

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Lucas Baldo de SOUZA¹
Paulo Eduardo D'Arce PINHEIRO²

RESUMO: No campo da responsabilidade civil encontra-se a indagação sobre se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou e em que condições e de que maneira deve ser estimado e ressarcido. Não se pode omitir o fato de que a medicina atual tem tomado rumos diferentes da de antigamente, decorrentes de acontecimentos e situações da modernização de meios e de pensamentos. Quem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as conseqüências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Atualmente as demandas judiciais contra médicos aumentam em ritmo galopante, nas quais os pacientes exigem reparação de danos materiais e morais causados por erros por eles cometidos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Responsabilidade Civil do Médico. Direito e Medicina. Erro médico.

1 INTRODUÇÃO

Devido à crescente transformação e evolução da medicina, esta se tornou ciência, e maior foi se tornando o rigor científico na avaliação dos erros

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. lucasbaldo@unitoledo.br. Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Direito pela PUC e Doutorando em Direito pela PUC. paulo@pinheirodarce.com.br.Orientador do trabalho.

profissionais, não apenas vinculando-os ao singelo fato do insucesso, assim, a falha médica deve ser analisada de maneira detalhada e cautelosa, caso a caso, com bom senso, inclusive, considerando não só a conduta praticada pelo agente, mas também o seu entendimento e posição a respeito.

É corrente, nos dias atuais, a existência de inúmeras técnicas, nas mais diversas áreas de conhecimento e de atuação médica. É evidente que inúmeras teorias e experiências sobre certas enfermidades ou técnicas cirúrgicas nasçam de opiniões nem sempre uniformes. A polêmica, nestas situações, oferece a idéia de que nem sempre há uma conduta única, certa e exigível do profissional, que, na atuação diversa, caracteriza o erro, e assim, o dever de reparar e/ou indenizar o paciente.

Utilizando-se de pesquisas, sistematização de doutrinas, matérias jornalísticas e entrevistas com profissionais da área da saúde, além da indução, devido ter familiar próximo vítima de erro médico, acumula fontes que embasam as explicações apresentadas.

2 DESENVOLVIMENTO

Considera-se “erro médico”, segundo Irary Novah Moraes (1998, p. 356), “a ação ou omissão do médico que, no exercício profissional, causa dano à saúde do paciente. É a falha do médico no exercício de sua profissão, na busca pelo bem estar físico e mental do enfermo, que recorre a seus préstimos para o restabelecimento de sua saúde plena”.

É o erro na conduta profissional da Medicina no exercício de sua função, que, diga-se, não é o de “dar a cura”, mas sim o de zelar, de se dedicar, de fazer o máximo possível para tratar o paciente enfermo e conduzi-lo à restituição plena de sua saúde física e mental. É a falibilidade gerada no momento da prática da conduta médica, no ato de ouvir, de interrogar de diagnosticar, de prescrever, de operar, de examinar, de orientar o paciente, seja em tantas outras ações que o profissional realiza, quando se encontra em atividade, durante um tratamento. O erro produzido fora dessas condições não se considera como “erro médico”, pois aí já

não se encontra o médico no exercício de sua profissão, já não está ele atuando como o profissional voltado ao problema que assola o paciente.

Wanderby Lacerda Panasco (1984, p.188) ensina no sentido de que o erro deve, necessariamente, se caracterizar de maneira clara, como uma conduta diversa daquela considerada correta, perfeita, certa, adequada e cabível para determinado caso específico. Deve ser colocada do lado de um “parâmetro”, uma conduta base, considerada correta e válida, pelo entendimento genérico e pacífico, para que, se possa chegar à conclusão de que determinada conduta, praticada pelo médico, configura-se como erro ou não.

Maria Helena Diniz (2007, p.587) responde sua própria indagação sobre o assunto:

Mas o que seria o erro médico? Seria o mau resultado decorrente de ato culposo, comissivo ou omissivo, do médico? O erro médico é, sob o prisma jurídico, o mau resultado involuntário, oriundo de falhas estruturais, quando as condições de trabalho e os equipamentos forem insuficientes para um satisfatório atendimento, ou de trabalho médico danoso ao paciente, que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência (Código de Ética Médica, art. 29), gerando o dever de indenizar.

A falha médica deve ser analisada de maneira detalhada e cautelosa, caso a caso, com bom senso, inclusive, considerando não só a conduta praticada pelo agente, mas também o seu entendimento e posição a respeito. É corrente, nos dias atuais, a existência de inúmeras técnicas, nas mais diversas áreas de conhecimento e de atuação médica. É evidente que inúmeras teorias e experiências sobre certas enfermidades ou técnicas cirúrgicas nasçam de opiniões nem sempre uniformes. A polêmica, nestas situações, oferece a idéia de que nem sempre há uma conduta única, certa e exigível do profissional, que, na atuação diversa, caracteriza o erro.

