

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Juliana Brito Mendes de BARROS¹

Resumo: A responsabilidade civil do profissional da Medicina ganhou nova dimensão com o advento da Constituição de 1988, do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil que criaram condições legais amplas para o cidadão discutir a atuação do profissional liberal acerca do procedimento adotado. Atualmente os médicos enfrentam inúmeros processos por erros médicos pleiteando indenizações exorbitantes por dano material e moral sofridos. Os cidadãos ingressam com ações por qualquer motivo que os tragam descontentamento amparados no Código de Defesa do Consumidor e em sua hipossuficiência, na tentativa de receberem uma reparação monetária, sem ao menos verificarem se a atuação do profissional foi culposa) pela simples facilitação do acesso a Justiça .Os médicos no processo só restam provarem a sua não culpa. Os médicos diante de tantos processos e pedidos de indenizações, foram obrigados a mudarem a maneira de atuar, sendo hoje mais cautelosos, prudentes e documentados para seu próprio resguardo.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil. Médico. Indenização. Culpa. Consumidor.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do profissional da Medicina ganhou nova dimensão com o advento da Constituição de 1988, do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil que criaram condições legais amplas para o cidadão discutir a atuação do profissional liberal acerca do procedimento adotado.

Atualmente os médicos enfrentam inúmeros processos por erros médicos pleiteando indenizações exorbitantes por dano material e moral sofridos.

Os cidadãos ingressam com ações por qualquer motivo que os tragam descontentamento amparados no Código de Defesa do Consumidor e em sua hipossuficiência, na tentativa de receberem uma reparação monetária, sem ao menos

¹ Advogada, aluna de pós graduação de Direito Civil e Processo Civil da Toledo de Presidente Prudente, Turma II.

verificarem se a atuação do profissional foi culposa) pela simples facilitação do acesso a Justiça. Os médicos no processo só restam provarem a sua não culpa.

Os médicos diante de tantos processos e pedidos de indenizações, foram obrigados a mudarem a maneira de atuar, sendo hoje mais cautelosos, prudentes e documentados para seu próprio resguardo.

A responsabilidade por erro médico para sua configuração se faz necessária a presença da culpa no proceder do profissional.

A nossa legislação dispõe que aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem ainda que exclusivamente moral ficará obrigado a repará-lo.

Isto posto, o dano provocado pelo médico ao seu paciente deverá ser reparado, e no caso de impossibilidade de reparação indenizado, sendo complexa a prova da culpa e de difícil quantificação o valor a ser pago.

Para melhor compreendermos trataremos do tema abordando a natureza da obrigação médica, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações médicas, a relação médico e paciente, a complexidade da prova de culpa, enfim os aspectos importantes para configuração da responsabilidade civil do médico por erro.

RESPONSABILIDADE CIVIL

A idéia de responsabilidade está intimamente ligada a de obrigação, obrigação esta de indenizar.

“O termo de responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob esta noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar”²

Inúmeros são os conceitos de responsabilidade no campo jurídico. Aguiar Dias³ define como “a idéia mais aproximada de uma definição de responsabilidade é a idéia de obrigação que corresponderia à repercussão obrigacional da atividade do homem”. Iturraspe⁴ afirma que “a responsabilidade importa um dever que, como resposta adequada, suporta aquele que causou um dano, prejuízo ou detrimento”. Serpa Lopes⁵ diz que “Responsabilidade significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”.

Maria Helena Diniz⁶ conceitua Responsabilidade Civil como sendo “a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”

1- ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

² Venosa, Silvio de Salvo. Direito Civil, 5 ed., 2005, p.13.;

³ Dias, José de Aguiar, Da Responsabilidade Civil, 10 ed, 1997, p.2.

⁴ Iturraspe, Jorge Mosset. Responsabilidad Civil, Buenos Aires: Hammurabi, 1993, p.21.

⁵ Lopes, Miguel Maria de Serpa, Curso de Direito Civil, 1961, vol.V, p. 188-189.

⁶ Diniz, Maria Helena, Curso de Direito Civil, 7 volume, 17 ed., 2003.

Para a configuração da responsabilidade civil necessário se faz a ligação do artigo 186 do novo Código Civil em que trata do Ato Ilícito com o artigo 927 que trata da Obrigação de Indenizar do mesmo diploma, onde extraímos que é necessário a presença de 4 elementos para sua configuração sendo eles: ação ou omissão, dano patrimonial ou moral, negligência e imprudência que nada mais são do que a culpa e nexos causal.

1.1-Ação ou Omissão é a conduta humana voluntária lícita ou ilícita. Conduta Lícita ou ato lícito é aquele que se rege conforme o ordenamento jurídico, e Ato Ilícito é aquele que contraria o dever geral previsto no ordenamento jurídico violando direitos e causando prejuízos a outrem.

O ato ilícito “ traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever”⁷

Portanto, “ A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se”⁸.

