



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aspectos Relevantes da Responsabilidade Civil do Médico

Jacqueline Guedes Knaack de Castilho

Rio de Janeiro
2011

JACQUELINE GUEDES KNAACK DE CASTILHO

Aspectos Relevantes da Responsabilidade Civil do Médico

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof^ª Kátia Silva

Prof^ª Mônica Areal

Prof^ª Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

ASPECTOS RELEVANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Jacqueline Guedes Knaack de Castilho

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes. Advogada.

Resumo: As ações indenizatórias decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar estão se tornando cada vez mais frequentes. O aumento deste tipo de demanda se deve principalmente pelo fato de que hoje os cidadãos estão mais conscientes dos seus direitos e têm uma maior facilidade de acesso à justiça. A essência do trabalho é abordar os aspectos mais importantes deste tipo de responsabilidade, priorizando a reflexão sobre a teoria do consentimento informado.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Médico. Aspectos Relevantes. Teoria do Consentimento Informado.

Sumário: 1. Responsabilidade Civil: conceito. 2. Espécies de Responsabilidade Civil. Pressupostos da Responsabilidade Civil. 4. Natureza da Responsabilidade Médica e Hospitalar. 5. Da Ética Médica e do Dever de Informar. 6. Do Consentimento Informado. 7. A Culpa na Responsabilidade Civil do Médico. 8. Fatores Excludentes do Nexo Causal. 9. Do ônus da Prova. 10. Conclusão. 11. Referências.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO

A violação de um dever jurídico configura ato ilícito que, quase sempre, acarreta dano a outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, também chamado de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo¹.

Aqui se insere a noção de responsabilidade civil que é o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Assim, só haverá responsabilidade civil quando houver violação de um dever jurídico e dano.

O art. 187 do Código Civil assim dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Partindo-se da premissa que ninguém pode ficar impune pelos seus erros, a sociedade espera que todo aquele que causar um dano a outrem indenize o prejuízo. Por isso, pode-se dizer que a responsabilidade civil inspira-se no sentimento de justiça que os seres humanos têm dentro de si.

Segundo Sergio Cavalieri Filho, o dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima². A responsabilidade civil existe para restabelecer esse equilíbrio, o que se faz recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Vigora neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível recoloca-se a vítima na situação que existia antes da lesão. Isso se faz por meio de uma indenização fixada em proporção ao dano.³

¹ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, p. 23.

² Ibidem, p. 35.

³ Ibidem.

2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

No que pertine ao Direito Civil, a responsabilidade civil pode ser classificada em: responsabilidade contratual e extracontratual; responsabilidade subjetiva e objetiva⁴.

Responsabilidade contratual é aquela que se deriva de uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo do contrato.

Responsabilidade extracontratual é aquela que deriva de uma obrigação imposta por um princípio geral do direito ou pela própria lei, isto é, ela surge da violação a um direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima haja uma relação jurídica preexistente. Como exemplo, pode ser citada a hipótese de um acidente de trânsito entre dois motoristas de veículos de passeio.

Responsabilidade subjetiva é aquela em que a vítima precisa provar a culpa do agente para ser indenizada. Dentre os profissionais que se sujeitam a esse tipo de responsabilidade estão os profissionais liberais (art. 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor), como por exemplo os médicos.

Já a responsabilidade objetiva é aquela em que a vítima não precisa provar a culpa do agente para ser indenizada. Basta que prove a existência da conduta, do dano e do nexo causal entre a conduta e o dano. Este tipo de responsabilidade é baseada na teoria do risco, que prega a ideia de que todo aquele que exerce uma atividade que tem a probabilidade de causar dano a outrem, deve suportar os riscos e reparar o dano dela decorrente.

3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

⁴ Ibidem.

Os pressupostos da responsabilidade extracontratual subjetiva são: a) conduta; b) dano; c) relação de causalidade entre o dano e a conduta; d) culpa.

Conduta é o comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas⁵.

É importante observar que a omissão só adquire relevância jurídica quando a pessoa tem o dever jurídico de agir para impedir um resultado, dever, esse, que pode ser proveniente da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio agente, que criou o risco para a ocorrência do resultado.

O dano médico pode ser de qualquer tipo, seja físico (ou corporal), material, moral ou estético⁶. Como exemplo de dano físico pode-se pensar na hipótese da paciente que durante a realização de cesariana, por imperícia do médico acaba tendo a bexiga perfurada.

Os danos materiais, em sua maioria, são consequências dos danos físicos. Abrangem despesas médico-hospitalares, medicamentos, contratação de enfermeiros, viagens, lucros cessantes⁷.

O dano estético pode ser conceituado como a lesão à beleza física, à harmonia das formas externas de alguém. Considerando que cada pessoa é única e que cada um tem um modo de pensar, o conceito de beleza é relativo. Por isso, “ao apreciar-se um prejuízo estético deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que era antes”⁸. Existe

⁵ Ibidem.

⁶ NETO, Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 113.

⁷ Ibidem, p. 113.