Pode ter o médico entendimento diverso de outro, quanto à conduta a ser utilizada frente a um caso concreto. A existência das mais diversas técnicas, trazidas pela modernidade e pelo avanço nas pesquisas e estudos científicos, fornece ao profissional uma gama de opções a ser escolhida para utilização no tratamento do paciente. Contudo, as divergências acerca da técnica escolhida e utilizada por um profissional não devem ser discutidas no campo do “erro”,

simplesmente por existirem entendimentos obtusos. Somente os casos de inegável desproporcionalidade entre a conduta e o problema a ser resolvido, de notória desnecessidade de prática da intervenção pelo profissional, ou falha quanto à execução da conduta, possibilitam a discussão quanto ao “erro”.

Entretanto, claro que se conclui que, necessária se faz a análise de cada caso concreto, de maneira específica e detalhada, assim como a utilização do bom senso, para que se possa chegar à conclusão de se estar diante de um erro ou não, embora existam entendimentos e interpretações diversas quanto às técnicas a serem utilizadas. A não consideração de todas as nuances específicas de cada caso sujeita a tipificação de condutas válidas e perfeitas de forma equivocada, como se fossem erro.

Nota-se que, para a caracterização do erro, não basta simplesmente a verificação da prática de conduta pelo médico, no exercício da profissão, frente à uma interpretação que o caracterize como erro. Há que se levar em consideração todas as especificidades do caso, a existência de fatores que, ainda à primeira vista se apresentem irrelevantes, influenciam diretamente na situação. Há que se utilizar do bom senso para se tomar quaisquer conclusões, e não apenas fazer uma simples análise, fria e metódica, do caso concreto.

É preciso ainda ter uma clara noção a respeito dos deveres do profissional no exercício de sua função, para então se poder examinar os elementos caracterizadores do erro médico propriamente dito.

O médico não tem o dever de dar a cura ao paciente, como muitos imaginam. A relação médico-paciente é, na maioria dos casos, um contrato chamado de “contrato de meios”, onde, não é objeto principal, o resultado (“cura”), mas sim, o modo de atuação do profissional (PANASCO; GONÇALVES; KFOURI NETO, entre outros). O médico realiza sua função “meio”, zelando e dedicando-se ao máximo para que o paciente possa encontrar condições para recuperar a saúde. Sua função independe de resultado, pois seu dever é tratar o paciente enfermo com toda a dedicação possível.

O paciente procura o médico atrás do tratamento que o leve à cura, e não da cura em si, pois essa, o médico não detém e não tem poder de determinar que se constitua.

Não se caracteriza, por si só, de maneira alguma, o “erro médico” devido ao insucesso do tratamento. O médico pode ter cumprido seu papel profissional de maneira impecável, dedicando atenção, diligência e cuidados necessários, com afinco na busca da cura do paciente. Desse modo, ele cumpriu seu dever, sua função frente ao paciente, pois ele fez o necessário e o que estava a seu alcance.

Não há que se cogitar a hipótese de que errou, simplesmente por não ter curado o enfermo, mesmo porque, o insucesso do tratamento pode se dar em razão de conseqüências naturais ou até mesmo porque o próprio paciente forneceu informações incompletas ou incorretas ao médico.

Ainda que o profissional se esforce ao máximo para dar fim diverso ao insucesso, a título de exemplo, não há como lutar contra uma forte pneumonia em um idoso de 90 anos de idade, cuja saúde já não se encontra nas melhores condições, ou então, contra uma dor torácica aguda, não denunciada anteriormente por um paciente, e que agora compromete toda sua saúde.

Embora na maioria dos casos a relação médico-paciente se configure como “contrato de meios”, diferentemente, há casos específicos, que se constituem como “contrato de resultado”, onde a função do médico concentra-se no alcance de um resultado determinado, certo. É o caso, por exemplo, dos tratamentos referentes à cirurgia plástica estética e anestésica, em que o profissional tem o dever principal de alcançar um objetivo, seja ele de dar à estética corporal os traços pretendidos pelo paciente, seja ele de anestésiar o enfermo e recuperá-lo a seguir, dentro de suas condições normais.

O “erro”, nesses casos, configura-se simplesmente quando não se chega ao alcance do resultado pretendido. O médico, previamente, compromete-se a atingir um fim e, o final, não o faz.

Edmilson de Almeida Barros Junior (2007, p.44) nos ensina que:

“A responsabilidade civil médica é a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão”

Pode haver equivocadas caracterizações da conduta praticada pelo profissional médico, como sendo “erro médico”. No entanto, o ordenamento jurídico apresenta alguns requisitos que devem necessariamente estar presentes no caso concreto para a caracterização da conduta profissional do médico como erro propriamente dito.

Apenas diante de um erro caracterizado, com observância dos requisitos legais, é que se poderá conseqüentemente, falar em responsabilização do profissional médico.

