



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Doraci de Jesus Agostinho

Rio de Janeiro

2012

DORACI DE JESUS AGOSTINHO

A Culpa na Responsabilidade Civil do Médico

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.

Professora Orientadora: Maria Fátima Alves São Pedro.

Rio de Janeiro

2012

A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Doraci de Jesus Agostinho.
Graduada pela Sociedade
Educativa Estácio de Sá.
Advogada.

RESUMO: O presente trabalho buscou abordar a responsabilidade civil do médico, enfocando principalmente a necessidade de apuração da culpa para ensejar o dever de indenizar, porquanto a prática médica, como qualquer atividade humana, é passível de resultados adversos não atribuíveis ao profissional. De outra maneira, pode acontecer que os recursos possibilitados pela ciência, especialmente a medicina não sejam suficientes para alcançar os resultados almejados, sem que o ato médico seja considerado violador de direitos. Nem todo mau resultado é passível de responsabilidade, pois muitas vezes o evento adverso é inerente à prática médica. O tema apresentado é de grande relevância, já que a relação médico-paciente faz parte do cotidiano das pessoas e hodiernamente as demandas destes contra aqueles têm crescido consideravelmente.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Atividade Médica: Obrigação de Meio 2. Culpa Médica; Negligência, Imprudência, Imperícia 3. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor 3.1 Inversão do Ônus da Prova 4. Conclusão. Referências.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Médico. Culpa. Código de Defesa do Consumidor.

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos é possível constatar o surgimento de demandas no judiciário, cada vez maior, dos denominados casos de erro médico. Em face desse cenário, surge a indagação: quando se pode atribuir à responsabilidade civil ao médico, profissional de saúde na hipótese de alegação de erro médico causador de um mal resultado advindo da relação médico e paciente?

O instituto da responsabilidade civil traz normas e princípios que regem o dever de indenizar, desde que observados determinados pressupostos. De fato, a reparação de prejuízos é indispensável para a pacificação social, o que evidencia a crescente importância do tema.

O ordenamento jurídico preceitua que onde estiver presente um dever de conduta, sua violação acarreta ao infrator a obrigação de responder pela reparação, ou pelas consequências definidas nas diferentes áreas do direito.

No campo da responsabilidade civil específica do profissional médico, tem como pressuposto o seu ato, praticado com violação a um dever profissional, imposto pela lei, ou pelo contrato, imputável a título de culpa, que acarreta um dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial.

Para tanto, faz-se necessária à análise de determinados requisitos, quais sejam, ação ou omissão voluntária, nexo causal, dano e culpa. Trata-se da responsabilidade subjetiva, ou seja, para sua configuração depende da existência de culpa, caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia.

O principal objetivo deste estudo é entender que nem todo mau resultado ou efeito adverso decorrente de ato médico está ligado à má prática médica a ensejar a reparação, pois mesmo com os avanços da ciência e com a crescente incorporação de novas tecnologias, a medicina, ainda não tem respostas para todas as situações, ou seja, para surgir à obrigação de reparar é necessário comprovar a culpa pelo resultado adverso.

É grande dificuldade em se responsabilizar o profissional no caso concreto, pois muitos fatores podem contribuir para que se produza um resultado danoso, sem se possa denominá-lo de erro médico, que devem ser considerados pelo julgador, como por exemplo: a natureza da enfermidade e seus sintomas, pois cada enfermo traz consigo um risco derivado de sua própria patologia, os meios de cura, a urgência ou não da intervenção, a prudência, o empenho médico.

Não resta dúvida de que sem a demonstração clara de que um determinado dano decorreu, no todo ou em parte, da conduta de um agente, é de fato, muito difícil admitir que esse agente seja condenado à sua reparação.

É indubitável que nem todo mau resultado ou efeito adverso está diretamente ligado à má prática médica, e por consequência não gera o dever de indenizar.

1. ATIVIDADE MÉDICA: OBRIGAÇÃO DE MEIO

Para que se possa entender a possibilidade de se responsabilizar o médico é preciso tecer algumas considerações acerca do instituto da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil é um instituto altamente dinâmico e flexível, que vive em mudanças constantes, sempre se transformando para atender às necessidades sociais que surgem, haja vista a tendência do homem como ser social, de viver em sociedade.