⁸ MAGALHÃES apud NETO, op. cit., p. 115.

tese tanto no sentido de que dano estético seria espécie de dano moral⁹, quanto no sentido de que seria um dano autônomo¹⁰.

Nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano. Existem duas teorias principais para explicar o nexo causal: teoria da equivalência dos antecedentes (criada por von Buri) e teoria da causalidade adequada(criada por von Kries). Para a teoria da equivalência dos antecedentes, quando várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas elas têm o mesmo valor¹¹. Essa teoria não faz distinção entre causa (ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido) e condição (fator que permite que a causa produza seu efeito positivo ou negativo). Tal teoria baseia-se no chamado processo hipotético de eliminação.

Já de acordo com a teoria da causalidade adequada, nem todas as condições que concorrem para um resultado são equivalentes. Para essa teoria, causa é o antecedente necessário e adequado à produção do resultado¹². Ou seja, para saber se determinado fato foi a causa do resultado lesivo, é necessário indagar se tal fato era adequado para produzir concretamente o resultado. Em suma: entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva para produzir o evento danoso. No âmbito da responsabilidade civil prevalece a teoria da causalidade adequada.

Quanto ao pressuposto culpa, cabe ressaltar que em sede de responsabilidade civil, quando se fala em culpa, quer-se englobar tanto o dolo (intenção de causar o dano) quanto a culpa strictu sensu (descumprimento do dever de cuidado).

⁹ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez; FILHO, Sergio Cavalieri; PEREIRA, Caio Mário da Silva, Brébbia, Roberto. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 115.

¹⁰ SOUZA, Néri Tadeu Câmara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 3. ed. Campinas :Servanda, 2008, p. 114.

¹¹ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, p. 67.

¹² Ibidem, p. 68.

Para viver em sociedade, o indivíduo deve pautar a sua conduta de modo a não causar dano a ninguém. Por isso, ao praticar atos da vida, mesmo que lícitos, o homem deve observar a cautela necessária para que sua conduta não cause dano a outrem. A essa cautela, atenção ou diligência exigível do homem médio convencionou-se chamar de dever de cuidado objetivo.

Para avaliar se houve ou não violação do dever de cuidado deve ser levada em consideração a capacidade intelectual e a sensatez do homem médio. Ou melhor, o julgador deve se perguntar se naquele caso concreto, o indivíduo devia e podia ter agido de outro modo.

4 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA E HOSPITALAR

As ações indenizatórias decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar estão se tornando cada vez mais frequentes. O aumento deste tipo de demanda se deve principalmente pelo fato de que hoje os cidadãos estão mais conscientes dos seus direitos e têm uma maior facilidade de acesso à Justiça.

Não são raros os casos de lesões graves em razão da má atuação profissional. Nos dias de hoje é frequentemente noticiada a ocorrência de casos de pacientes que sofrem danos graves decorrentes de erro de conduta por parte do médico. Frise-se que este trabalho não se presta a discutir os casos de erro profissional, mas sim os casos de danos ocasionados por culpa médica. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta. Por outro lado, a culpa médica (manifestada sob as formas de negligência, imprudência ou imperícia) ocorre quando há inobservância do dever de cuidado em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão.

No passado, muito se discutiu a respeito da natureza jurídica da responsabilidade médica. Questionava-se se tal responsabilidade era contratual ou extracontratual e se gerava obrigação de meio ou de resultado. Obrigação de meio é aquela em que o profissional não se compromete a atingir um resultado específico. Ele é obrigado a empregar todos os meios para atingir um resultado benéfico. Ou melhor, na obrigação de meio o profissional se obriga a utilizar, no cumprimento da obrigação assumida, toda a sua diligência e prudência, de acordo com as técnicas usuais, para o procedimento pelo qual se comprometeu. Já na obrigação de resultado o profissional se obriga a atingir o resultado esperado pelo paciente. Hoje, ressalvada a hipótese de cirurgia plástica estética, entende-se que a natureza da responsabilidade médica é de obrigação de meio, pois nenhum médico, por mais competente que seja, tem como garantir a cura do paciente. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem limitações. O que o médico tem obrigação de fazer é prestar os seus serviços de acordo com as regras e métodos inerentes à profissão.

A partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, pacificou-se o entendimento de que a responsabilidade do médico é contratual, tendo em vista que ele celebra com o paciente um contrato de prestação de serviço. É importante observar que os doutrinadores divergem sobre a natureza do contrato celebrado entre o médico e o paciente. Alguns entendem que trata-se de um contrato de prestação de serviços. Outros entendem que se trata de um contrato *sui generis*, argumentando que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, assumindo também a função de conselheiro e protetor do paciente.

Considerando que o atendimento prestado pelo médico ao paciente é um contrato, devem ser observados todos os princípios referentes ao direito contratual. Um dos princípios norteadores dos contratos é o princípio da boa-fé objetiva. Tal princípio pode ser traduzido como o padrão de comportamento adequado à boa convivência em sociedade. A boa-fé

objetiva traz consigo os deveres anexos de lealdade, cooperação e informação. Esses deveres devem ser observados pelo profissional da área médica, conforme será demonstrado a seguir.