Para o nosso ordenamento jurídico interessa o ato ilícito, conforme dispõe o artigo 186 do Código Civil: “ Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O artigo 927 do Código Civil que trata da Obrigação de Indenizar dispõe: “ Aquele que por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Portanto o diploma legal estabeleceu como regra geral para reparação do prejuízo ou dever de indenizar a ocorrência do ato ilícito. Também estabeleceu como regra a culpa como qualificadora do ato ilícito e conseqüentemente a responsabilidade dependente de culpa, isto não quer dizer que não exista no ordenamento jurídico responsabilidade sem culpa ou muito menos que a indenização somente dependerá de culpa.

A responsabilidade sem culpa funda-se na Teoria do Risco e nas hipóteses especificadas em lei , estando prevista no artigo 927 § único do novo Código Civil que proclama que: “ 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”.

“A responsabilidade, fundada no risco, consiste, portanto, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador”⁹

O Enunciado n.38 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal declara: “ A responsabilidade, fundada no risco da atividade, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

⁷ Venosa, Silvio de Salvo. Direito Civil, 5 ed., 2005, p.32

⁸ Diniz, Maria Helena, 7 vol., 17 ed., p.40

⁹ Carlos Alberto Bitar, op. Cit.,89 e 91; Silvio Rodrigues, op.cit.,v.4, p.170

1.2 Dano Moral e Dano Patrimonial

Dano nada mais é do que o prejuízo sofrido pela vítima. Pode ser Patrimonial e Moral.

Dano Patrimonial é aquele que se refere ao patrimônio da vítima, “ vem ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável”¹⁰. O Dano Patrimonial abrange o dano emergente que é o que o lesado efetivamente perdeu e o lucro cessante que é o aumento que o patrimônio da vítima teria, mas deixou de ter em razão do dano.

Dano Moral “ é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade”¹¹. O dano moral não atinge o patrimônio da vítima, resulta na privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente, não podendo ser ressarcido e sim reparado, . “ o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”¹². O dano moral por não atingir a esfera patrimonial da vítima traz dificuldades na fixação da indenização.

1.3 Culpa.

Para responsabilidade civil a culpa abrange tanto o dolo, que é a vontade intencional de violar o dever jurídico, sendo chamado de delito no Direito Romano quanto a culpa em sentido estrito que é a conduta sem intenção de violar um dever eivada de negligência, imprudência e imperícia, sendo denominada pelo Direito Romano de quase delito.

Atualmente a distinção de dolo e culpa no campo civil não possui grande relevância, tendo em vista que para fins de indenização basta averiguar se o agente agiu com culpa civil em sentido amplo.

Maria Helena Diniz define a culpa civil como sendo” A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela.”¹³

Portanto, não importa se o agente agiu intencionalmente querendo ou não o resultado danoso, pois responderá civilmente pelo prejuízo causado.

O novo Código Civil inovou no artigo 944 § unico na fixação da indenização graduando o montante da mesma a intensidade do dolo e da culpa em casos de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, não se esquecendo da medida do prejuízo, eis que como regra geral em seu caput proclama que “ a indenização mede-se pela extensão do dano”.

¹⁰ Antunes Varela, Dano Indireto, cit, v. 22, p241-3

¹¹ Silvio Salvo Venosa, p.47, 2005, 5 ed

¹² Maria Helena Diniz, 7 vol. , 17 ed., 2003, p.84

¹³ Diniz, Maria Helena, 7 vol. 17 ed,p42

Para Código Civil de 1916 era irrelevante os graus de culpa, atualmente com o advento do novo Código Civil os graus de culpa são importantes, pois irão influenciar na fixação da indenização.

A culpa em sentido estrito abrange a imprudência, imperícia e a negligência. Imprudência é a precipitação ou o agir sem cautela, sem o cuidado devido. Imperícia é o agir sem a qualificação profissional para o desempenho de determinada atividade. Negligência é o não agir, é a omissão quando deveria agir determinada forma.

Para ordenamento jurídico civil não importa qual a modalidade de culpa utilizada pelo agente, pois todas geram indenização.

1.4 Nexo Causal

É o ultimo elemento para configurar a responsabilidade civil, é o liame que liga a ação ou omissão do agente ao dano, sendo indispensável, pois é por meio do nexos causal e da sua relação de causa e efeito que saberemos quem é o responsável pelo dano.

“A responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou” (RT, 244:155, 466:68).

2- EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

São os acontecimentos que interferem na configuração da responsabilidade civil mais precisamente nos elementos essenciais para sua caracterização, excluindo-os e consequentemente extraindo o dever de indenizar do agente, sendo eles: Culpa exclusiva da vítima, Caso fortuito ou força maior, Ausência de culpa, Estado de necessidade, Legítima defesa, Exercício regular de um Direito, Fato de terceiro, Cláusula de não indenizar e cláusula limitativa de responsabilidade.

3- RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA.