No que toca a responsabilidade médica, ela pode ser contratual, derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, e compreende as relações restritas ao âmbito da medicina privada, isto é, ao profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente, será extracontratual quando, não existindo o contrato, algumas circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência.

Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados.

Segundo José Carlos Maldonado de Carvalho¹ “a responsabilidade civil tanto pode decorrer da violação de um dever legal como do descumprimento de um dever assumido. Daí, decorre a bipartição, normalmente empregada pela doutrina como responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual”.

¹ Carvalho, José Maldonado de. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p.55.

A distinção fundamental entre essas duas modalidades de responsabilidade está na carga da prova atribuída às partes, pois na responsabilidade do médico, o autor da ação, necessita provar a inexecução da obrigação por parte do médico, já que a culpa não é presumida, o dano, bem com o nexo de causalidade, incumbindo ao réu, médico demonstrar que o dano decorreu de uma causa estranha a sua atividade.

Na responsabilidade extracontratual, o autor da ação deve provar, a existência de imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização, se o autor não se desincumbir desse ônus. Na prática, isso só tem significado com a outra distinção que se faz entre obrigação de resultado e obrigação de meios.

A atividade do médico, em regra é de meio e não de resultado, cabendo-lhe assim ministrar os recursos possíveis para o tratamento, o procedimento e a cura do paciente, agindo com lealdade, honestidade, competência e zelo em sua profissão.

O artigo 30 do Código de Conduta Médica estabelece que; “O alvo de toda atenção do médico é o doente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

A obrigação é de meio quando o profissional assume prestar um serviço, ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, utilizando todos os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado.

De outra parte a obrigação será de resultado quando o profissional se comprometer a realizar um certo fim, como, por exemplo, na hipótese de cirurgia plástica, na qual a atividade do médico é de resultado.

Na obrigação de meio, o paciente, lesado deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o médico não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do

contrato.

Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²:

Apelação nº 0081904-25.2009.8.19.0001. DES. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO - Julgamento: 03/09/2013 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL. MARCELA MESQUITA TOURINHO ajuizou ação indenizatória contra PRONTO BABY HOSPITAL DA CRIANÇA, DANIELI LIETAL GARCIA e DIX SAÚDE. Diz que em 05.09.08, sofreu queda e lesionou o nariz. Afirma que se dirigiu ao hospital Pronto Baby (primeiro réu), conveniado ao seu plano de saúde (terceiro réu), e foi atendida pela segunda demandada. Narra que recebeu diagnóstico de luxação e edema. Sustenta que, por orientação de outro profissional, que constatou fratura, submeteu-se à cirurgia. Alega que houve erro médico, consistente em diagnóstico equivocado. Acentua que o terceiro réu (plano de saúde Dix) não disponibilizou rede credenciada para a realização dos exames pré-operatórios. Pede a condenação solidária das rés ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos. Houve prova pericial. A sentença julgou improcedentes os pedidos. Apela a autora reeditando os seus argumentos. Acresce que a perita do Juízo constatou erro no procedimento médico, pois houve prescrição de compressas de água quente, quando o correto seria a aplicação de gelo. Contrarrazões em prestígio do julgado. É o relatório. De acordo com o artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a responsabilidade do médico pressupõe o estabelecimento do nexo causal entre causa e efeito da alegada falta médica, tendo em vista que, embora se trate de responsabilidade contratual e cuja obrigação gerada é de meio, é subjetiva, devendo ser comprovada ainda a culpa do profissional (Resp. 1078057/MG. Quarta Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.02.09). Consoante lição de Rui Stoco e na obrigação de meios a responsabilidade do médico, ou seja, o seu atuar culposo, deve ser demonstrado pelo autor da ação. O ônus da prova é de quem alega, segunda a lei processual civil (Tratado de Responsabilidade civil. 8. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 629) Conforme Nehemias Domingos de Melo, existe lógica para que seja dado tratamento jurídico diferenciado aos profissionais liberais. Não se pode exigir cumprimento do contrato médico ou advocatício, para mencionar dois exemplos, como se fosse um contrato de empreitada, de depósito, de transporte ou outro qualquer (Responsabilidade civil por erro médico. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 79). E ainda em boa sede doutrinária, esclarece o professor Ricardo Tepedino que a responsabilidade do médico é subjetiva, definida pelo artigo 951 do Código Civil, que expressamente se refere ao dano decorrente de imperícia, negligência ou imprudência, e mantida pela Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 14, § 4º excepciona a regra geral da responsabilidade objetiva introduzida nas relações de consumo (conforme A Responsabilidade Médica na Experiência Contemporânea Brasileira. RJ 311/18). Miguel Kfoury Neto adverte que na apreciação concreta da atuação profissional médica, devem os magistrados observar, detidamente, o contexto que se desenvolveu a intervenção: condições gerais de hospital, meios colocados à disposição do médico, possibilidade de obtenção de exames complementares e de molde a se estabelecer, com razoável grau de certeza, a conduta recomendável, naquelas circunstâncias, e o eventual desvio, por imperícia, imprudência ou negligência, atribuível ao médico (Responsabilidade civil do médico. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg. 269). Cumpre, portanto, verificar se a segunda ré agiu culposamente quando atendeu a autora e deixou de diagnosticar a fratura. A