No que se refere à responsabilidade civil dos hospitais, há diferenças quanto à responsabilidade do médico como profissional liberal.

O estabelecimento hospitalar enquadra-se como fornecedor de serviço. Logo, está sujeito às normas do Código de Defesa do Consumidor. Inicialmente, cabe mencionar que é aplicável aos hospitais o disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal, abaixo transcrito:

“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”.¹³

Não resta dúvida sobre o caráter de serviço público dos estabelecimentos prestadores de serviços de saúde, em virtude do disposto nos artigos 6º e 196 da CRFB/88.

A responsabilidade civil dos hospitais é objetiva, nos termos do art. 14, caput do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

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

Desta forma, quando o hospital atua como mero fornecedor, em atividade de sua exclusiva atribuição, a tendência dos tribunais é de reconhecer a responsabilidade objetiva dos hospitais por atos de seus prepostos.

Nesse sentido, observe-se o acórdão abaixo:

**RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR
INFECCAO HOSPITALAR
RESPONSABILIDADE OBJETIVA
OBRIGACAO DE INDENIZAR**

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2011.

¹⁴ BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 out. 2011.

Apelação cível. Ação indenizatória. Autor que, após realização de cirurgia, contrai infecção hospitalar. Fato reconhecido na contestação. Prova pericial desnecessária. Preliminar de cerceamento de defesa rechaçada. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o **hospital** responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si". Presença dos pressupostos da **responsabilidade civil** objetiva. Dano material decorrente da aquisição de medicamentos. Danos moral configurado. Verba adequadamente fixada, em atenção às circunstâncias e à repercussão do caso (R\$ 15.000,00). Seguimento negado aos recursos, monocraticamente, com aplicação do artigo 557, caput do CPC. (Apelação Cível 0015657.36.2008.8.19.0021, Desembargador Agostinho Teixeira de Almeida Filho, 20ª Câmara Cível, julgamento: 30/09/2010)".¹⁵

Por outro lado, quando se tratar de atividade médica propriamente dita, para se condenar o hospital deve ser comprovada a culpa do médico e, sendo condenado o hospital, cabe-lhe o direito de regresso contra o médico causador do dano ao paciente, na forma do art. 37, § 6.º da CRFB/88.

Esse entendimento está expresso no acórdão abaixo:

**PARTO COM FETO NATIMORTO
ERRO MEDICO
ESTABELECIMENTO HOSPITALAR
SOLIDARIEDADE PASSIVA
CULPA DO PREPOSTO**

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. FETO NATIMORTO. SOLIDARIEDADE DO HOSPITAL NA CULPA DO SEU PREPOSTO (ART. 14, § 4º, CDC). A doutrina tem se posicionado no sentido de que a **responsabilidade** médica empresarial, no caso de **hospitais**, é objetiva, indicando o § 1º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, deve-se ter em mente que tal **responsabilidade** somente tem lugar quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao **hospital**. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, incidirá a regra do § 4º, do art. 14 do CDC, impondo-se a solidariedade do **hospital** na culpa do seu preposto. Como bem salientado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no IV Congresso Internacional sobre Danos, realizado em Buenos Aires "O **hospital** não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar danos produzidos por médico integrante de seus quadros, pois é preciso provar a culpa deste para somente depois ter como presumida a culpa do **hospital**." No caso dos autos, o laudo médico pericial faz consignar que o fato da auscultação do batimento cardíaco fetal não ter sido realizada por pelo menos 2 (duas) vezes ao dia, quando havia evidências de que as contrações se mantinham, foi fator que impediu o diagnóstico precoce de sofrimento fetal e a intervenção cirúrgica a tempo e a hora de salvar a vida da criança. Negligência e imperícia caracterizadas. Dano moral que deve ser majorado para 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, tendo em vista tratar-se de morte de nascituro no final da gravidez, quando a expectativa da mãe pelo futuro nascimento já atingira o grau

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0015657.36.2008.8.19.0021, Desembargador Agostinho Teixeira de Almeida Filho, 20ª Câmara Cível, julgamento: 30/09/2007. Disponível em : < <http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 5 jun. 2011.

máximo, tomando mais elevada a dor pela perda. Nego seguimento ao recurso do réu (art. 557, caput, CPC) e dou parcial provimento ao recurso da autora (art. 557, § 1-A)¹⁶.

5 DA ÉTICA MÉDICA E DO DEVER DE INFORMAR

Entende-se por Ética Médica a aplicação, ao exercício profissional, da moral vigente na sociedade por meio da imposição das normas de uma lei federal, elaborada exclusivamente com esta finalidade. Isto é feito por meio das determinações legais constantes do Código de Ética Médica, introduzido pela Resolução n. 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina.