2.1 Natureza Contratual e Extracontratual da Relação Médico-Paciente

Sabe-se que a relação estabelecida entre o médico e seu paciente é contratual, pois há obrigação mútua entre as partes. O médico deve assistir o paciente, e este deve pagar o preço pelos serviços.

Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.238) diz:

Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam mais dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica.

Miguel Kfoury Neto (2003, p.71) faz o seguinte comentário a respeito da responsabilidade médica:

Apesar de o Código Civil brasileiro colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar a responsabilidade médica como *ex contractu*.

O autor acima, em continuação, cita ainda Aguiar Dias que é taxativo: “*Ora a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto*

de dúvida (...). Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos”.

Portanto, tendo em vista que o Direito não é uma ciência exata, poderá haver responsabilidade médica que não tenha origem no contrato, como por exemplo, o médico que atende alguém desmaiado na rua. Porém, há de se ter em vista que a obrigação de reparar um dano sempre existirá, seja produzido dentro do contrato ou fora dele.

Sobre o assunto, explica Antonio Ferreira Couto Filho (2004, p. 42):

A natureza jurídica da relação entre o médico e o paciente é contratual, sendo extracontratual, por exceção, quando atende o doente em estado grave e inconsciente.

Conclui-se que, em regra, há formação de um contrato entre o médico e seu paciente, conforme também conclui Maria Helena Diniz (2002, p.261), que também introduz o próximo tópico :

A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina. Todavia há casos em que se supõe a obrigação de resultado, como nas cirurgias estéticas...

2.1.1 Obrigação de meio ou de resultado?

Miguel Kfoury Neto (2003, p. 163-164) diz sobre a obrigação de meio:

Há obrigação de meios – segundo Demogue, o formulador da teoria – quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. É o caso do médico, que se obriga a envidar seus melhores esforços e usar de todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura.

Ainda, Miguel Kfoury Neto (2003, p.163-164), citando Teresa Ancona Lopez Magalhães, diz sobre a obrigação de resultado:

Na obrigação de resultado, o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou terá que arcar com as conseqüências (...) Em outras palavras, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade.

Jurandir Sebastião (2003, p.94) diz:

Na relação contratual, a obrigação poderá ser tanto de resultado (por exemplo, no transporte, na construção, etc.) como de meio (na publicidade, no ensino, na medicina, etc.) Para os efeitos de responsabilidade e ressarcimento, em resumo e como regra geral, a diferença destina-se em saber quem assumiu o risco em caso de frustração (não atingimento do fim) ou de prejuízo (dano), diante do resultado negativo. Se o risco foi atingido por quem contrata (paciente, no caso da medicina), cumpre a este provar a culpa do contratado (médico) pelo dano resultante - será contrato de meios. Se o risco do dano é do contratado (médico, no caso da medicina), cumpre a este, para se eximir da responsabilidade (uma vez que não atingiu o resultado desejado), provar que o insucesso decorreu de fato que escapou de sua esfera de ação, quer por culpa do próprio contratante, quer porque derivado de força maior ou de caso fortuito – será contrato de resultados [...].

Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O médico deverá apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga.

Assim como o dever do médico nas “relações de meios” traduz-se na busca incessante da recuperação do paciente, e não o fazendo com a devida atenção e cuidado incorre em “erro”; nos “contratos de resultado”, não alcançando o fim específico que se comprometera buscar, incorre também.

Se o médico for experiente e tiver utilizado os meios técnicos indicados, não se explicando a origem de eventual seqüela, não haverá obrigação por risco profissional, uma vez que os serviços médicos são, em regra, de meio e não de resultado. O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscientes, atentos, comprometendo-se a tratar o cliente com zelo, utilizar os recursos adequados, mas, em momento algum,

obrigando-se a curar o cliente. Para que venham a ser civilmente responsabilizados, será necessária que seja provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, imperícia e negligência.

Em suma, a responsabilidade civil médica é obrigação de meio, porque o médico não detém o poder da cura, sendo que somente utiliza os meios necessários de sua labuta com a finalidade do tratamento adequado e conseqüente cura do paciente, porém, há casos específicos em que a responsabilidade será decorrente de obrigação de resultado, como por exemplo, a dos cirurgiões plásticos, que se comprometem a melhorar ou “embeleazar” as pessoas e de médicos anestesiológicos, que se comprometem ao resultado de deixar uma pessoa sedada durante uma cirurgia ou procedimento, para que não sinta dores, e posteriormente a restabeleça ao estado anterior de normalidade.

