissão, particularmente se forem os únicos existentes no local.

Art. 48. Assumir emprego, cargo ou função para suceder médico demitido ou afastado em represália à atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria ou da aplicação deste Código.

Art. 49. Assumir condutas contrárias a movimentos legítimos da categoria médica com a finalidade de obter vantagens.

Art. 50. Acobertar erro ou conduta antiética de médico.

Art. 51. Praticar concorrência desleal com outro médico.

Art. 52. Desrespeitar a prescrição ou o tratamento de paciente, determinados por outro médico, mesmo quando em função de chefia ou de auditoria, salvo em situação de indiscutível benefício para o paciente, devendo comunicar imediatamente o fato ao médico responsável.

Art. 53. Deixar de encaminhar o paciente que lhe foi enviado para procedimento especializado de volta ao médico assistente e, na ocasião, fornecer-lhe as devidas informações sobre o ocorrido no período em que por ele se responsabilizou.

Art. 54. Deixar de fornecer a outro médico informações sobre o quadro clínico de paciente, desde que autorizado por este ou por seu representante legal.

Art. 55. Deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade ao ser substituído ao fim do seu turno de trabalho.

Art. 56. Utilizar-se de sua posição hierárquica para impedir que seus subordinados atuem dentro dos princípios éticos.

Art. 57. Deixar de denunciar atos que contrariem os postulados éticos à comissão de ética da instituição em que exerce seu trabalho profissional e, se necessário, ao Conselho Regional de Medicina.

Capítulo VIII

REMUNERAÇÃO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 58. O exercício mercantilista da Medicina.

Art. 59. Oferecer ou aceitar remuneração ou vantagens por paciente encaminhado ou recebido, bem como por atendimentos não prestados.

Art. 60. Permitir a inclusão de nomes de profissionais que não participaram do ato médico para efeito de cobrança de honorários.

Art. 61. Deixar de ajustar previamente com o paciente o custo estimado dos procedimentos.

Art. 62. Subordinar os honorários ao resultado do tratamento ou à cura do paciente.

Art. 63. Explorar o trabalho de outro médico, isoladamente ou em equipe, na condição de proprietário, sócio, dirigente ou gestor de empresas ou instituições prestadoras de serviços médicos.

Art. 64. Agenciar, aliciar ou desviar, por qualquer meio, para clínica particular ou instituições de qualquer natureza, paciente atendido pelo sistema público de saúde ou dele utilizar-se para a execução de procedimentos médicos em sua clínica privada, como forma de obter vantagens pessoais.

Art. 65. Cobrar honorários de paciente assistido em instituição que se destina à prestação de serviços públicos, ou receber remuneração de paciente como complemento de salário ou de honorários.

Art. 66. Praticar dupla cobrança por ato médico realizado.

Parágrafo único. A complementação de honorários em serviço privado pode ser cobrada quando prevista em contrato.

Art. 67. Deixar de manter a integralidade do pagamento e permitir descontos ou retenção de honorários, salvo os previstos em lei, quando em função de direção ou de chefia.

Art. 68. Exercer a profissão com interação ou dependência de farmácia, indústria farmacêutica, óptica ou qualquer organização destinada à fabricação, manipulação, promoção ou comercialização de produtos de prescrição médica, qualquer que seja sua natureza.

Art. 69. Exercer simultaneamente a Medicina e a Farmácia ou obter vantagem pelo encaminhamento de procedimentos, pela comercialização de medicamentos, órteses, próteses ou implantes de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional.

Art. 70. Deixar de apresentar separadamente seus honorários quando outros profissionais participarem do atendimento ao paciente.

Art. 71. Oferecer seus serviços profissionais como prêmio, qualquer que seja sua natureza.

Art. 72. Estabelecer vínculo de qualquer natureza com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento, cartões de descontos ou consórcios para procedimentos médicos.

Capítulo IX

SIGILO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.

Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresse consentimento do seu representante legal.