Ao exercer a sua atividade profissional o médico assume grande responsabilidade. Não há como negar que a relação médico-paciente é baseada na confiança. Assim sendo, é fundamental que ao atender o paciente o médico o informe de todas as conseqüências possíveis de acontecer em virtude de um determinado tratamento. Isso porque o paciente o paciente tem direito de decidir livremente se quer ou não se submeter a determinado tratamento. Nesse sentido, dispõem os artigos 56 e 59 do Código de Ética Médica, abaixo transcritos, que dizem ser vedado ao médico:

Art. 56. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

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.

Assim, toda vez que houver um risco a correr é indispensável que o profissional obtenha o consentimento do paciente para a intervenção terapêutica ou cirúrgica. Esta regra de conduta está positivada no art. 15 do Código Civil brasileiro. Cuida-se da teoria do

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.06923, Desembargadora Renata Cotta, 9ª Câmara Cível, julgamento: 24/03/2009. Disponível em : < <http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 5 jun. 2011.

consentimento informado. Pode-se dizer que o dever de informação situa-se entre um dos deveres de maior relevância, tendo em vista que a intervenção médica afeta diretamente a vida do ser humano.

Esse consentimento só é dispensável em casos excepcionais, quando a urgência que não possa ser de outro modo superada. Ou seja, nos casos de doença grave em que não seja possível obter o consentimento do paciente ou de seus familiares, o médico deverá intervir para tentar evitar o agravamento do quadro clínico ou a morte do paciente. O amparo jurídico para a atuação do médico nessas hipóteses é o estado de necessidade de terceiro. Nesses casos cabe ao médico decidir, pois ele é a pessoa mais indicada para avaliar quando a intervenção médica é imprescindível para a manutenção da vida do paciente.

6 DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Essa teoria está positivada no artigo 15 do Código Civil e é aplicada na área do direito médico.

Não há como realizar um tratamento de saúde, sem que haja uma intervenção no corpo ou na mente do paciente. Para que esta intervenção aconteça de forma legítima, é necessário que se obtenha o consentimento do paciente. Isto porque todo tratamento, em geral, pressupõe uma invasão à integridade física e/ou moral e à saúde do paciente.

Maria Helena Diniz defende que a obtenção do consentimento do paciente após as informações dadas pelo médico, resulta do direito de autodeterminação, de tomada de decisão quanto à sua integridade pessoal, sua vida e saúde, seja recusando ou consentindo o tratamento. E completa: “O paciente tem direito de opor-se a uma terapia, de optar por tratamento mais adequado ou menos rigoroso, de aceitar ou não uma intervenção cirúrgica, de

mudar ou não de médico ou hospital, etc.”¹⁷

Em tempos não muito longínquos, o profissional de saúde era considerado alguém sobrenatural, comparado a magos e sábios, pois era possuidor da função de cuidar de um bem tão importante do ser humano, que é a saúde. A princípio a Medicina era considerada a arte de curar. Com o passar do tempo, principalmente a partir do século XIX, com o avanço tecnológico e científico, a arte de curar perdeu lugar para a ciência de curar ou a técnica de curar.¹⁸

O desenvolvimento científico e tecnológico na área da saúde e a mudança de comportamento do paciente observador de seus direitos, titular de autodeterminação em relação ao seu próprio corpo, levou a um distanciamento na relação médico e paciente.¹⁹

Segundo Luciana Mendes Pereira Roberto, o consentimento informado é o consentimento dado pelo paciente, baseado no conhecimento da natureza do procedimento a ser submetido e dos riscos, possíveis complicações, benefícios e alternativas de tratamento. Ou seja, é uma concordância na aceitação dos serviços a serem prestados pelo profissional de saúde em troca do pagamento do paciente ou responsável, estando este informado adequadamente do que está consentindo.²⁰

O consentimento, ou o ato de concordar com um tratamento de saúde ou um exame, não é o mero preenchimento de um papel para ser colocado no prontuário do paciente, mas sim um processo que envolve uma troca de informações entre o fornecedor do serviço de saúde e o paciente, bem como sua permissão ou a sua concordância.²¹

Todo profissional de saúde tem o dever de informar seus pacientes a respeito do diagnóstico, do prognóstico, dos riscos, das alternativas, bem como dos objetivos concretos

¹⁷ DINIZ apud ROBERTO. Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*. 2. ed. São Paulo: Juruá, 2008, p. 79.

¹⁸ Ibidem, p. 80.

¹⁹ Ibidem, p. 83.

²⁰ Ibidem, p. 83.

²¹ YOUNGEBERG apud ROBERTO, Luciana, op.cit. , p. 83.

do tratamento. Além disso, deve prestar o devido aconselhamento na prescrição dos cuidados que deverão ser tomados antes, durante e após o tratamento ou intervenção cirúrgica. Com isso, o profissional de saúde não responderá civilmente apenas por dano causado por uma má atuação, mas responderá também pela falta de informação ou pelo aconselhamento prestado inadequadamente.²²

Atualmente, os tribunais estrangeiros e brasileiros²³ entendem que a falta do consentimento informado é motivo de responsabilização civil, independentemente do sucesso ou insucesso do tratamento de saúde, dada a importância que o tem passa a adquirir na sociedade moderna.