Quanto à relação contratual médico-paciente concernente à obrigação de meios ou de resultado, Edmilson de Almeida Barros Junior (2007, p. 116) nos explica:

Já é inconteste que, de regra, a atividade médica enseja obrigação contratual. Na relação contratual a obrigação pode ser tanto de meios como de resultado. A distinção principal se refere ao fato de se avaliar quem assumiu o risco de frustração ou de prejuízo diante do eventual inadimplemento. Se o risco foi assumido pelo contratante (paciente), cumpre-lhe provar a culpa do contratado (médico) pelo dano. Esta é a obrigação de meios; por outro lado, se o risco é assumido pelo contratado (médico) cumpre a este, para eximir-se de responsabilidade, provar que o inadimplemento da obrigação assumida decorreu de fato que escapou de seu âmbito possível de atuação, quer seja por culpa do contratante, quer seja por caso fortuito ou força maior. Esta é a obrigação de resultado.

É cediço que o médico assume obrigação de meio perante o paciente, pois ao assisti-lo, deverá esforçar-se para obter a cura, já que não obtém esse poder em suas mãos. Porém, quanto aos cirurgiões plásticos a situação é outra, pois a obrigação que assumem é de resultado.

Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com o aspecto pior após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituirá a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória.

Da cirurgia mal-sucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. A indenização abrange, geralmente, todas as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético, bem como a verba para tratamentos e novas cirurgias (RJTJSP, 65/174).

Conforme Luis Roberto Gonçalves (2007, p.244), o cirurgião plástico assume obrigação de resultado porque o seu trabalho é, em geral, de natureza estética. No entanto, cabe ressalva em alguns casos, onde a obrigação continua sendo de meio, como no atendimento a vítimas deformadas ou queimadas em acidentes, ou no tratamento de varizes e de lesões congênitas ou adquiridas, em que ressalta a natureza corretiva e reparadora, e não somente estético-embelezadora do trabalho.

2.1.2 Dano

Dano constitui-se como prejuízo, alteração de um estado favorável, constituição de uma condição adversa e avessa a uma situação benéfica.

O dano, em âmbito legal, é elemento imprescindível à verificação da existência da responsabilidade civil. Não existindo dano, não há prejuízo a ser reparado, e, conseqüentemente, não há razão de ser para a responsabilização.

Assim, não basta para a existência da responsabilidade civil que uma ação ou omissão sejam qualificadas de culposas; é indispensável que a imprudência, imperícia ou negligência tenham causado dano a outrem. O dano revela-se, assim, elemento constitutivo da responsabilidade civil.

Sérgio Cavalieri Filho (2007, p.71) ao conceituar dano, expõe:

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.

Para que tenha origem a responsabilidade médico-hospitalar, conforme Miguel Kfourir Neto (2003, p.105), deve existir um dano ao paciente, de qualquer espécie: lesão a um direito (à vida, à integridade física, à saúde), lesão de um interesse legítimo, danos patrimoniais ou danos morais.

Os danos médicos podem ser físicos (ou corporais, incluindo o dano estético), materiais ou morais. Os danos físicos assumem maior relevância, pois o prejuízo corporal se compõe de elementos variáveis, indenizáveis separadamente, conforme o estado patológico do doente, por exemplo, que se pretendia aliviar ou curar, pode resultar agravado ou crônico, ou ainda, por exemplo, conforme a invalidez, seja ela parcial ou total, permanente ou temporária, configurando dano físico.

Os danos materiais ou patrimoniais são aqueles comumente decorrentes dos danos físicos, são os lucros cessantes, despesas médico-hospitalares, medicamentos, contratação de enfermeiros, etc. Nos danos materiais, sobrevivendo a morte da vítima, privam-se os beneficiários da renda auferida por ela, surgindo aí dano também indenizável.

Quanto aos danos morais, incluem-se os danos estéticos, a dor sofrida, o agonizante mal-estar da nova situação sofrida pela vítima, como por exemplo, a cessação de uma carreira profissional devido ao dano sofrido, por exemplo, por um jogador de futebol que teve danos nos membros inferiores devido à cirurgia desastrosa.

O dano moral não se confunde com o dano material, tem existência própria e autônoma. Este também foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao formular a Súmula n. 37, a qual estabelece serem cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundas do mesmo fato.

O dano estético, considerado como uma lesão à beleza física, à harmonia das formas externas de alguém, necessita para sua caracterização que a lesão que tingiu determinada pessoa seja duradoura e ocasione a rejeição do lesado no meio em que vive.

Alguns doutrinadores entendem que o dano estético é uma espécie do gênero dano moral, sendo impossível deferirem-se parcelas indenizatórias autônomas para cada um desses danos, quando infligidos à mesma vítima. Porém,

tem se firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de cumulação do dano estético com o dano moral.

A constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V, admite três tipos de danos: o material, o moral e o dano à imagem, este último considerado como valor ético, que inclui o respeito e a aceitação social.

Teresa Ancona Lopez (1999, p.127), ao admitir a cumulação do dano estético com o moral, diz que “de qualquer modo a cumulação só deverá acontecer em situações graves, ou seja, no caso de deformações ou desfigurações que acarretem vergonha para a vítima e, infeliz e erroneamente, sua rejeição no seu meio social”, desta forma ocorrerá apenas em casos extremos.