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0081904-25.2009.8.19.0001. 13ª Câmara Cível. Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300130449>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

expert do juízo informou que o procedimento médico correto, em casos de lesão no nariz, é o controle do sangramento para minimizar o edema e o encaminhamento ao otorrinolaringologista. Concluiu que a conduta realizada pelos réus foi adequada para suspeita diagnóstica (fratura/luxação nasal). Posteriormente, a cirurgia no nariz da autora foi realizada, com êxito, e não deixou sequelas. O laudo pericial esclareceu que o intenso edema apresentado pela paciente, quando do primeiro atendimento, pode ter mascarado a fratura. Registrou, ainda, que tanto na hipótese de fratura quanto na de luxação, o procedimento inicial é o mesmo: controle de sangramento e terapia anti-inflamatória. Nesse contexto, concluiu que o atraso no diagnóstico da fratura não alterou o tratamento nem comprometeu o resultado. Como bem observou o juízo unitário, houve falha mínima e irrelevante na prestação dos serviços médicos, tão somente quanto à indicação de calor local quando deveria ter sido de gelo, mas de nenhuma consequência. Aponto, por derradeiro, que a autora não comprovou a alegada negativa de custeio do tratamento. A terceira ré, por seu turno, apresentou relatório detalhado, com todos os procedimentos autorizados. Concluo, desse modo, que a sentença de improcedência não merece reparos. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso, monocraticamente, com aplicação do artigo 557, caput, do CPC.

Cumpra também assinalar aqui o trecho de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que ressalta ser a obrigação do médico de meio e, por isso, indispensável a demonstração de culpa em sua atuação³:

Na obrigação de meio, o devedor obriga-se a fornecer os meios necessários para a realização de um fim, sem se responsabilizar pelo resultado. Nela, o devedor obriga-se tão-somente a obrar com prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado sem, no entanto, vincular-se à sua obtenção. Incumbe ao devedor, tão-somente, desenvolver todos os esforços, todos os cuidados necessários à consecução do resultado, mas não se obriga ao resultado.

É o que ocorre, basicamente, com o contrato de prestação de serviços médicos, pelo qual o profissional se compromete a cuidar do enfermo. O médico, é evidente, não pode garantir a cura do paciente. O credor da obrigação (no caso, o paciente ou a pessoa que o contratou) tem o direito de exigir do médico o melhor tratamento possível, mas não poderá afirmar o inadimplemento da obrigação pelo médico, a não ser que se demonstre conduta negligente, imprudente ou desleal.

O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, conduta exigível de acordo com o estado da ciência e as normas médicas estabelecidas.