7 A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Os pressupostos para que se configure a responsabilidade civil do médico são: a) conduta (ação ou omissão); b) violação do dever de atenção e cuidado, próprios da profissão médica, a título de culpa ou dolo; c) dano (material ou moral); d) nexo de causalidade entre o ato médico e o dano sofrido.

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, isto é, para que o médico possa ser responsabilizado, faz-se necessária a prova da atuação com culpa. Pode-se conceituar a culpa como a conduta contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um

²² Ibidem, p. 84.

²³ RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CONSENTIMENTO INFORMADO. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco ou o dano. Recurso conhecido. (Resp. 436.827 – Recurso Especial 2002/0025859-5 – Superior Tribunal de Justiça – Rel. Ruy Rosado de Aguiar.).

resultado danoso involuntário, porém previsto ou previsível. Existem três modalidades de culpa: imprudência, negligência e imperícia.

Na imprudência há uma conduta comissiva, ou seja, o médico faz aquilo que ele não tinha que fazer. Age com imprudência o profissional que tem atitudes precipitadas, sem cautela. É o caso do cirurgião que não espera a chegada do anestesista, inicia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca. Imprudente também é o médico que resolve realizar em 30 minutos cirurgia que, normalmente, é realizada em uma hora, acarretando dano ao paciente. Outro exemplo de imprudência é a remoção de pacientes graves em ambulâncias sem equipamentos adequados.

Na negligência, há uma conduta omissiva, ou seja, o médico não faz aquilo que ele deveria fazer. É negligente o médico que deixa de dar o devido encaminhamento ao paciente que necessita de urgente intervenção cirúrgica. Revela negligência o médico que, diante de caso grave, permanece deitado na sala dos médicos, em hospital, limitando-se a prescrever medicamento, sem contato com o paciente, criança desidratada, que veio a falecer.²⁴

A negligência foi reconhecida em situação que envolveu dois médicos de hospital bem aparelhados: o paciente, apresentando vários traumatismos resultantes de acidente de trânsito, um deles na região parietal esquerda, não foi submetido a exame radiológico e avaliação neurológica.

Em seguida, o acidentado morreu. Alegaram os médicos que o paciente falava normalmente, e não havia sinal nenhum de complicação neurológica. Decidiu-se, entretanto, que a *obligatio ad diligentiam* impunha aos profissionais, naquelas circunstâncias, a elementar cautela de radiografar a vítima.²⁵

Também caracteriza negligência a ausência de pediatra durante a realização de parto.

Observe-se o acórdão transcrito abaixo:

²⁴ JTACrim- SP- Lex 47/307.

²⁵ Ibidem- Lex 59/283.

“ERRO MEDICO
NEGLIGÊNCIA
RESPONSABILIDADE SUBJETIVA
OBRIGACAO DE INDENIZAR

APELAÇÃO CÍVEL. Responsabilidade civil. Erro médico. Cirurgia de cesariana realizada sem a assistência de um pediatra. Negligência médica patente. Pretensão de reparação de danos morais decorrentes do falecimento do nascituro por asfixia neonatal grave. Laudo pericial que atesta a obrigatoriedade da presença do pediatra dentro da sala de parto. Dever de indenizar configurado. Valor indenizatório deveras parcimonioso que deixo de majorar pela ausência de requerimento neste sentido. Jurisprudência TJ/RJ e STJ. Sentença mantida. Recurso a que se nega seguimento na forma do art. 557 caput do Código de Processo Civil²⁶.

A imperícia é a falta de observação das normas técnicas inerentes à profissão, o despreparo prático. Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão.²⁷ Em sede penal, a doutrina diverge sobre o conceito de imperícia e inobservância de regra técnica de profissão.

Entretanto, na área cível, quando se trata de impor a obrigação de indenizar, é indiferente que o médico deixe de observar regra cujo conhecimento não lhe seria normal desconhecer ou que demonstre despreparo: em ambas as hipóteses, ele sempre responderá pelo dano causado.

Como exemplo de imperícia pode-se citar o caso do obstetra que, na operação cesariana, corta a bexiga da parturiente. Considerou-se imperito o médico que, manuseando o fórceps, provocou traumatismo cranioencefálico, com edema e congestão cerebral, dando causa à morte do neonato²⁸.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0002390-36.1999.8.19.0207, Desembargador Pedro Saraiva Andrade Lemos, 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgamento: 23/09/2010. Disponível em : < <http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 7 jun. 2011.

²⁷ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.100.

²⁸ JTACrim - SP – Lex 77/270.

Tem-se arguído a imperícia médica quando o obstetra realiza ligadura de trompas ou laqueadura e, mesmo assim, a mulher vem a engravidar. Afirmam os médicos que, devido à conformação dos órgãos femininos, existe a possibilidade de insucesso.