Art. 78. Deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido.

Art. 79. Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial.

Capítulo X

DOCUMENTOS MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 80. Expedir documento médico sem ter praticado ato profissional que o justifique, que seja tendencioso ou que não corresponda à verdade.

Art. 81. Atestar como forma de obter vantagens.

Art. 82. Usar formulários de instituições públicas para prescrever ou atestar fatos verificados na clínica privada.

Art. 83. Atestar óbito quando não o tenha verificado pessoalmente, ou quando não tenha prestado assistência ao paciente, salvo, no último caso, se o fizer como plantonista, médico substituto ou em caso de necropsia e verificação médico-legal.

Art. 84. Deixar de atestar óbito de paciente ao qual vinha prestando assistência, exceto quando houver indícios de morte violenta.

Art. 85. Permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade.

Art. 86. Deixar de fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta.

Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente.

§ 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.

§ 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.

Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.

Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa.

§ 1º Quando requisitado judicialmente o prontuário será disponibilizado ao perito médico nomeado pelo juiz.

§ 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional.

Art. 90. Deixar de fornecer cópia do prontuário médico de seu paciente quando de sua requisição pelos Conselhos Regionais de Medicina.

Art. 91. Deixar de atestar atos executados no exercício profissional, quando solicitado pelo paciente ou por seu representante legal.

Capítulo XI

AUDITORIA E PERÍCIA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 92. Assinar laudos periciais, auditoriais ou de verificação médico-legal quando não tenha realizado pessoalmente o exame.

Art. 93. Ser perito ou auditor do próprio paciente, de pessoa de sua família ou de qualquer outra com a qual tenha relações capazes de influir em seu trabalho ou de empresa em que atue ou tenha atuado.

Art. 94. Intervir, quando em função de auditor, assistente técnico ou perito, nos atos profissionais de outro médico, ou fazer qualquer apreciação em presença do examinado, reservando suas observações para o relatório.

Art. 95. Realizar exames médico-periciais de corpo de delito em seres humanos no interior de prédios ou de dependências de delegacias de polícia, unidades militares, casas de detenção e presídios.

Art. 96. Receber remuneração ou gratificação por valores vinculados à glosa ou ao sucesso da causa, quando na função de perito ou de auditor.

Art. 97. Autorizar, vetar, bem como modificar, quando na função de auditor ou de perito, procedimentos propedêuticos ou terapêuticos instituídos, salvo, no último caso, em situações de urgência, emergência ou iminente perigo de morte do paciente, comunicando, por escrito, o fato ao médico assistente.

Art. 98. Deixar de atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou como auditor, bem como ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência.

Parágrafo único. O médico tem direito a justa remuneração pela realização do exame pericial.

Capítulo XII

ENSINO E PESQUISA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 99. Participar de qualquer tipo de experiência envolvendo seres humanos com fins bélicos, políticos, étnicos, eugênicos ou outros que atentem contra a dignidade humana.

Art. 100. Deixar de obter aprovação de protocolo para a realização de pesquisa em seres humanos, de acordo com a legislação vigente.

Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

Parágrafo único. No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão.

Art. 102. Deixar de utilizar a terapêutica correta, quando seu uso estiver liberado no País.

Parágrafo único. A utilização de terapêutica experimental é permitida quando aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências.

Art. 103. Realizar pesquisa em uma comunidade sem antes informá-la e esclarecê-la sobre a natureza da investigação e deixar de atender ao objetivo de proteção à saúde pública, respeitadas as características locais e a legislação pertinente.

Art. 104. Deixar de manter independência profissional e científica em relação a financiadores de pesquisa médica, satisfazendo interesse comercial ou obtendo vantagens pessoais.

Art. 105. Realizar pesquisa médica em sujeitos que sejam direta ou indiretamente dependentes ou subordinados ao pesquisador.