A diferença entre as duas espécies se encontra na análise da culpa. A Responsabilidade Civil Objetiva independe da análise da culpa no caso concreto, sendo uma exceção prevista no ordenamento jurídico em seu artigo 927 § único, decorrendo de norma legal ou da análise da atividade desenvolvida normalmente pelo autor do dano expondo a risco direitos de terceiros. Portanto, haverá o dever de indenizar quando o risco e o dano estiverem interligados. Na responsabilidade civil Objetiva não se busca a verificação da culpa, é a chamada Teoria do Risco, leva-se em consideração a ação ou omissão do agente, o ato praticado e a atividade em si que por si só expõe a um perigo ocasionando o dano, a existência do dano e o nexos causal, respondendo desta forma o agente objetivamente. A responsabilidade civil Subjetiva por sua vez depende da verificação e comprovação da culpa do agente causador do dano, sendo a regra geral do nosso ordenamento jurídico prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil, que traz o conceito e a conseqüência do ato ilícito, gerando desta forma o dever de indenizar.

4-NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1- Responsabilidade civil subjetiva

O novo Código Civil impõe em seu artigo 951 ao profissional o dever de indenizar quando causar “a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho” por culpa em sentido estrito no exercício da atividade, adotando desta forma a Responsabilidade Civil Subjetiva para os profissionais da Medicina.

O presente dispositivo não trouxe grandes mudanças no mundo jurídico, tendo em vista que a jurisprudência de forma avassaladora já vinha adotando a Responsabilidade Civil Subjetiva para os médicos. Isto posto, para caracterização da responsabilidade civil do médico e conseqüentemente o dever de reparar o dano é essencial a presença da culpa na atuação do profissional.

Os artigos 186 e 927 do Código Civil são aplicados na responsabilidade civil do médico, eis que toda vez que um médico praticar um ato ilícito no exercício de sua profissão será obrigado a repará-lo mediante indenização, seguindo os mesmos preceitos da responsabilidade civil genérica.

A responsabilidade civil do médico incidirá em decorrência de sua atuação na relação mantida com seu paciente.

“O médico assume a responsabilidade desde o diagnóstico clínico ou laboratorial, pois de início decorrerão conseqüências para o paciente. A identificação errada da moléstia ou a medicação inadequada pode causar danos irreversíveis.”¹⁴

“Pode definir-se erro médico, nesse sentido, como sendo a ação ou omissão do médico que, no exercício profissional, causa dano à saúde do paciente.”¹⁵

O erro apenas pode ser imputado ao médico quando estiverem presentes os elementos que caracterizam a responsabilidade civil como nexos causal, dano, culpa todos relacionados com ação ou omissão do profissional.

Júlio Cezar Meirelles Gomes e Genival Veloso França definem erro médico em sua obra “Erro Médico” como sendo : “a conduta profissional, inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.

A responsabilidade do médico pode se dar sobre as três modalidades de culpa, sendo elas à imprudência, à negligência e a imperícia acima já mencionadas. A imprudência médica se configurará quando o médico agir sem a cautela necessário ao caso, precipitadamente, exemplo o médico que opera sem o diagnóstico correto do paciente. A negligência médica se dará quando o médico agir omitindo-se aos deveres que um caso exigir, é inação, inércia, sendo uma abstenção do comportamento indicado para aquela situação, um desleixo ou preguiça, temos como exemplo mais comum em nossos noticiários o esquecimento de gases ou objetos cirúrgicos dentro do paciente, descuidar do paciente. A imperícia médica caracteriza-se por um agir sem conhecimentos técnicos suficientes ou com má aplicação dos conhecimentos que possuir, sendo um agir incompetente ou inábil, como exemplo temos a amputação da perna pela confusão entre artéria e veia em uma operação de varizes na qual extraiu-se a artéria femoral causando grangena.

¹⁴ Venosa, Silvio de Salvo, Responsabilidade Civil, 5 ed., 2005, p.134.

¹⁵ Irany Novah Moares, Erro Médico e a Justiça, 5 ed., p.552

Uma dessas formas de culpa deve estar presente no agir do médico em caso de erro.

A responsabilidade do profissional da Medicina também é tratado no capítulo 15 do Código de Ética Médica onde proclama que “É vedado ao médico:

- Art.29 Praticar atos profissionais danosos ao paciente que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.
- Art.32 Isentar-se de responsabilidade de qualquer ato médico que tenha praticado ou indicado, ainda que este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou seu responsável legal.”

2- Responsabilidade contratual

A responsabilidade médica é considerada de natureza contratual por praticamente toda a doutrina.

Quando o médico é procurado por um cliente forma-se entre ambos um vínculo contratual, muitas vezes tácito.

“Também na atividade médica, a exemplo de outras profissões liberais, pode haver nitidamente um contrato, ainda que tácito. O contrato entre médico e paciente é singular, pois exige a colaboração direta ou indireta do paciente para que ocorra. O paciente é co-partícipe do sucesso ou insucesso da atividade médica”.¹⁶

Segundo Maria Helena Diniz “Embora nosso Código Civil tenha regulado a responsabilidade médica no capítulo atinente aos atos ilícitos, tal responsabilidade a nosso ver, é contratual”¹⁷

“De acordo com Savatier, “a responsabilidade do médico é contratual, não somente em relação ao contrato médico ordinário, remunerado por honorários, mas nos contratos resultantes de relações de caridade ou de cortesia, onde os cuidados são gratuitos”¹⁸

Aguiar Dias¹⁹ afirma que a “responsabilidade do médico é contratual, não obstante a sua colocação no capítulo dos atos ilícitos”.