O desembargador Ruyter Oliva, do Tribunal de justiça de São Paulo, acerca da eficácia desse método contraceptivo, lavrou o seguinte acórdão:

Indenização – Danos morais – Alegação de execução imperfeita do contrato - esterilização cirúrgica – obrigação de meio – método de eficácia não absoluta – Recurso desprovido. Conquanto a esterilização cirúrgica constitua um método contraceptivo definitivo em decorrência da irreversibilidade da capacidade reprodutiva, a sua eficácia não é absoluta, já que, ainda que mínima, há possibilidade de insucesso.²⁹

Logo, não se pode enxergar no contrato entre o médico e a paciente, senão uma obrigação de meio e não de resultado, pois o médico não pode garantir que não haverá risco de gravidez. Portanto, conclui-se que, para efetuar laqueadura tubária, o médico deverá obter o consentimento escrito da paciente, ocasião em que deverá informar à mulher que tal método não apresenta eficácia absoluta.

A culpa do médico deve ser analisada amplamente, pois os métodos utilizados no exame e no tratamento deverão ser escolhidos em razão da concretude do caso, sendo frequentes os casos que o médico é obrigado a optar repentinamente, exigindo decisão imediata. Assim, na seleção da trilha a seguir, é que o especialista deverá se mostrar prudente, diligente e perito. O médico não poderá assumir tratamento que esteja acima de seus conhecimentos, como o não-especialista em oftalmologia não deve aceitar o encargo de uma cirurgia oftalmológica em uma cidade em que existam oftalmologistas.

O erro de diagnóstico caracteriza culpa? Depende.

²⁹

TJSP, 9ª C. D. Priv, AC 76.989-4 – Campinas, julgamento em 08/06/1999.

O diagnóstico consiste na identificação da doença que acomete o paciente após uma detalhada avaliação do quadro clínico pelo médico. Para Costales³⁰, o primeiro e mais importante ato da análise diagnóstica é a argüição do paciente.

O médico, para poder estabelecer qual a terapia adequada, deve investigar a natureza da enfermidade e sua gravidade. Por isso, para a obtenção de uma certeza diagnóstica, são necessárias providências preliminares, que podem ser reunidas em dois grupos: a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas pelos quais se manifeste a doença, e sua interpretação adequada; exploração completa de acordo com os sintomas apresentados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas etc.); b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela ciência médica.

O diagnóstico, entretanto, não é uma operação matemática. Às vezes, para se chegar ao diagnóstico correto, é necessária uma agudeza de observação, que nem todo médico possui. Por isso, a doutrina de modo geral, analisa detidamente a questão.

A determinação da responsabilidade civil médica, decorrente de erro de diagnóstico, é muito difícil, porque se adentra em um campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir de forma absoluta a infalibilidade médica. Por outro lado, determinadas condições pessoais do próprio paciente podem determinar tais erros.

O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a não ser que seja grosseiro.

Uma questão relevante é acerca da obrigatoriedade da realização de exames complementares para orientar o diagnóstico, tornando-o o mais exato possível. Reflita-se sobre a seguinte situação: Paciente pobre, internado em hospital público, necessita de exame ultrassonográfico, para que seu médico possa dar um diagnóstico preciso. Porém, não há condições materiais para a realização do exame. Com os elementos de que dispõe, o médico comete erro de diagnóstico e o paciente morre, em consequência do indevido tratamento que lhe foi dispensado.

A questão deverá ser solucionada pela regra geral: se, naquela circunstância, com os meios de que dispunha, o profissional não se desviou grosseiramente da conduta adequada para aquele caso, inexistirá culpa, e conseqüentemente, não haverá dever de indenizar.

Todavia, haverá dever de indenizar se o médico não utilizou todos os recursos postos à sua disposição, para elevar o grau de certeza diagnóstica.

³⁰ COSTALES apud KFOURI NETO, *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 91.

Para o civilista português Cunha Gonçalves³¹, o erro de diagnóstico não é, necessariamente culposo, porque a Medicina é uma ciência incerta e casuística. Existem doenças distintas com sintomas parecidos. Assim, não é estranhável que um médico se equivoque, principalmente quando não tem muita experiência ou aquela intuição que é um raro dom de certas celebridades profissionais.

A postura do juiz, no exame da prova, em tema de erro de diagnóstico, não deverá se pautar na investigação dos métodos clínicos, cirúrgicos ou de terapêutica. O correto é que o juiz atue da mesma forma que atuaria diante de qualquer outro caso de erro profissional: Ele terá que julgar de acordo com o que ficou provado, utilizando-se principalmente do laudo pericial e do depoimento das testemunhas.

Segundo Fernanda Schaefer³² o erro de diagnóstico pode ser dividido em evitável e inevitável. Serão inevitáveis quando decorrerem das próprias limitações da Medicina. Desta forma, os erros inevitáveis não são puníveis.

Por outro lado, quando o médico atua sem tomar o cuidado exigível na conduta diagnóstica, haverá responsabilidade civil.

8 FATORES EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL

Existem situações em que mesmo ocorrendo um dano, não haverá dever de indenizar. Isso ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.