Art. 106. Manter vínculo de qualquer natureza com pesquisas médicas, envolvendo seres humanos, que usem placebo em seus experimentos, quando houver tratamento eficaz e efetivo para a doença pesquisada.

Art. 107. Publicar em seu nome trabalho científico do qual não tenha participado; atribuir-se autoria exclusiva de trabalho realizado por seus subordinados ou outros

profissionais, mesmo quando executados sob sua orientação, bem como omitir do artigo científico o nome de quem dele tenha participado.

Art. 108. Utilizar dados, informações ou opiniões ainda não publicados, sem referência ao seu autor ou sem sua autorização por escrito.

Art. 109. Deixar de zelar, quando docente ou autor de publicações científicas, pela veracidade, clareza e imparcialidade das informações apresentadas, bem como deixar de declarar relações com a indústria de medicamentos, órteses, próteses, equipamentos, implantes de qualquer natureza e outras que possam configurar conflitos de interesses, ainda que em potencial.

Art. 110. Praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado.

Capítulo XIII

PUBLICIDADE MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 111. Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer meio de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade.

Art. 112. Divulgar informação sobre assunto médico de forma sensacionalista, promocional ou de conteúdo inverídico.

Art. 113. Divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente.

Art. 114. Consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa.

Art. 115. Anunciar títulos científicos que não possa comprovar e especialidade ou área de atuação para a qual não esteja qualificado e registrado no Conselho Regional de Medicina.

Art. 116. Participar de anúncios de empresas comerciais qualquer que seja sua natureza, valendo-se de sua profissão.

Art. 117. Apresentar como originais quaisquer idéias, descobertas ou ilustrações que na realidade não o sejam.

Art. 118. Deixar de incluir, em anúncios profissionais de qualquer ordem, o seu número de inscrição no Conselho Regional de Medicina.

Parágrafo único. Nos anúncios de estabelecimentos de saúde devem constar o nome e o número de registro, no Conselho Regional de Medicina, do diretor técnico.

Capítulo XIV

DISPOSIÇÕES GERAIS

I - O médico portador de doença incapacitante para o exercício profissional, apurada pelo Conselho Regional de Medicina em procedimento administrativo com perícia médica, terá seu registro suspenso enquanto perdurar sua incapacidade.

II - Os médicos que cometerem faltas graves previstas neste Código e cuja continuidade do exercício profissional constitua risco de danos irreparáveis ao paciente ou à sociedade poderão ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico.

III - O Conselho Federal de Medicina, ouvidos os Conselhos Regionais de Medicina e a categoria médica, promoverá a revisão e atualização do presente Código quando necessárias.

IV - As omissões deste Código serão sanadas pelo Conselho Federal de Medicina.

ANEXO B**Diário Oficial
IMPrensa NACIONAL****REPÚBLICA FEDERATIVA DO
BRASIL
BRASÍLIA - DF****Nº 155 – DOU – 14/08/09 – seção 1- p.80****MINISTÉRIO DA SAÚDE
GABINETE DO MINISTRO
PORTARIA Nº 1.820, DE 13 DE AGOSTO DE 2009**

Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde.

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das atribuições previstas no inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e

Considerando os arts. 6º e 196 da Constituição Federal;

Considerando a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde a organização e funcionamento dos serviços correspondentes; e

Considerando a Política Nacional de Humanização da Atenção e da Gestão do SUS, de 2003, do Ministério da Saúde; e

Considerando a Política Nacional de Gestão Estratégica e Participativa no SUS, de 2007, do Ministério da Saúde, resolve:

Art. 1º Dispor sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde nos termos da legislação vigente.

Art. 2º Toda pessoa tem direito ao acesso a bens e serviços ordenados e organizados para garantia da promoção, prevenção, proteção, tratamento e recuperação da saúde.

§ 1º O acesso será preferencialmente nos serviços de Atenção Básica integrados por centros de saúde, postos de saúde, unidades de saúde da família e unidades básicas de saúde ou similares mais próximos de sua casa.