“O dano moral gera dor tão íntima que, muitas vezes, difícil se torna sua comprovação e demonstração. Os danos físicos e materiais, por outro lado, não são tão difíceis de serem comprovados, uma vez que podem ser visualizados, apresentados e periciados” (Kfourri Neto, 2003).

Embora exista essa dificuldade de demonstração, no que se refere ao dano moral, imprescindível é a sua presença. Aliás, seja na esfera moral, física ou material, imprescindível é a caracterização do dano, para que se possa dar a responsabilização do profissional frente à sua conduta negligente, imperita ou imprudente. Sem sua verificação, não há razão para responsabilização, não há dever de reparação.

2.1.3 Nexo causal

O nexos causal - também tido como pressuposto da responsabilidade civil - é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado; seu conceito, no entanto, não é jurídico, mas sim decorrente das leis naturais.

A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano. Determinando-se o resultado, surge como conseqüência natural a voluntária conduta do agente.

Em suma, o nexo causal, ou de causalidade, é um elemento referencial entre a conduta e o resultado, podendo-se afirmar que o nexo da causalidade é elemento indispensável em qualquer responsabilidade civil. Portanto, assim como acontece com o dano e a culpa, não pode haver responsabilidade sem o nexo causal, já que é através dele que pode se concluir quem foi o causador do dano.

Assim, conforme também citado por Miguel Kfoury (2003, p.112), nossa jurisprudência pátria (Tribunal de Justiça de São Paulo), reconheceu o nexo de causalidade vinculando a atuação negligente de médico que, cientificado da ocorrência de complicações advindas da aplicação de injeção de penicilina cristalina na artéria da vítima, medicou à distância, sem examinar o doente – e só compareceu ao hospital na manhã do dia seguinte. Sobreveio a amputação do braço direito da vítima – e a conseqüente condenação do médico e do hospital – visto ter sido a injeção ministrada, desastrosamente, por preposto deste último (RT 637/55).

O grande problema que se tem enfrentado com relação a este tema é o fato de que quando o ato danoso não é conseqüência de uma só causa claramente evidenciável, mas sim resultado da ocorrência de múltiplos fatores, difícil se torna, com precisão, o nexo de causalidade.

Nesses casos, deve se fazer detalhada e minuciosa análise da relação causa e efeito, considerando-se todos os fatores e nuances passíveis de influxo, para que possa, na medida do possível, chegar-se, se não à precisão, à quase certeza da ocorrência daquele ato provocador e causador do resultado.

Porém, nos casos em que há concorrência de culpas envolvendo diretamente a da própria vítima, a tendência jurisprudencial tem sido a inclinação de se considerar rompido o liame de causalidade, uma vez que, pode-se considerar que o próprio lesado foi o causador concorrente de resultado que veio a sofrer posteriormente.

Desta forma, somente na hipótese de real comprovação de que o dano sofrido pelo paciente decorreu diretamente e em conseqüência de conduta praticada pelo profissional, é que há que se falar em responsabilização.

2.1.4 Culpa e conduta culposa médica

A conduta do profissional, capaz de ensejar responsabilização civil do médico é a conduta realizada com a presença do elemento subjetivo *culpa*.

O elemento *culpa* é composto por dolo e a culpa propriamente dita. Logo, a culpa tratada pelo Código Civil, em seu artigo 186, é *latu sensu*.

A culpa em sentido amplo, ou *latu sensu*, é entendida como a própria intenção do agente em provocar o dano. O indivíduo pratica a conduta lesiva com a consciência de que dela irá resultar um determinado prejuízo à vítima. Por outro lado, a culpa em sentido estrito, ou *strictu sensu*, se refere a culpa propriamente dita. Ou seja, o agente não possui a intenção de causar o dano. Entretanto, por atos de negligência, imprudência ou imperícia causa ao ofendido determinada lesão, geralmente patrimonial, moral ou física.

É, dessa forma, de fácil compreensão que todos os doutrinadores citados incluem no conceito de culpa a necessidade de violação de um dever jurídico, sendo de forma intencional ou não, através de conduta positiva ou omissiva.

Como caracterizadora do “erro médico”, a culpa ou a conduta culposa, necessita resultar em um efeito prejudicial, em um dano ao paciente, para efetivamente se configurar.

No dizer de Antunes Varela (1991, p.559):

Culpa exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente: o lesante, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo. É um juízo que assenta no nexó existente entre o fato e a vontade do autor, e pode revestir duas formas distintas: o dolo (a que os autores e as leis dão algumas vezes o nome de má-fé) e a negligência ou mera culpa (culpa em sentido estrito).

O Código Civil esposou a teoria subjetiva, visto que acolheu, em seu artigo 186 o dolo e a culpa como fundamentos da obrigação de indenizar.