Além do dever do médico de observar determinadas normas médicas, existem obrigações implícitas no contrato médico, que de igual forma exigem o mesmo atuar diligente, quais sejam: conselhos, cuidados, abstenção de abuso ou desvio de poder.

³ MANSUR, Nacime. *O Médico e a Justiça*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006. p.80.

No que toca o dever de informação, o médico deve esclarecer ao seu paciente sobre sua doença, prescrições a seguir, possíveis riscos previsíveis e comuns, cuidados com tratamento, ou seja, é obediência ao comando contido no artigo 6º da legislação consumerista, aplicável na hipótese, tida como um dos direitos básicos do consumidor.

É fundamental que tais esclarecimentos sejam feitos em termos compreensíveis ao leigo, suficientemente para atingir seu fim, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se guiar diante da doença, e de escolher sobre o tratamento recomendado ou sobre eventual cirurgia.

Outro ponto nodal à atividade médica que o profissional deve observar, a fim de se resguardar, é a necessidade de obter o consentimento do paciente, tanto para hipótese de intervenção cirúrgica, bem como para a indicação terapêutica, pois é muito importante nessa relação de confiança, a informação, o diálogo e o esclarecimento entre as partes.

Toda vez que houver um risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido, só dispensável em casos de urgência que não possa ser de outro modo superada, ou de atuação compulsória.

É que cabe ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar sobre o risco a que estará submetido com o tratamento ou a cirurgia e consentir, ou não a solução indicada, pois tem o direito de conhecer os riscos e eventuais consequências a que se encontra sujeito

No entanto, conforme assevera, José Carlos Maldonado de Carvalho⁴, “o consentimento formal do paciente em alguns casos, entretanto, não poderá ser dado. Seria um absurdo exigí-lo, porque importaria, dada a impossibilidade de manifestação da vontade livre, em abandono do paciente”.

Por conseguinte, tanto na responsabilidade extracontratual como na responsabilidade contratual derivada de uma obrigação de meio, o paciente deve provar a culpa do médico, seja

⁴ CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 38.

porque agiu com imprudência, negligência ou imperícia ocasionando o dano e o profissional afastará sua responsabilidade comprovando que no caso agiu de acordo com as normas da ciência médica; que o meios empregados foram para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor ou que o dano decorreu da conduta do próprio paciente que negligenciou com seu tratamento.

2. CULPA MÉDICA

A culpa deve ser aferida em seu sentido lato, ou seja, culpa *stricto sensu* e dolo. O dolo é a violação deliberada e consciente de um dever jurídico, ou seja, a pessoa direciona sua vontade à efetiva realização de um fim antijurídico. Assim explica Jose Carlos Maldonado de Carvalho⁵:

No campo da responsabilidade civil, como assim afirmam a doutrina e a jurisprudência, a culpa, em sentido estrito, tem por essência o descumprimento de um dever de cuidado, ou seja, a inobservância de determinada diligência ou cuidados. Implica em outras palavras, juízo de reprovabilidade ou de censura da conduta de alguém. É a violação de um dever preexistente. Caracterizada por uma ação negativa (negligência ou por uma ação positiva (imprudência ou imperícia), a culpa, em sentido estrito, uma vez comprovada, dá azo á ação reparatória, sem embargo das ações penais e administrativas que, pelo mesmo fato podem ser intentadas.

A culpa do médico pode ocorrer na modalidade, negligência, imprudência e imperícia. Imprudência é o exercício de um ato considerado perigoso sem que o médico observe todo zelo, cuidado e atenção que deveria possuir no exercício da atividade. O agente não observa determinadas cautelas necessárias, agindo, portanto, com precipitação, insensatez, sem se preocupar pelas circunstâncias do caso.

Na imprudência o médico age precipitadamente em suas decisões, sem a devida cautela. Comete um ato perigoso e temerário. Pode-se dizer que, enquanto que o médico negligente não usa os poderes da atividade, o imprudente não tem inibição, age com excesso

⁵ CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Iatrogenia e Erro Médico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.p.35.

de confiança, nas situações que deveria agir com cautela, peca por deixar de avaliar todos os riscos na situação em que atua.