§ 2º Nas situações de urgência/emergência, qualquer serviço de saúde deve receber e cuidar da pessoa bem como encaminhá-la para outro serviço no caso de necessidade.

§ 3º Em caso de risco de vida ou lesão grave, deverá ser assegurada a remoção do usuário, em tempo hábil e em condições seguras para um serviço de saúde com capacidade para resolver seu tipo de problema.

§ 4º O encaminhamento às especialidades e aos hospitais, pela Atenção Básica, será estabelecido em função da necessidade de saúde e indicação clínica, levando-se em conta a gravidade do problema a ser analisado pelas centrais de regulação.

§ 5º Quando houver alguma dificuldade temporária para atender as pessoas é da responsabilidade da direção e da equipe do serviço, acolher, dar informações claras e encaminhá-las sem discriminação e privilégios.

Art. 3º Toda pessoa tem direito ao tratamento adequado e no tempo certo para resolver o seu problema de saúde.

Parágrafo único. É direito da pessoa ter atendimento adequado, com qualidade, no tempo certo e com garantia de continuidade do tratamento, para isso deve ser assegurado:

I - atendimento ágil, com tecnologia apropriada, por equipe multiprofissional capacitada e com condições adequadas de atendimento;

II - informações sobre o seu estado de saúde, de maneira clara, objetiva, respeitosa, compreensível quanto a:

a) possíveis diagnósticos;

b) diagnósticos confirmados;

c) tipos, justificativas e riscos dos exames solicitados;

d) resultados dos exames realizados;

e) objetivos, riscos e benefícios de procedimentos diagnósticos, cirúrgicos, preventivos ou de tratamento;

f) duração prevista do tratamento proposto;

g) quanto a procedimentos diagnósticos e tratamentos invasivos ou cirúrgicos;

h) a necessidade ou não de anestesia e seu tipo e duração;

- i) partes do corpo afetadas pelos procedimentos, instrumental a ser utilizado, efeitos colaterais, riscos ou consequências indesejáveis;
- j) duração prevista dos procedimentos e tempo de recuperação;
- k) evolução provável do problema de saúde;
- l) informações sobre o custo das intervenções das quais a pessoa se beneficiou;
- m) outras informações que forem necessárias;

III - toda pessoa tem o direito de decidir se seus familiares e acompanhantes deverão ser informados sobre seu estado de saúde;

IV - registro atualizado e legível no prontuário, das seguintes informações:

- a) motivo do atendimento e/ou internação;
- b) dados de observação e da evolução clínica;
- c) prescrição terapêutica;
- d) avaliações dos profissionais da equipe;
- e) procedimentos e cuidados de enfermagem;
- f) quando for o caso, procedimentos cirúrgicos e anestésicos, odontológicos, resultados de exames complementares laboratoriais e radiológicos;
- g) a quantidade de sangue recebida e dados que garantam a qualidade do sangue, como origem, sorologias efetuadas e prazo de validade;
- h) identificação do responsável pelas anotações;
- i) outras informações que se fizerem necessárias;

V - o acesso à anestesia em todas as situações em que for indicada, bem como a medicações e procedimentos que possam aliviar a dor e o sofrimento;

VI - o recebimento das receitas e prescrições terapêuticas, devem conter:

- a) o nome genérico das substâncias prescritas;
- b) clara indicação da dose e do modo de usar.
- c) escrita impressa, datilografada ou digitada, ou em caligrafia legível;
- d) textos sem códigos ou abreviaturas;
- e) o nome legível do profissional e seu número de registro no conselho profissional;
- e
- f) a assinatura do profissional e a data;

VII - recebimento, quando prescritos, dos medicamentos que compõem a farmácia básica e, nos casos de necessidade de medicamentos de alto custo deve ser garantido o acesso conforme protocolos e normas do Ministério da Saúde;

VIII - o acesso à continuidade da atenção no domicílio, quando pertinente, com estímulo e orientação ao autocuidado que fortaleça sua autonomia e a garantia de acompanhamento em qualquer serviço que for necessário;