Conforme o Ministro César Peluso (2007, p.765-766), o artigo 927 do Código Civil, que inaugura o título destinado ao tratamento da responsabilidade civil, fonte do direito obrigacional, consagra, em seu texto, o que representa inovação do sistema: a coexistência genérica e, segundo se entende, não hierarquizada de

regras baseadas na teoria da culpa e na teoria do risco. Ou seja, por ele se altera o modelo subjetivo levado aos códigos do século XIX.

E continua o sábio Ministro:

Grande inovação contém, todavia, o parágrafo único do artigo 927. Não propriamente por concernir a uma responsabilidade sem culpa, já constante de legislação especial, ou, antes, da própria Constituição Federal (tomem-se os exemplos da responsabilidade civil do Estado, da responsabilidade civil por danos ecológicos, danos atômicos ou danos causados aos consumidores). A novidade está numa cláusula genérica ou numa cláusula geral da responsabilidade sem culpa, baseada na idéia do risco criado, e mitigado, ou não integral dada a exigência de circunstância específica, além da causalidade entre a conduta e o dano, que está na particular potencialidade lesiva da atividade desenvolvida (...) Está na segunda parte do parágrafo em comento, ressaltando-se, na primeira, casos especiais de responsabilidade sem culpa, quer em lei especial ou quer no próprio Código Civil. A exigência da lei, porém, está em que a atividade do agente deva normalmente induzir particular risco, isto é, por sua natureza deve ser o foco de risco a outras pessoas ou a seus bens. O risco deve ser inerente à atividade humana e não resultar do específico comportamento do agente (...).

Assim, em alguns casos, a responsabilidade subjetiva é afastada para prestigiar a responsabilidade objetiva, conforme parágrafo único do art 927 do Código Civil.

A essência da responsabilidade subjetiva assenta-se, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribuiu para o prejuízo da vítima, e é a doutrina legal brasileira no que se refere aos profissionais liberais.

Entretanto, a teoria objetiva não foi descartada.

A culpa é elemento subjetivo, intrínseco à pessoa, que não depende para sua verificação, de intencionalidade do agente de vontade direcionada ao alcance de um fim específico, mas de simples voluntariedade na prática da conduta, devendo ser esta conduta, contrastantes com as normas impostas pela prudência e perícia comuns (KFOURI NETO, 2003).

Na culpa, o agente não espera um resultado, que acaba por se dar em razão de sua falta de zelo, atenção, capacitação ou concentração. O agente acaba por causar o resultado, ainda que não o querendo, em razão da prática negligente, imprudente ou imperita.

A culpa difere-se do dolo, essencialmente, no tocante à intencionalidade, à vontade intrínseca e direcionada à prática de determinada conduta, e à consciência clara de possibilidade de alcance de certo resultado. No dolo, o agente tem plena consciência daquilo que sua conduta irá, ou poderá ocasionar. Age com vontade direcionada de produzir o ato. Na culpa, por outro lado, o agente não visa o resultado que acaba de produzir, não espera e nem tem vontade direcionada para praticar a ação e produzir, em decorrência, determinado resultado.

É imperioso esclarecer que o dolo em sede de Responsabilidade Civil, ao contrário do conceito atribuído pelo Direito Penal – no qual significa a intenção de um indivíduo em praticar determinada conduta antijurídica, diz respeito a consciência do resultado.

Dá-se sempre a conduta culposa do profissional quando ele não despense a atenção mínima exigida e necessária para garantir uma efetiva intervenção médica válida e correta. Quaisquer que sejam as ações a serem realizadas, deve o médico, no interesse do paciente, utilizar-se de toda dedicação e concentração a fim de buscar o sucesso da conduta.

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.

Oportuna a lição de Ruy Rosado de Aguiar Junior (1997, P.128) sobre a culpa médica:

A sua apuração obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabiam dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e de confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa.

O Código Civil esposou a teoria subjetiva, visto que acolheu em seu artigo 186, o dolo e a culpa como fundamentos da obrigação de indenizar.

Ademais, a teoria objetiva não foi descartada, uma vez que sua aplicação se dá nas causas específicas e previstas, conforme atesta Antônio Ferreira Couto Filho (1999, p.15):

[...] a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora a profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu.

A responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na culpa *strictu sensu* (imperícia, imprudência e negligência) e para a caracterização da culpa não se torna necessária a intenção, bastando a simples voluntariedade da conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícias comuns.

Observa-se nos conceitos de culpa apresentados que se trata de uma inobservância de norma jurídica e, como essa atitude, o agente causa dano a outrem, vez que agiu com *imprudência, imperícia ou negligência*, sendo estes os elementos que constituem a culpa, que são, via de regra, alternativos, mais nada impede que mais de um desses elementos esteja presente no caso concreto.