No que se refere à atividade médica, a negligência se caracteriza, por exemplo, quando ocorre o abandono do doente, tipo mais comum de negligência médica, configurada como o fato de o paciente não receber mais atendimento pelo médico e vier a sofrer dano, lesão ou até mesmo a morte. O médico tem a obrigação de dar continuidade ao tratamento, salvo determinadas restrições, como acordo mútuo ou por força maior.

De igual forma se caracterizará negligência na hipótese da omissão de tratamento, isto é quando o médico deixa de indicar o tratamento correto ao seu paciente, realiza exames superficiais, sem a devida atenção, ou até realiza intervenção cirúrgica tardia.

Em suma, negligência é a falta de observação de deveres de cautela exigida pelas circunstâncias. É o descuido, o desleixo, na execução de uma atividade, o atuar do agente de modo indolente, já a imperícia é a falta de conhecimento, capacidade ou habilitação para o exercício de determinada profissão. A imperícia, esta pode ser considerada a falta de diligência do médico que o impede de adquirir a aptidão necessária ao exercício de sua atividade.

A análise da culpa médica requer bom senso e cautela do julgador, pois nas demandas nas quais se discutem os alegados erros médicos, em sua maioria, são casos delicados, de difícil comprovação, porquanto, não raras vezes, envolvem questões relativas à ciência médica, que exige do Magistrado, leigo no assunto, um conhecimento mínimo dessas questões, aliado a elementos de sua experiência comum.

Em diversos casos levados ao judiciário, à alegada culpa profissional, nem sempre é advinda do despreparo do profissional, mas pode decorrer da própria natureza das doenças.

Na apuração da culpa do profissional médico, diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao

doente, de acordo com os padrões determinados pela medicina, e confrontar essa norma concreta, indicada para o caso, com a conduta adotada pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave.

Cumpra neste ponto assinalar que existe diferença entre erro médico e o evento adverso, sendo aquele conceituado como; mau resultado, oriundo de falhas estruturais, quando das condições de trabalho e os equipamentos forem insuficientes para um satisfatório atendimento, ou trabalho médico danoso ao paciente que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência, gerando o dever de indenizar.

O termo evento adverso é definido como qualquer ocorrência médica nova e imprevista em um paciente, podendo ser qualquer sinal, sintoma ou doença desfavorável e não pretendido, sem que as causas e os danos possam ser explicados nem imputados ao médico. A terapia é bem aplicada, contudo, a resposta do organismo revela-se decepcionante, realiza-se a cirurgia dentro da melhor técnica, entretanto resulta em fracasso; o medicamento é prescrito corretamente, mas produz resposta inesperada.

Em síntese, para que possa subsistir alegação de erro médico e de responsabilidade civil deste profissional, eventuais prejuízos suportados pelo paciente devem decorrer da culpa quando da realização do tratamento médico, da identificação de imperícia, negligência ou imprudência. Não há qualquer presunção de culpa do médico em razão da não consecução de um determinado resultado, porquanto não há obrigação de cura.

É necessário ponderar que quando o médico precisa decidir acerca de um tratamento médico a adotar, o grau de subjetividade sempre é muito grande, dificultando o estabelecimento de uma certeza acerca do agravamento do risco a que estava submetido o paciente. Contudo, o caminho trilhado é o de que o procedimento correto, por assim dizer, deve ser estabelecido com os olhos voltados ao grau de desenvolvimento de uma determinada área científica.

Vale dizer, ainda que, em termos absolutos, uma determinada prescrição não seja a mais eficiente, ela será considerada adequada se corresponder ao que se reputa ser a melhor técnica, no estágio atual de desenvolvimento da ciência. Não tendo sido adotada essa técnica, o médico responsável terá obrado com culpa no tratamento da paciente.