João Álvaro Dias²⁰ admite também as exceções, em que a responsabilidade médica é de natureza extracontratual, como no caso da prestação de assistência médica a uma pessoa inconsciente ou incapaz sem autorização do seu representante legal, quando é agente do serviço público e não se aceite a natureza contratual da responsabilidade destes serviços, quando praticar um ato considerado como crime e outros como a emissão de atestado falso, ocasionando prejuízo a terceiros.

Diante do exposto pela vasta doutrina a responsabilidade médica tem caráter contratual e apenas excepcionalmente terá natureza delitual ou extracontratual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas que regulam o exercício da profissão.

¹⁶ Venosa, Silvio de Salvo, Responsabilidade Civil, vol 4, 5 ed., p.134

¹⁷ Curso de Direito Civil, 7 vol, 17 ed, p.265

¹⁸ Extraído do Livro Responsabilidade Civil de Maria Leonor de Souza Kuhn, 1 ed., Editora Manole, p.62 a 63.

¹⁹ Dias, J. Aguiar, Ob.Cit., 1997, p.253 e segs.

²⁰ Dias João, Ob. Cit.,p.226 - 228

Ocorre que por vezes é difícil estabelecer se a relação médica é contratual ou extracontratual por surgirem concomitantemente. Nesses casos o médico será responsabilizado se ficar provada a sua culpa independente da natureza contratual, pois a conduta do médico será analisada independente da existência do contrato. Se houver contrato o dever de indenizar será estabelecido nos limites do contrato e se não houver será na ação do agente que agiu com culpa, pois mesmo no caso de contrato há sempre uma conduta do profissional.

O médico responderá extracontratualmente por exemplo 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 a dosagem de medicamentos, o que vem a ocasionar acidentes e 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)”²¹.

5- NATUREZA DO CONTRATO : LOCAÇÃO DE SERVIÇOS OU CONTRATO SUI GENERIS

A natureza do contrato médico é discutida vastamente pela doutrina, alguns doutrinadores como Pontes de Miranda²², Genival Veloso de França²³ e Panasco²⁴ entendem como locação de serviços outros como Águiar Dias²⁵, entendem como um contrato sui generis superior a locação de serviços devido a sua esfera especial.

Os doutrinadores que defendem ser o contrato médico uma locação de serviço apóiam-se na idéia do contrato entre o médico e o paciente surgir de forma clara, quando o paciente procura um médico para ser consultado ou realizar um tratamento, o contrato mesmo que tácito já estará celebrado. Para os doutrinadores que defendem ser um contrato sui generis, incomum, devido ao fato do desequilíbrio existente entre as partes de um lado o médico com seus conhecimentos na área e do outro o paciente, que segundo Savatier “ é um fraco, incapaz de se proteger adequadamente por sua próprias forças”²⁶.

6- NATUREZA DA OBRIGAÇÃO MÉDICA: OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO.

A obrigação do médico nasce a partir do momento em que se instaura a relação médico e paciente, com a consulta ou primeiro atendimento.

A obrigação de meio é aquela em que uma das partes se obriga a empregar todos os meios e diligências conhecidas, conduzindo com prudência na execução de uma

²¹ Diniz, Maria Helena, 7 vol., 17 ed.

²² Parte Especial, Tomo III, p.435-436.

²³ Direito Médico, 3 ed. rev. e atual, 1982, p.147

²⁴ Panasco Wanderby Lacerda, Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos, 1979,p.51

²⁵ Dias, José de Aguiar, Responsabilidade Civil, 10 ed., 1997 e Responsabilidade em Debate, 1983.

²⁶ Citação de Savatier extraído do livro Responsabilidade Civil de Maria Leonor de Souza Kuhn, ed. Manole, p.67.

obrigação não se comprometendo com resultado final. A obrigação de resultado é aquela em que uma das partes se compromete a realizar um fato determinado e a alcançar um certo objetivo.

A obrigação médica pode variar entre obrigação de meio e resultado dependendo do compromisso assumido pelo profissional. A obrigação do médico normalmente será de meio e alguns casos será de resultado como nos casos de cirurgia estética, de exames clínicos, radiológicos e assemelhados, contratos hospitalares.

A responsabilidade do médico na obrigação de meio é utilizar todo o seu zelo e conhecimento profissional no caso concreto, não tendo a obrigação de curar o paciente, devendo utilizar dos meios necessários, conhecidos e disponíveis para o tratamento do paciente não garantindo a cura, mas tentando atingi-lá.

“ Os contratos de obrigação de meios são estabelecidos em atividades exercidas por médicos, advogados etc., que deverão utilizar seus conhecimentos em benefício de seus clientes, não garantindo resultado final. Nos contratos de obrigação de resultados o que se espera é o resultado final e que se não for alcançado, surge o dever de reparação pois não houve cumprimento do contrato”²⁷.