Para melhor entendimento, é necessário estabelecer os conceitos dos elementos supra citados, conforme segue

A **negligência** é a falta de diligência do profissional, caracterizada pela inércia, passividade, inação. É a omissão do profissional frente à situação que lhe exige tomada de uma determinada conduta. É o não cumprimento de um dever, um desempenho da conduta. É a não prestação de assistência adequada; o descuido no tratamento do doente; o abandono do enfermo; o esquecimento do material cirúrgico no corpo do paciente (KFOURI NETO, 2003. p. 91-92).

A **imprudência** configura-se devido a falta de cautela, de zelo na realização da conduta profissional. É a comissão açoitada, precipitada, afoita do médico. É o enfrentamento de um perigo, de um risco. É a utilização de material cirúrgico não esterilizado; realização de cirurgia pelo médico cirurgião que não espera pelo anestesista; intervenção realizada sem certeza de diagnóstico correto (KFOURI NETO, 2003. p.95-96).

A **imperícia**, por fim, é a falta de preparo, deficiência de habilitação, o não conhecimento da matéria a ser verificada, ou mesmo, da conduta a ser realizada, a “incompetência”, no sentido jurídico do termo. É o despreparo prático e técnico, por exemplo, uma cirurgia cardíaca realizada por clínico geral (KFOURI NETO, 2003. p. 97-102).

As três modalidades (negligência, imperícia e imprudência) têm a mesma gravidade, do ponto de vista da culpa; entretanto, para que se possa responsabilizar o profissional que cometeu o erro, é fundamental que se estabeleça a comprovação da prática da conduta de maneira culposa pelo profissional, o nexo de causa e efeito entre esta conduta e o dano do paciente.

Miguel Kfourir Neto (2002, p.35) faz o seguinte comentário a respeito da culpa do médico:

O profissional da medicina deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com o desempenho que seria razoável esperar-se de um médico prudente, naquelas mesmas circunstâncias. Aplicam-se ao médico os indicadores que medem e graduam a culpa em geral. Não deve ele olvidar qualquer dos ensinamentos que compõem a base da sua arte, nem tampouco deixar de dar importância a essas regras. Deve, pois, conhecer e fazer tudo aquilo quanto um outro diligente ou diligentíssimo médico que se encontrasse nas mesmas condições suas saberia e faria.

Caso o médico seja experiente e esteja utilizando de todos os meios técnicos indicados, não se podendo explicar a origem de eventual seqüela ou dano não imaginável, não haverá obrigação por risco profissional, pois os serviços médicos são obrigações de meio na maioria dos casos, sendo de resultado em apenas algumas circunstâncias, como nas cirurgias plásticas embelezadoras. Somente poderá ser demonstrada a responsabilidade civil médica após ser demonstrada alguma das modalidades de culpa – imperícia, imprudência e/ou negligência.

Com relação aos graus de culpa, também citado no primeiro capítulo deste trabalho de maneira introdutória, o professor Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.299) faz a seguinte classificação:

Com relação aos graus, a culpa pode ser grave, leve e levíssima. A culpa grave consiste em não prever o que todos prevêem, omitir os cuidados mais elementares ou descuidar da diligência mais evidente. (...) A culpa será leve quando a falta puder ser evitada com atenção ordinária. (...) A culpa levíssima é a falta só evitável com atenção extraordinária, com extremada cautela.

Cabe salientar, que o médico pode safar-se do dever de indenizar, desde que demonstre ausência de culpa (culpa exclusiva da vítima) ou ruptura do nexo de causalidade (caso fortuito, fato de terceiro não imputável ao médico).

Por fim, é evidente que se não houver culpa em qualquer de suas modalidades, não haverá o dever de reparação, ainda que exista um dano. Assim, devemos considerar que além das modalidades culposas em que o agente pode incorrer, há inúmeros fatores determinantes à ocorrência de tais atitudes – como exemplo o cansaço físico, a falta de infra-estrutura da clínica, má remuneração, *stress* e até mesmo o acaso -, e se tornam fatores importantes à produção de um resultado indesejado.

Pelos motivos acima expostos é que se torna necessário e importante que a culpa e suas modalidades estejam perfeitamente delineadas, pois só deve se falar em dever de indenizar se a conduta é culposa.

3 CONCLUSÃO

Pôde-se concluir que a atividade médica ao longo da história mudou de forma brusca, pois era inicialmente revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios de Deus a saúde e a morte. Posteriormente era uma relação pessoal com o denominado “médico de família”, e nos dias atuais, uma profissional que analisa lucros e prestígio social, que se rege por regras e diretrizes traçadas por uma elite burocrática que tudo sabe e que tudo explica. O médico de família deu lugar ao técnico que trabalha, na maioria dos casos, de forma fria e impessoal.

Conforme pesquisa realizada para elaboração deste trabalho, a responsabilidade civil médica ainda gera divergência entre os doutrinadores, visto que há uma infinidade de controvérsias e interpretações acerca do tema, causando grande confusão de conceitos jurídicos, principalmente, nas decisões jurisprudenciais.