Assim decidiu o Tribunal de Justiça no julgamento da apelação cível nº 0005512-3.2009.8.19.0066⁶

DES. OTAVIO RODRIGUES - Julgamento: 17/07/2013. Ação Indenizatória. Alegação de erro médico ao ter o nosocômio administrado insulina na mãe da autora, que se encontrava internada com quadro de pneumonia e choque, o que teria levado a referida senhora a óbito. Sentença de improcedência do pedido autoral. Recurso de Apelação Cível. M A N U T E N Ç Ã O. Adequado tratamento na forma do laudo pericial. Culpa não comprovada. D E S P R O V I M E N T O D O R E C U R S O.

Vê-se, portanto, que, nesta como em tantas outras questões mais sensíveis do direito, sempre haverá muito debate, porque ninguém tem o privilégio da infalibilidade de modo que, como em qualquer atividade, a possibilidade de falhar também está presente na prática da medicina.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E O CDC

Nos últimos anos, tem sido significativo o aumento do número de demandas envolvendo suposto erro médico. Muitas pessoas se equivocam na análise do Código de Defesa do Consumidor e pretendem a reparação somente pela ocorrência do dano, da não realização de um resultado esperado.

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo passaram a ser regidas pelo sistema da responsabilidade objetiva, visando tornar efetiva a reparação dos danos causados aos consumidores na sociedade de consumo. Contudo, apesar dessa importante inovação introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação.Cível nº 0005512-3.2009.8.19.0066. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 20/05/2013.

como regra, o sistema da responsabilidade objetiva, a categoria dos profissionais liberais, dentre os quais a do médico que foi expressamente excepcionada, mantendo-se a responsabilidade subjetiva, como se pode observar pela leitura do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor⁷:

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

(...)

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

Tal regra se justifica pela natureza da atividade médica, que é, em regra, de meio, e não de resultado, razão pela qual não se justifica a imposição da responsabilidade objetiva. Portanto, se para os fornecedores de produtos e serviços em geral o Código de Defesa do Consumidor representou uma profunda mudança no que diz respeito ao sistema da responsabilidade civil, o mesmo não ocorreu em relação aos médicos, que continuam a responder perante seus pacientes apenas quando demonstrada sua culpa nas modalidades, negligência, imprudência ou imperícia.

Sendo a responsabilidade civil do médico subjetiva e decorrente de uma obrigação de meio (artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor), não é suficiente que paciente, consumidor alegue o erro e o prejuízo, sem demonstrar que o profissional contribuiu culposamente para tanto, e ao médico demonstrar que se utilizou dos corretos ensinamentos e métodos disponíveis da ciência médica na busca da cura e/ou reabilitação.

O médico é contratado por seu paciente com base na confiança que inspira. Assim sendo, somente será responsabilizado por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia, nas relações amparadas pelo sistema protetivo do código de Defesa do Consumidor.

⁷ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.

3.1 Inversão do Ônus da Prova

De toda sorte, o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 6º, inciso VIII, como direito básico do consumidor, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

Segundo a jurisprudência do STJ, a responsabilidade subjetiva do médico, artigo 14,§ 4º, do CDC não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art.6º, VIII do CDC. Nesse caso, deve o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis e de ter adotado as devidas cautelas no procedimento do seu paciente.

Em que pese a possibilidade de inversão do ônus da prova, isto não implica em reconhecer a procedência do pedido, mas significa que o juiz no caso concreto, em razão do elementos trazidos ao processo, considerou presentes os requisitos do artigo 6º, VIII, do CDC, quais sejam: verossimilhança da alegação ou hipossuficiência.

Tal inversão se justifica em razão da dificuldade do paciente na produção de provas, pois normalmente os fatos se desenrolam em ambientes reservados, como no consultório ou na sala de cirurgia. O paciente desconhece os procedimentos a que é submetido, não tem condições de avaliar erro e consequências. Ao médico compete provar que agiu corretamente, dentro da técnica de sua profissão e que não causou dano ao consumidor.

Na maior parte dos casos levados ao judiciário a perícia é imprescindível, podendo o juiz também se valer de todos os meios válidos de prova, testemunhas, registros sobre o paciente existentes no consultório ou no hospital, laudos fornecidos.