IX - o encaminhamento para outros serviços de saúde deve ser por meio de um documento que contenha:

- a) caligrafia legível ou datilografada ou digitada ou por meio eletrônico;
- b) resumo da história clínica, possíveis diagnósticos, tratamento realizado, evolução e o motivo do encaminhamento;
- c) linguagem clara evitando códigos ou abreviaturas;
- d) nome legível do profissional e seu número de registro no conselho profissional, assinado e datado; e
- e) identificação da unidade de saúde que recebeu a pessoa, assim como da Unidade que está sendo encaminhada.

Art. 4º Toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos.

Parágrafo único. É direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência, garantindo-lhe:

I - identificação pelo nome e sobrenome civil, devendo existir em todo documento do usuário e usuária um campo para se registrar o nome social, independente do registro civil sendo assegurado o uso do nome de preferência, não podendo ser identificado por número, nome ou código da doença ou outras formas desrespeitosas ou preconceituosas;

II - a identificação dos profissionais, por crachás visíveis, legíveis e/ou por outras formas de identificação de fácil percepção;

III - nas consultas, nos procedimentos diagnósticos, preventivos, cirúrgicos, terapêuticos e internações, o seguinte:

- a) a integridade física;
- b) a privacidade e ao conforto;
- c) a individualidade;
- d) aos seus valores éticos, culturais e religiosos;
- e) a confidencialidade de toda e qualquer informação pessoal;

f) a segurança do procedimento;

g) o bem-estar psíquico e emocional;

IV - o atendimento agendado nos serviços de saúde, preferencialmente com hora marcada;

V - o direito a acompanhante, pessoa de sua livre escolha, nas consultas e exames;

VI - o direito a acompanhante, nos casos de internação, nos casos previstos em lei, assim como naqueles em que a autonomia da pessoa estiver comprometida;

VII - o direito a visita diária não inferior a duas horas, preferencialmente aberta em todas as unidades de internação, ressalvadas as situações técnicas não indicadas;

VIII - a continuidade das atividades escolares, bem como o estímulo à recreação, em casos de internação de criança ou adolescente;

IX - a informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas de acordo com sua condição clínica, baseado nas evidências científicas e a relação custo-benefício das alternativas de tratamento, com direito à recusa, atestado na presença de testemunha;

X - a escolha do local de morte;

XI - o direito à escolha de alternativa de tratamento, quando houver, e à consideração da recusa de tratamento proposto;

XII - o recebimento de visita, quando internado, de outros profissionais de saúde que não pertençam àquela unidade hospitalar sendo facultado a esse profissional o acesso ao prontuário;

XIII - a opção de marcação de atendimento por telefone para pessoas com dificuldade de locomoção;

XIV - o recebimento de visita de religiosos de qualquer credo, sem que isso acarrete mudança da rotina de tratamento e do estabelecimento e ameaça à segurança ou perturbações a si ou aos outros;

XV - a não-limitação de acesso aos serviços de saúde por barreiras físicas, tecnológicas e de comunicação; e

XVI - a espera por atendimento em lugares protegidos, limpos e ventilados, tendo à sua disposição água potável e sanitários, e devendo os serviços de saúde se organizarem de tal forma que seja evitada a demora nas filas.

Art. 5º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:

- I - a escolha do tipo de plano de saúde que melhor lhe convier, de acordo com as exigências mínimas constantes da legislação e a informação pela operadora sobre a cobertura, custos e condições do plano que está adquirindo;
- II - o sigilo e a confidencialidade de todas as informações pessoais, mesmo após a morte, salvo nos casos de risco à saúde pública;
- III - o acesso da pessoa ao conteúdo do seu prontuário ou de pessoa por ele autorizada e a garantia de envio e fornecimento de cópia, em caso de encaminhamento a outro serviço ou mudança de domicílio;
- IV - a obtenção de laudo, relatório e atestado médico, sempre que justificado por sua situação de saúde;
- V - o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais;
- VI - a não-submissão a nenhum exame de saúde pré-admissional, periódico ou demissional, sem conhecimento e consentimento, exceto nos casos de risco coletivo;
- VII - a indicação de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia;
- VIII - o recebimento ou a recusa à assistência religiosa, psicológica e social;
- IX - a liberdade, em qualquer fase do tratamento, de procurar segunda opinião ou parecer de outro profissional ou serviço sobre seu estado de saúde ou sobre procedimentos recomendados;
- X - a não-participação em pesquisa que envolva ou não tratamento experimental sem que tenha garantias claras da sua liberdade de escolha e, no caso de recusa em participar ou continuar na pesquisa, não poderá sofrer constrangimentos, punições ou sanções pelos serviços de saúde, sendo necessário, para isso;
 - a) que o dirigente do serviço cuide dos aspectos éticos da pesquisa e estabeleça mecanismos para garantir a decisão livre e esclarecida da pessoa;
 - b) que o pesquisador garanta, acompanhe e mantenha a integridade da saúde dos participantes de sua pesquisa, assegurando-lhes os benefícios dos resultados encontrados;
 - c) que a pessoa assine o termo de consentimento livre e esclarecido;

XI - o direito de se expressar e ser ouvido nas suas queixas denúncias, necessidades, sugestões e outras manifestações por meio das ouvidorias, urnas e qualquer outro mecanismo existente, sendo sempre respeitado na privacidade, no sigilo e na confidencialidade; e

XII - a participação nos processos de indicação e/ou eleição de seus representantes nas conferências, nos conselhos de saúde e nos conselhos gestores da rede SUS.

Art. 6º Toda pessoa tem responsabilidade para que seu tratamento e recuperação sejam adequados e sem interrupção.

Parágrafo único. Para que seja cumprido o disposto no caput deste artigo, as pessoas deverão:

I - prestar informações apropriadas nos atendimentos, nas consultas e nas internações sobre:

a) queixas;

b) enfermidades e hospitalizações anteriores;

c) história de uso de medicamentos, drogas, reações alérgicas;

d) demais informações sobre seu estado de saúde;

II - expressar se compreendeu as informações e orientações recebidas e, caso ainda tenha dúvidas, solicitar esclarecimento sobre elas;

III - seguir o plano de tratamento proposto pelo profissional ou pela equipe de saúde responsável pelo seu cuidado, que deve ser compreendido e aceito pela pessoa que também é responsável pelo seu tratamento;

IV- informar ao profissional de saúde ou à equipe responsável sobre qualquer fato que ocorra em relação a sua condição de saúde;

V - assumir a responsabilidade pela recusa a procedimentos, exames ou tratamentos recomendados e pelo descumprimento das orientações do profissional ou da equipe de saúde;

VI - contribuir para o bem-estar de todos nos serviços de saúde, evitando ruídos, uso de fumo e derivados do tabaco e bebidas alcoólicas, colaborando com a segurança e a limpeza do ambiente;

VII - adotar comportamento respeitoso e cordial com às demais pessoas que usam ou que trabalham no estabelecimento de saúde;

VIII - ter em mão seus documentos e, quando solicitados, os resultados de exames que estejam em seu poder;

IX - cumprir as normas dos serviços de saúde que devem resguardar todos os princípios desta Portaria;

X - ficar atento às para situações de sua vida cotidiana que coloquem em risco sua saúde e a da comunidade, e adotar medidas preventivas;

XI - comunicar aos serviços de saúde, às ouvidorias ou à vigilância sanitária irregularidades relacionadas ao uso e à oferta de produtos e serviços que afetem a saúde em ambientes públicos e privados;

XII - desenvolver hábitos, práticas e atividades que melhorem a sua saúde e qualidade de vida;

XIII - comunicar à autoridade sanitária local a ocorrência de caso de doença transmissível, quando a situação requerer o isolamento ou quarentena da pessoa ou quando a doença constar da relação do Ministério da Saúde; e

XIV - não dificultar a aplicação de medidas sanitárias, bem como as ações de fiscalização sanitária.