Entende-se por caso fortuito o fato humano imprevisível e, portanto, inevitável. Já força maior é o evento inevitável, ainda que previsível. Frise-se que essa imprevisibilidade tem que ser específica, isto é, relativa a um fato concreto.

³¹ GONÇALVES apud NETO, *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 93.

³² SCHAEFER apud NETO, *ibidem*.

O caso fortuito e a força maior excluem o nexo causal por constituírem causa estranha à conduta do aparente agente, causa esta que foi a ensejadora direta do evento. Um exemplo de caso fortuito na área médica é o dano iatrogênico decorrente da própria cirurgia. De acordo com a apelação cível 2006.001.10227 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a iatrogenia, consequência natural e inevitável do tratamento médico dado pelo médico não tem o condão de gerar obrigação de indenizar do profissional que atuou com o zelo e a perícia atinentes ao caso, sob pena de colocar o médico numa posição de segurador universal.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO INCOMPROVADO. DANO IATROGÊNICO. DANO ESTÉTICO E DANO MORAL INEXISTENTES. Definida como lesão previsível ou seqüela do tratamento decorrente da invasão do corpo, a iatrogenia, ou dano iatrogênico, é também identificada como meio necessário para a atuação médica. A medicina moderna, ao conceituar a iatrogenia como todo dano causado ao paciente pela ação médica ou os males provocados pelo tratamento prescrito, estanca de forma direta o ingresso no campo da responsabilidade civil, já que os profissionais médicos que cuidam da saúde alheia, assumem, tão-somente, uma obrigação de meios, cuja aferição de eventual desvio não vai além da reparação terapêutica. Afastado, pois, o erro médico, conclui-se que o dano suportado pela autora é iatrogênico, decorrente do necessário aluar médico, não dando margem, portanto, à reparação civil. IMPROVIMENTO DO RECURSO. (Apelação Cível 2006.001.10227, Desembargador Maldonado de Carvalho, 1ª Câmara Cível, julgamento: 29/03/2006).

Como exemplo de culpa exclusiva da vítima pode ser citado o caso de um paciente que está em tratamento contra tuberculose que, apesar de ter sido orientado pelo médico acerca da demora do tratamento da doença e da importância da continuidade do uso dos medicamentos, pára de tomar os remédios, achando que já está curado.

Fato de terceiro significa que o evento danoso foi causado por pessoa diversa do aparente causador do dano. Ou seja, não há qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e o dano sofrido pela vítima. Pense-se na hipótese de um paciente em estado grave na UTI, devidamente assistido pelo médico, e que, devido ao desligamento do respirador artificial por uma enfermeira que teoricamente estaria de folga, vem a falecer.

Em todos esses casos, em virtude da inexistência de nexo causal entre a conduta do médico e o dano sofrido pelo paciente, não haverá dever de indenizar para o médico.

Entretanto, cabe ressaltar que no campo da responsabilidade civil do médico, a exclusão do nexo causal por fato de terceiro não é absoluta. Podem existir situações em que o médico pode ser responsabilizado civilmente por um ato executado por terceiro. Quando age como preponente, o médico será responsabilizado pelo ato do seu preposto em virtude do caráter *in vigilando* e *in eligendo* da sua obrigação. O fundamento legal para essa responsabilização está no inciso III do artigo 932 do Código Civil, que dispõe:

São também responsáveis pela reparação civil:

III – o empregador ou comitente, por seu empregado, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Este entendimento é válido quando o médico, para executar o que se propôs ao paciente, necessita de auxiliares para complementar a sua tarefa. Esses auxiliares nem precisam ser diretamente subordinados ao médico, mas apenas ao hospital no qual o médico desempenha o seu trabalho. Cabe ressaltar que nesses casos há culpa presumida do médico, conforme disposto no verbete de súmula nº 341 do Supremo Tribunal Federal.

9 DO ÔNUS DA PROVA

Como já foi dito anteriormente, no seu exercício profissional, em regra, o médico assume obrigação de meio, isto é, ele tem o dever de atuar com toda a diligência e empregar todos os meios tendentes a obter a cura, seguindo as normas usuais da ciência Médica. Questão relevante é saber se no campo da Medicina, especificamente quanto às obrigações de meio, pode ser aplicada a inversão do ônus da prova.

Kfouri Neto³³ entende que a inversão do ônus da prova não pode ser aplicada na área da responsabilidade civil médica, pois caso contrário, essa responsabilidade, que é subjetiva, se transformaria em objetiva. Para justificar o seu entendimento ele faz referência à Cláudia Lima Marques e defende que é necessário observar o “Diálogo das Fontes”, de modo que a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, seria incompatível com o disposto no § 4º do art. 14 do mesmo diploma legal.

Contudo, esse não é o melhor entendimento. Luciana Mendes Pereira Roberto³⁴ defende que é possível haver a inversão do ônus da prova no campo da responsabilidade civil médica. Ela justifica essa posição com base nas teorias da carga probatória dinâmica e da carga probatória compartilhada.³⁵ Sustenta que no caso de falta de consentimento informado, o paciente tem que provar um fato negativo, ou seja, que não consentiu com o tratamento realizado pelo médico, para ser ressarcido dos danos resultantes desse fato.