“ Do que ficou dito sobre a natureza da responsabilidade médica, concluiu-se que a prestação complexiva a que o médico está obrigado para com o doente é objecto de uma obrigação de meios. Com efeito, a situação de incerteza sobre a etiologia de inúmeras doenças e sobre os métodos de as curar tornam insegura ou aleatória a prossecução do resultado a que aspiram quer o doente, quer o médico. A cura (sempre que se verifique) é decerto concebível como um resultado, mas, uma vez que não depende necessária e exclusivamente da actuação do médico, não pode ser erigida em objecto do contrato.....O que se pretende por em evidência é que o médico não está obrigado a determinado resultado material (opus) ou imaterial (a cura como evento incerto), mas deve desenvolver uma atividade profissional tecnicamente qualificada na escolha e utilização dos meios mais idôneos a conseguir a cura”²⁸

O nobre jurista Silvio de Salvo Venosa aponta um aspecto muito importante na relação médica que é o risco pelo desenvolvimento, segundo o qual: “ O médico deve saber utilizar hoje a melhor técnica, recomendar os melhores tratamentos, os medicamentos presentes no mercado. Não pode ser responsabilizado, porque não há culpa, se depois de seu atendimento ao paciente são desenvolvidos produtos e técnicas que melhor atenderiam a moléstia”²⁹

7- RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Conforme acima mencionado a responsabilidade civil do médico é subjetiva, ou seja depende da prova de que o profissional agiu com culpa em uma das suas modalidades para gerar o dever de reparar.

No entanto existem casos em que o profissional médico será responsabilizado objetivamente, ou seja independentemente de ter agido com culpa, sendo irrelevante o elemento culpa para gerar o dever de reparar desde que esteja presente o nexo causal entre

²⁷ Irany Novah Moraes Erro Médico e a Justiça, 5 ed, p.599/560

²⁸ Dias, João Álvaro. Procriação Assistida e Responsabilidade Médica, ed. 1996.

²⁹ Direito Civil, 5 ed., vol.4,p.152.

a ação ou omissão do médico e o dano praticado existente no paciente, não se verificando no processo a culpa do profissional.

Enquadram-se nesta categoria de responsabilidade as cirurgias plásticas que constituem uma obrigação de resultado, portanto garantidoras do resultado, tendo em vista que as cirurgias estéticas ou meramente embelezadoras possuem um único objetivo o resultado estético favorável pois o paciente não sofre de moléstia nenhuma. Não ocorrendo o resultado contratado o cirurgião estará obrigado a indenizar pelo não cumprimento. Esta obrigação abrange o dano material sofrido pela vítima, podendo também abranger o dano moral decorrente de deformidades deixadas na vítimas que atinjam os direito de personalidade da vítima sendo eles o direito a imagem, a honra, a integridade, e ainda podem atingir os danos estéticos causados pela cirurgia que resultaram no afeamento da vítima de modo irreversível. Portanto com um único ato o profissional médico poderá ser responsabilizado por três danos: o material, o moral e o estético cumulativamente.

“O profissional que se propõe a realizar cirurgia visando melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo não lhe restarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar” (DTJ-3ª.T. Agravo de Instrumento nº37.060-9-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Se enquadram também nestas hipóteses o “contrato de hospitalização, em que o médico assume o dever de preservar o enfermo de acidentes, hipóteses em que sua responsabilidade civil será objetiva e não subjetiva (CDC, art. 17; CC art. 927, § único; RT 726: 416)”,³⁰

O médico também responderá objetivamente quando atuar como funcionário público em Hospital pertencente ao Estado e causar dano ao paciente atendido, pois a relação médico paciente nesta hipótese será de natureza estatutária, conforme dispõe o artigo 37 § 6 da Constituição Federal, que proclama que “ As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O profissional da Medicina muitas vezes atua como empregado ou preposto de hospitais, clínicas, casas de saúde, associações, sociedades de assistência, ou convênios. Estas entidades de assistência médicas ou convênios são empresas de prestação de serviço, ou seja, fornecedores e como tais se enquadram no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. Conforme dispõe o artigo 932, III do Código Civil e o artigo 14 caput do Código de Defesa do consumidor as pessoas jurídicas acima mencionadas responderão objetivamente pelos danos causados aos pacientes pelo mau atendimento prestado de seus profissionais em seus estabelecimentos, independentemente da existência de culpa. A situação de preposição portanto, não afasta a responsabilidade da pessoa jurídica pela falha ou defeito na prestação dos serviços médicos independente de culpa, salvo se no contrato conter uma ressalva expressa de desdobramento da responsabilidade entre a pessoa jurídica e o profissional, que pode ser aceito em juízo. A relação convênio e paciente é uma relação de resultado que garante o bom atendimento médico oferecido. Concluímos portanto que a responsabilidade do médico continua no campo subjetivo, conforme artigo 14 §4 do Código de Defesa do Consumidor e das entidades de assistência médica de prestação de serviço no campo objetivo.

³⁰ Diniz, Maria Helena, Responsabilidade Civil, 7 vol, p.265.