A responsabilidade civil estabelece em nosso país, via de regra, que aquele que causar dano a outrem deve ressarcir-lo por estes prejuízos. A responsabilidade civil do médico advém, também, desta disposição existente em nosso ordenamento jurídico. Deve, pois, ser indenizado, aquele que submetido à tratamento médico, venha, por causa deste, sofrer um prejuízo, seja de ordem material ou imaterial – patrimonial ou não patrimonial.

O Código Civil baseia-se na culpa como elemento essencial para que o indivíduo seja responsabilizado civilmente, mantendo, assim, a responsabilidade subjetiva em nosso ordenamento jurídico, apesar de adotar a responsabilidade objetiva, isto é, responsabilidade independente de culpa, em alguns casos específicos - dependendo da atividade exercida pelo agente (teoria do risco) ou por disposição legal.

Atualmente tramitam no Judiciário inúmeras ações com pretensão de indenização decorrente de erro médico, buscando a responsabilização civil do profissional pelo mau resultado e conseqüentes danos ocasionados por sua conduta. Tais danos podem ser graves, irreversíveis ou até mesmo levar o paciente à morte; por isso é que o erro deve estar devidamente caracterizado, pois nem todo ato que tenha causado um resultado oposto ao esperado, acarretará a responsabilidade do médico e o dever de reparação.

O médico deve agir com toda cautela e perícia que a profissão lhe impõe, fazendo o que estiver a seu alcance, pois qualquer erro pode até ser fatal.

Para que seja devidamente caracterizado o erro médico, deverá considerar o dano, estabelecer o nexo causal e avaliar as circunstâncias em que se verificou o ato médico e a culpa (em qualquer das suas modalidades).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. RT 718/33 e Ver. Jurídica Síntese 231, 1997

AITH, Márcio. *Erro médico mata mais que acidente*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 01 jan. 1999, p. 12.

ALBAS, Andréa Silva. *Médico: obrigação de meio ou resultado?*. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2004

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 559.

ARAÚJO FILHO, Luiz de Paulo. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002

BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007

BOUZON, Emanuel. *O Código de Hamurabi: introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007

CIANI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva: 2003

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.cremesp.com.br> . Acesso em 08 dezembro 2007.

COUTINHO, Leão Meyer. *Código de Ética Médica Comentado*. São Paulo. Saraiva, 1994.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico*. Rio de Janeiro. Lúmem Júris, 1999.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Instituições de direito médico*. Rio de Janeiro, Forense, 2004

COUTO FILHO, Antonio Ferreira. *Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CROCE, Delton.. *Erro médico e o direito*.. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997..

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

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7

ERRO MÉDICO. Disponível em: <http://www.erromedico.org>. Acessos em: 05 dezembro 2007 e 08 janeiro 2008.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. São Paulo: Fundação BYK, 1992.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

GIOSTRI, Hildegard Tagessel. *Erro medico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1998.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles. *Erro Médico*. Montes Claros: Unimontes, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

JORNAL Folha de São Paulo, 16 de abril de 2006. Folha Cotidiano.

JORNAL O Estado de São Paulo, 01 de março de 2007.

JUNQUEIRA, Juliana. Crescem as demandas de erro médico. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 31 de agosto de 1998. p. A8.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

LOPES, João Batista. *Perspectivas atuais da responsabilidade civil no direito brasileiro*. *RJTJSP*, v. 57.

LOPEZ, Tereza Ancona. O dano estético. Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MANSUR, Alexandre. Quando os médicos erram. *Veja*, São Paulo, ed. 1587, mar. 1999

MARCONDES, Patrícia Fernandes. *A perícia no erro médico*. Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2006.

MEDICINA LEGAL. Disponível em: <http://www.medicinalegal.com.br>. Acesso em: 06 janeiro 2008.

MONTALVÃO, A. Siqueira. Erro médico: Teoria, Legislação e Jurisprudência. Campinas: Julex, 1998.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Responsabilidade civil: aspectos processuais. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a lei*. São Paulo:Lejus, 1998.

MORAES, Irany Novah. Erro médico e a justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa da Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 31. São Paulo: 1999

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Aide Editora. 1991

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: R, 2007.

REVISTA Superinteressante. Editora Abril. Edição 164. Maio de 2001. 'A medicina doente'.

REVISTA *Veja*, Editora Abril, edição 1921, 07 de setembro de 2005, Quando os médicos erram.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil vol. 4 - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*. São Paulo: revista dos Tribunais. 2000. Biblioteca do direito do consumidor, v. 14

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SIDDE, J.M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004

SOUZA, Roberto Pereira de. Cirurgiões apontam erro médico no Hospital das Clínicas. *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 17 de abril de 1996. p. E5.

PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PELUSO, César. *Código Civil Comentado*. Barueri, SP: Manole, 2007

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4.

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