Art. 7º Toda pessoa tem direito à informação sobre os serviços de saúde e aos diversos mecanismos de participação.

§ 1º O direito previsto no caput deste artigo, inclui a informação, com linguagem e meios de comunicação adequados, sobre:

I - o direito à saúde, o funcionamento dos serviços de saúde e sobre o SUS;

II - os mecanismos de participação da sociedade na formulação, acompanhamento e fiscalização das políticas e da gestão do SUS;

III - as ações de vigilância à saúde coletiva compreendendo a vigilância sanitária, epidemiológica e ambiental; e

IV - a interferência das relações e das condições sociais, econômicas, culturais, e ambientais na situação da saúde das pessoas e da coletividade.

§ 2º Os órgãos de saúde deverão informar as pessoas sobre a rede SUS mediante os diversos meios de comunicação, bem como nos serviços de saúde que compõem essa rede de participação popular, em relação a:

I - endereços;

II - telefones;

III - horários de funcionamento; e

IV - ações e procedimentos disponíveis.

§ 3º Em cada serviço de saúde deverá constar, em local visível à população:

I - nome do responsável pelo serviço;

II - nomes dos profissionais;

III - horário de trabalho de cada membro da equipe, inclusive do responsável pelo serviço; e

IV - ações e procedimentos disponíveis.

§ 4º As informações prestadas à população devem ser claras, para propiciar a compreensão por toda e qualquer pessoa.

§ 5º Os conselhos de saúde deverão informar à população sobre:

I - formas de participação;

II - composição do conselho de saúde;

III - regimento interno dos conselhos;

IV - Conferências de Saúde;

V - data, local e pauta das reuniões; e

VI - deliberações e ações desencadeadas.

§ 6º O direito previsto no caput desse artigo inclui a participação de conselhos e conferências de saúde, o direito de representar e ser representado em todos os mecanismos de participação e de controle social do SUS.

Art. 8º Toda pessoa tem direito a participar dos conselhos e conferências de saúde e de exigir que os gestores cumpram os princípios anteriores.

Parágrafo único. Os gestores do SUS, das três esferas de governo, para observância desses princípios, comprometem-se a:

I - promover o respeito e o cumprimento desses direitos e deveres, com a adoção de medidas progressivas, para sua efetivação;

II - adotar as providências necessárias para subsidiar a divulgação desta Portaria, inserindo em suas ações as diretrizes relativas aos direitos e deveres das pessoas;

III - incentivar e implementar formas de participação dos trabalhadores e usuários nas instâncias e participação de controle social do SUS;

IV - promover atualizações necessárias nos regimentos e estatutos dos serviços de saúde, adequando-os a esta

Portaria;

V - adotar estratégias para o cumprimento efetivo da legislação e das normatizações do Sistema Único de Saúde;

VI - promover melhorias contínuas, na rede SUS, como a informatização, para implantar o Cartão SUS e o

Prontuário Eletrônico com os objetivos de:

- a) otimizar o financiamento;
- b) qualificar o atendimento aos serviços de saúde;
- c) melhorar as condições de trabalho;
- d) reduzir filas; e
- e) ampliar e facilitar o acesso nos diferentes serviços de saúde.

Art. 9º Os direitos e deveres dispostos nesta Portaria constitui em a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde.

Parágrafo único. A Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde deverá ser disponibilizada a todas as pessoas por meios físicos e na internet, no seguinte endereço eletrônico: www.saude.gov.br.

Art. 10. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Fica revogada a Portaria nº 675, de 30 de março de 2006, publicada no Diário Oficial da União nº 63 de 31 de março de 2006, seção 1, página 131.

JOSÉ GOMES TEMPORÃO