A regra como vimos é que a responsabilidade civil do médico é subjetiva e excepcionalmente objetiva quando garante o resultado, portanto o médico responderá objetivamente pela promessa do resultado, isto é, quando assumir de maneira expressa o compromisso do resultado independentemente da área em que estiver atuando. O médico precisa tomar muito cuidado ao externar o diagnóstico e o seu tratamento com os riscos do evento ao paciente pois as suas promessas podem constituir num compromisso com o resultado e que caso não seja cumprido o médico será responsabilizado objetivamente pelo compromisso assumido independentemente de culpa. Nestes casos o médico não avalia a cooperação do paciente e as causas externas que podem ocorrer independentemente da sua vontade assumindo totalmente os riscos e garantindo o resultado.

8- RESPONSABILIDADE DO MÉDICO RESIDENTE

Os médicos residentes são aqueles que estão em programa de treinamento profissional, sendo uma modalidade de pós graduação, mas sendo acima de tudo um médico como outro qualquer “ tanto que, para o exercício de suas funções no programa de treinamento, é exigido o vínculo com o Conselho Regional de Medicina e, dessa maneira tem de seguir as sua normas”³¹, portanto, a sua inexperiência não o exime da responsabilidade que têm perante os doentes.

O treinamento dos médicos residentes é realizado sob a responsabilidade de instituições de saúde, universitárias ou não, sob orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional., tendo sobre si a responsabilidade pelos atos que pratica.

Encontram-se entre os direitos do paciente o de não sofrer dano por culpa do médico, incluído-se neste direito os médicos residentes.

Considerada a prática do ato ilícito por eventuais danos dos médicos residentes e de seus docentes não há como isentá-los de suas responsabilidades conforme dispõe o Conselho Federal de Medicina de Minas Gerais que concluiu que “ o médico residente bem como o preceptor estão passíveis de responder ética e juridicamente por atos médicos realizados bastando, para tanto, que cada instância jurídica defina a responsabilidade a ser atribuída a cada membro da equipe médica pelo ato realizado. O conselheiro Hilário de Freitas analisou a responsabilidade do preceptor e segundo ele “ a responsabilidade ética do preceptor por atos médicos realizados por médicos residentes sob sua supervisão é conseqüente ao caráter peculiar da tarefa preceptoria”³².

Isto posto provada a culpa do médico residente o mesmo deverá ser responsabilizado.

9- RELAÇÃO MÉDICO – PACIENTE

A relação médico paciente se inicia com o primeiro atendimento médico quando o médico pela primeira vez se depara com o paciente, gerando um contrato tácito

³¹ Moraes, Irary Novah, Erro Médico e a Justiça, 5 ed., p.573

³² extraído livro de Erro Médico e a Justiça de Irary Novah Moares, 5 ed., p.573

ou expresso dependendo do caso que pode ser de obrigação de meio ou de resultado como acima já analisamos.

O médico tem o dever de informar o paciente, explicando-lhe a natureza da moléstia e os riscos do tratamento e terapia e suas conseqüência de maneira clara e compreensível ao paciente. Caso o paciente não possa ser informado da gravidade de sua doença, cabe ao médico informar aos parentes ou pessoas próximas.

Este dever de informar está previsto no Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina em seu artigo 59 que dispõe: “É vedado ao médico: Art. 59 Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal”.

“A omissão de informação correta ao paciente pode acarretar responsabilidade profissional”³³

O médico precisa do consentimento do paciente ou do seu responsável para realização do ato cirúrgico ou procedimento sugerido. O consentimento é o elemento essencial para a caracterização da relação contratual, que pode se dar pelo acordo de vontades tácito ou expresso. Quando este consentimento inexistente, como nas situações de emergência ou urgência com iminente perigo de vida ao paciente, nos deparamos com uma conduta de natureza extracontratual, não se estabelecendo portanto o contrato.

O dever de informar não isenta o profissional médico de atos praticados com culpa na forma prescrita em lei.

10- APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR A ATIVIDADE MÉDICA

Atualmente para aplicarmos o direito ao caso concreto precisamos realizar o chamado por alguns doutrinadores de Diálogo das Fontes, que nada mais é do que interligar as várias áreas do direito, as legislações gerais e especiais, a Constituição Federal na resolução do caso concreto.

O Código de Defesa do Consumidor introduziu normas protetivas ao consumidor, que devem ser aplicadas em outras áreas do direito, por serem normas de ordem pública e de interesse social, e abrangerem a sociedade como um todo. Isto quer dizer que abrange a coletividade de pessoas indeterminadas nas suas relações de consumo destinadas a utilização de produtos e serviços.

A relação médico paciente pode ser caracterizada como verdadeira relação de consumo estando sujeito desta forma a aplicação das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor como veremos abaixo.

A definição de Consumidor está prevista no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Portanto, o paciente ou usuário de serviços médicos se enquadra neste conceito, tendo em vista que quando contrata um médico para saber de seu diagnóstico em uma simples consulta até ser tratado ou mesmo submeter-se a uma cirurgia, adquirindo, em

³³ Venosa, Silvio de Salvo, 5 ed, vol 4, p.139.

qualquer hipótese, o serviço posto a disposição pelo médico se coloca na posição de destinatário final.