Isso seria extremamente difícil e inviabilizaria a reparação civil. Nessas situações o juiz deve deferir a inversão do ônus da prova, a fim de que se chegue à verdade ocorrida no caso concreto e se possa fazer justiça.

Nesse caso, com a inversão do ônus da prova, o médico deverá provar um fato positivo, ou seja, que recebeu o consentimento do paciente e, além disso, que o informou e esclareceu devidamente sobre os procedimentos a serem realizados. Isso é muito é muito mais fácil de ser comprovado pelo médico, razão pela qual o juiz pode ordenar a inversão do ônus da prova ou requerer prova de ambas as partes litigantes (médico e paciente).

³³ NETO apud ROBERTO, Luciana. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 224.

³⁴ Ibidem, p. 225.

³⁵ Carga probatória dinâmica: Deslocamento da posição da parte em relação ao ônus da prova. As regras que determinam tais posições, no processo, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, , tais posições podem variar _ e o sistema deixa de ser pético, para se tornar dinâmico. Carga probatória compartilhada: É a atribuição do ônus da prova a quem estiver em melhores condições de provar (por exemplo: conhecimentos científicos do médico).

Sergio Cavalieri Filho³⁶ também adota esse entendimento. Ele afirma o seguinte:

o médico é prestador de serviço, motivo pelo qual apesar de a sua responsabilidade ser subjetiva, está sujeito à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Consequentemente, o juiz pode, em virtude da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Esse entendimento é corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça no informativo 418, abaixo transcrito:

RESPONSABILIDADE. HOSPITAL. MÉDICO. DIAGNÓSTICO.

A Turma negou provimento ao recurso, reiterando o entendimento de que se aplica o CDC no que se refere à responsabilidade médica e hospitalar, cabendo ao hospital a responsabilidade objetiva (CDC art. 14), no caso de dano material e moral causado a paciente que escolhe o hospital (emergência) e é atendido por profissional médico integrante, a qualquer título, de seu corpo clínico, prestando atendimento inadequado, causador de morte (erro de diagnóstico). Outrossim, responde por culpa subjetiva o médico, aplicando-se, porém, a inversão do ônus da prova (CDC art. 6º, VIII). Precedentes citados: REsp 519.310-SP, DJ 24/5/2004; REsp 258.389-SP, DJ 22/8/2005; REsp 908.359-SC, DJe 17/12/2008, e REsp 880.349-MG, DJ 24/9/2007., **Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 3/12/2009.**

10 CONCLUSÃO

Atualmente, o enfoque da responsabilidade civil passou do autor do ato ilícito para a vítima do dano. Esse fato é fruto de uma mudança de pensamento da sociedade, que hoje tem um sentimento de justiça e solidariedade social mais internalizado.

Um reflexo dessa mudança de mentalidade é a crescente ampliação do número de demandas judiciais envolvendo pedidos de indenização por danos decorrentes de culpa médica. Seus valores, no Brasil, são relativamente baixos, mas nos Estados Unidos e no

³⁶ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004, p. 377.

Canadá chegam a milhões. Sobre o valor dessas indenizações nos EUA e a necessidade de adoção de um seguro de responsabilidade civil, Miguel Kfoury Neto³⁷ nos diz:

Sabe-se que, lá, as instituições hospitalares despendem anualmente, em média, cem mil dólares para a contratação desse seguro, para cobrir a atuação de apenas um cirurgião. É tão grande a afluência aos tribunais, que chega a alarmar a classe médica, surgindo uma nova classe de advogados (ou juristas médicos).

Esse seguro reduziria os efeitos adversos dessas ações indenizações no patrimônio dos médicos e garantiria a indenização da vítima. Porém, devido à realidade econômica do Brasil esse seguro tem uma procura muito pequena, encontrando resistência por parte da maioria dos médicos.

Todos concordam que a saúde pública no Brasil não é tratada como prioridade. Porém, a caótica situação da assistência médica brasileira não constitui justificativa para o descaso e a atuação negligente por parte dos médicos. Não se pode esquecer que estão em jogo vidas de seres humanos, que merecem ser tratados com respeito.

Ante o exposto, conclui-se que na apreciação concreta da atuação profissional médica, os magistrados devem observar, cuidadosamente, o contexto em que se desenvolveu a intervenção _ condições gerais do hospital, meios colocados à disposição do médico, possibilidade de obtenção de exames complementares, de modo a se estabelecer, com razoável grau de certeza, a conduta recomendável, naquelas circunstâncias, e o eventual desvio, por imprudência, negligência ou imperícia, atribuível ao médico.

11 REFERÊNCIAS

³⁷ NETO apud SOUZA, Neri Tadeu. *Responsabilidade civil e penal do médico*. 3. ed. Campinas: Servanda, 2008, p.220.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

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