O médico tem como meio de prova a exibição do prontuário, que todo profissional deve elaborar (art. 69, Código de Ética), inclusive todo paciente tem direito a acesso direito

(art. 70). Uma das formas de fazer a prova dos fatos é a exibição do prontuário. Na mesma esteira, Sergio Cavalieri Filho⁸, “não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus da prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor”.

Dessa forma, os tribunais têm entendido que nas relações médico-paciente, é normalmente o médico quem dispõe de maior número e de melhores dados sobre o fato, daí o seu dever processual de levá-los ao processo, fazendo a prova da correção do seu comportamento.

Dessa feita enuncia o Código de Defesa do Consumidor nos incisos I, II, III do § 3º do artigo 14 as causas de exclusão da responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços.

Destarte, o fabricante, produtor, construtor ou importador só não será responsabilizado quando provar :I- que não colocou o produto no mercado: II- que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste ;III- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Cabe ressaltar que os eventos impossíveis de serem evitados tornando impraticável o cumprimento natural e correto de um dever, elidem a responsabilidade médica. Isso ocorre com o caso fortuito e com a força maior que, embora com características distintas-inevitabilidade na força maior e imprevisibilidade no caso fortuito – livram da obrigação de reparar pela inexistência de culpa do profissional pelo mal resultado. São circunstâncias excepcionais, estranhas à vontade, que isentam o médico de serem responsabilizado, pois há quebra do nexo de causalidade.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 210.

Segundo com o entendimento de José Carlos Maldonado de Carvalho⁹:

“...de acordo com a legislação consumerista, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro(:(art.12,§3º, inciso III) revelam-se, especificamente, como as únicas excludentes da responsabilidade objetiva nas relações de consumo.As demais causas previstas no CDC (inciso I e II, do § 3º, do art.12, e § 3º, inciso I, do art. 140 são, de acordo com a melhor doutrina hipóteses de ausência de nexo de causalidade, e não caracterizam, portanto, propriamente excludente de responsabilidade”.

CONCLUSÃO

É evidente que nenhum médico, por mais competente que seja, não pode assumir a obrigação de cura do doente ou de salvá-lo, principalmente quando em estado grave ou terminal. Sendo a atividade de médico de meio e não de resultado cabendo-lhe assim ministrar recursos possíveis para o tratamento, o procedimento e a cura do paciente, agindo com lealdade, honestidade, competência e zelo em sua profissão.

Não se pode perder de vista que cada paciente as reações orgânicas são desiguais e em alguns casos quase impossíveis de prever,conquanto variam de pessoa para pessoa e, por vezes, surgem num mesmo indivíduo de forma diferente. A ciência médica ainda não consegue esclarecer as causas do imponderável, sem possibilidade de serem encontradas na intrincada heterogeneidade do corpo humano, responsáveis pela preocupação de um efeito indesejado.

Qualquer procedimento médico, seja ele de que natureza for, desde os mais simples aos mais complexos, existe o risco inerente, complicações orgânicas imprevistas, sem que configure um mau resultado provocado diretamente por algum atuar do profissional. Bem por isso, o dever médico de informar o enfermo ou os familiares de que todo ato médico tem certo grau de risco de manifestações orgânicas adversas, por mais leves que sejam.

Enfim, para a caracterização da responsabilidade médica é necessário a voluntariedade de conduta e que ela seja contrária às regras vigentes e adotadas pela

⁹ CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 301.

prudência e pelos cuidados habituais, que exista o nexo de causalidade e que haja dano, se está bem configurada a atividade culposa para constatar, com segurança, se realmente houve desempenho impróprio ou erro grosseiro nos serviços prestados, porquanto é fácil concluir que a imputação de erro sem fundamento ou a propositura de uma ação judicial descabida, podem provocar graves danos a quem se dedica à medicina.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação.Cível nº 0005512-3.2009.8.19.0066. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 20/05/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação.Cível nº 0081904-25.2009.8.19.0001. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 20/05/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação.Cível nº 0479.08.154993-9001, julgado em: 20/10/11. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 20/05/2013.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

MANSUR, Nacime. *O Médico e a Justiça*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006.

PARIZATTO, João Roberto. *Prática de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Edipa, 2011.