O médico como prestador de serviço se enquadra na definição de fornecedor do Código de Defesa do Consumidor por desenvolver sua atividade de forma remunerada e principalmente por oferecer os seus conhecimentos de forma remunerada aos consumidores.

Para melhor entendermos o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 3º traz a definição de fornecedor como sendo “ toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O Código de Defesa do Consumidor também traz em seu artigo 3º parágrafo 2º a definição de serviço como sendo qualquer atividade remunerada fornecida no mercado de consumo, enquadrando-se desta forma a atividade médica.

Pelo exposto não restam dúvidas que a atividade médica caracteriza-se como uma relação de consumo e como tal é aplicável o Código de Defesa do Consumidor em suas relações.

Conforme acima mencionado o médico já tinha o dever de informar o paciente do seu diagnóstico e os riscos do tratamento conforme o Código de Ética Médica. Agora com o advento do Código de Defesa do Consumidor este dever de informação ficou mais transparente e exigível pelo consumidor, ora paciente, que traz em seus artigos 6º III e 8º de forma expressa entre os direitos básicos do consumidor o direito à informação.

11- A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O nosso diploma civil estabelece como regra geral que a prova da culpa incube a vítima ou paciente e seus herdeiros. No entanto o Código de Defesa do Consumidor incluiu entre os direitos básicos do consumidor em seu artigo 6º VIII a inversão do ônus da prova dispendo: “ 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 experiência”.

Por ser a relação médica uma relação de consumo aplicamos os princípios da lei do consumidor, com a possibilidade do juiz poder determinar e não dever, facultativamente, independentemente de pedido expresso da parte inverter o ônus da prova se entender verossímeis as alegações do paciente e principalmente a hipossuficiência. A hipossuficiência deve ser entendida pela falta de conhecimento e técnica científica do paciente ao caso concreto, devido a dificuldade do destinatário final do serviço médico em realizar a prova do defeito no fornecimento do serviço do profissional e a sua culpa.

O juiz determinando a inversão do ônus da prova caberá ao médico provar que não agiu com imprudência, negligência e imperícia e ao paciente apenas mostrar o dano ocorrido.

O Código de Defesa do Consumidor também estabelece a inversão obrigatória do ônus probatório em seu artigo 38 nos casos de publicidade de serviços médicos.

A inversão do ônus da prova não deve ser confundida com responsabilidade objetiva em que o médico se torna garantidor do resultado.

2- COMPLEXIDADE DA PROVA DA CULPA

A prova da culpa do profissional médico é complexa e deve ser avaliada com extremo cuidado pelo juiz dentro dos princípios da obrigação de meio que geram a responsabilidade civil subjetiva.

Os princípios da lei do consumidor estabelecem o que é serviço defeituoso em seu artigo 14 §1 e incisos. A prestação de um serviço defeituoso na área médica não difere do defeito dos serviços em geral. E em seu § 2 que não será considerado defeituoso o serviço pela adoção de novas técnicas que no da Medicina deve analisada com extremo cuidado, uma vez que a nova técnica deve ser previamente aprovada pelo paciente e conhecida e dominada pelo profissional, pois em caso contrário será considerado imperito configurando a sua culpa.

A complexidade da prova da culpa se dá devido as vários fatores que rodeam a atividade como por exemplo um diagnóstico errado fornecido pelo primeiro profissional que examinou o paciente prescrevendo-lhe medicamento incorreto e desencadeando desta forma o dano ao paciente, uma cirurgia realizada por vários profissionais ao mesmo tempo da mesma área, entre outros.

Lembrando que apenas a responsabilidade do profissional individual será subjetiva, conforme artigo 14 §4 do CDC. As empresas de prestação de serviço médicas serão responsabilizadas objetivamente.

Os fornecedores serão responsabilizados independentemente da apuração de culpa, e serão solidariamente responsáveis se participantes da cadeia de fornecimento de serviços, sendo portanto responsáveis o estabelecimento hospitalar, os prestadores de serviço, seguros médicos e planos de saúde que atuam por laboratórios, profissionais e outras entidades credenciadas.

12-TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Por esta teoria admite-se que a culpa do médico tenha comprometido as possibilidades de viver do paciente ou a sua integridade, sendo necessário apenas a dúvida de que isso aconteceu por culpa do médico.

Teoria esta que vem surgindo em nossos Tribunais, mas principalmente nos Tribunais do Sul, que aceitam o nexo causal existente entre o dano e a culpa, por não ter dado o médico todas as possibilidades e oportunidades ao paciente a que tinha direito de se recuperar.

13- EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Excluem a responsabilidade civil do médico conforme dispõe o artigo 14 §3 da lei protetiva do consumidor, não existindo defeito na prestação do serviço, a culpa exclusiva da vítima ou intervenção de terceiro agindo com dolo ou culpa não estando subordinado ao médico.

Também excluem a responsabilidade médica a ocorrência de caso fortuito e a força maior. A Força Maior é um fato natural, superior as forças humanas, sendo um evento externo a relação médico e paciente, ao contrário do Caso Fortuito é um acontecimento inerente a pessoa humana, decorre da conduta humana, não podendo ser

previsto e evitado pelos participantes da relação médico paciente, independentemente tanto do médico quanto do paciente. Ambos estão presentes no artigo 393 do Código Civil.

14- CULPA CONCORRENTE DO PACIENTE

Não vai haver exclusão da responsabilidade, mas cada uma das partes, envolvidas no atendimento médico, vai responder por uma parcela da culpa que lhe couber. A responsabilidade vai ser bipartida entre o profissional médico e seu cliente. Nesse caso, o dever de indenizar, por parte do médico, pode diminuir, se o paciente contribuiu para a produção do evento danoso. Isso pode acontecer, por exemplo, no caso de o paciente não seguir as orientações médicas ou omitir ao médico informações importantes. O concurso de culpas caracteriza uma concorrência de responsabilidades que justificam uma diminuição do valor da indenização – princípio da indenização proporcional nos casos de responsabilidade concorrente. A culpa concorrente está prevista no Art. 945 do C.C.

15- SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICOS

Atualmente existe no mercado seguros de responsabilidade civil por erro médico destinados aos profissionais da Medicina que “asseguram o reembolso das reparações pecuniárias pelas quais vier a suportar contratual e extracontratualmente em virtude de suas ações ou omissões decorrentes única e exclusivamente da Prestação do Serviço de Assistência à Saúde”.

O seguro de responsabilidade civil do médico está sendo muito debatido e gerando polêmicas entre os profissionais da Medicina em virtude das vantagens e desvantagens oferecidas a classe. Um dos posicionamentos contrários é que o risco coberto não cobre integralmente o valor da indenização é muito difícil precisar quanto um médico terá que desembolsar para pagar um indenização por exemplo por dano moral. Os posicionamentos favoráveis são de que com o seguro os médicos não precisariam desembolsarem de uma única vez quantias muito elevadas e trabalhariam mais tranquilos sem se preocuparem com possíveis erros médicos.

O seguro se realmente for adotado pelo profissionais da medicina trará grandes desvantagens para a coletividade, pois uma vez assegurado o médico o mesmo se sentirá amparado em caso de erro médico. Salienta-se que todos somos capazes de errar em virtude sermos humanos, mas assegurando o erro, estes podem aumentar consideravelmente e levando em consideração que o seguro ter objeto a área médica estamos falando de vidas, vidas estas humanas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil médica pode ser de natureza contratual e extracontratual. Em regra é subjetiva, dependente de culpa, nas obrigações de meio e excepcionalmente objetiva nas obrigações de resultado. A responsabilidade dos hospitais e demais entidades médicas como associações, casas de saúde e convênios são de natureza objetiva. Os médicos residentes, mesmo inexperientes, respondem civilmente pelos atos

praticados no exercício da profissão por serem considerados médicos apesar de estarem cursando a pós graduação. Atualmente existe o seguro de responsabilidade civil médico por erro médico sendo bastante polêmico no meio médico.

As relações médicas além do Código Civil também são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, enquadrando-se nas relações de consumo e nos princípios da lei protetiva do consumidor, tais como inversão do ônus da prova facultativa e obrigatória, dever de informação ao consumidor, serviço defeituoso.

A responsabilidade civil médica é excluída nos casos de culpa exclusiva do paciente ou de terceiro que seja subordinado ao médico que agiu com dolo ou culpa em relação ao paciente, prestação de serviço com defeito inexistente, caso fortuito e força maior.

A responsabilidade médica será diminuída, diminuindo o valor da indenização a ser paga ao paciente nos casos de responsabilidade concorrente do paciente com o médico, respondendo cada uma das partes com a parcela de culpa que lhe couber.

Por conseguinte concluímos que ao julgar ou ingressar com uma demanda em que se pleiteie uma indenização por erro médico, devem o magistrado e o advogado analisarem cautelosamente a relação existente entre o médico e o seu paciente levando em consideração os temas acima abordados no caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2 vol, ed. Saraiva, 2004.

DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade Civil**. 10 ed., 1997 e **Responsabilidade em Debate**, 1983.

DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**. 1996.

Direito Médico, 3 ed., rev. Atual, 1982.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 7 volume, 17 ed., 2003, ed. Saraiva.

GOMES, Julio Cezar Meirelles, et al. **Erro Médico**. 2 ed. Montes Carlos Unimontes, 2000.

GONZAGA, Vair. **Da Indenização**. Leme: LED 1997.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidade Civil**. Buenos Aires. Hammurabi, 1993.

KUHN, Maria Leonor de Souza. **Responsabilidade Civil – a natureza da relação médico – paciente**. 1 ed, ed. Manole, 2002.

KFOURI Neto, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4 ed. São Paulo, RT 2001.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 1961, vol V

MORAES, Novah Irany. **Erro Médico e a Justiça**. 5 ed., ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PANASCO, Wanderly Lacerda. **Responsabilidade Civil e Penal e Ética dos Médicos**. 1979

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 5 ed., ed. Atlas, 2005.