

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

CRISTINE DA SILVA RESENDE

RIO DE JANEIRO

2008

CRISTINE DA SILVA RESENDE

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor LD Nelson Massini

RIO DE JANEIRO

2008

Resende, Cristine da Silva.

Responsabilidade civil no erro médico / Cristine da Silva Resende. - 2008

77 f.

Orientador: Nelson Massini.

Monografia (graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro,
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 76-77.

1. Responsabilidade (Direito) - Monografias. 2. Médicos - Imperícia e prática ilegal.
I. Massini, Nelson. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas. Faculdade Nacional de Direito. III. Título

CDD 342.156

CRISTINE DA SILVA RESENDE

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito

Data da aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Nelson Massini - Presidente da Banca Examinadora
Professor LD da UFRJ - Orientador

2º Examinador

3º Examinador

À minha grande amiga, companheira, conselheira e consoladora de todas as horas, minha mãe Marilene, que sempre esteve ao meu lado, nas horas boas e ruins, que sabia que eu chegaria aqui e conseguiria alcançar este êxito, e que mesmo não estando presente de corpo eu sei que sempre que está em alma e espírito.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente à Deus, pois sei que foi Ele quem me deu essa bênção e quem cuida da minha vida, do meu presente e do meu futuro.

A meu pai Wladimir e meu irmão Vladimir pelo apoio incondicional em todas as horas, sempre me oferecendo suporte, acreditando em mim, e pelo simples fato de estarem ali caso eu precisasse.

À minha família em geral, pelo incentivo, mas sem citar nomes pois são muitos e agradeço a Deus por isso.

Às minhas amigas e ouvintes, pelas horas de estudo, de aula, conversas, pois elas também foram essenciais para que eu conseguisse chegar aqui, principalmente pelo suporte em 100% do tempo, antes, durante e depois de minhas viagens. Em especial à Amanda, Muriel, Samylla e Nathalie.

Obrigada a todos vocês, sozinha não teria chegado tão longe e aprendido a ser tão forte.

Saúde, pois, não é apenas a ausência de enfermidade, mas sim o estado de completo bem-estar físico e psíquico da pessoa.

Miguel Kfouri Neto

RESUMO

RESENDE, C. da S. **Responsabilidade civil no erro médico**. 2008. 77f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisam-se questões relevantes na responsabilidade civil envolvendo erro médico. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos conceituais e históricos da responsabilidade civil. Na segunda parte é estudada a responsabilidade civil médica em geral, do anestesista, cirurgião estético, seus aspectos, conceitos, características, elementos, bem como o relacionamento que deve haver entre esses profissionais e seus pacientes. A terceira parte dedica-se à responsabilidade hospitalar. A quarta parte demonstra as espécies de erro médico e sua análises. A quinta parte atenta para os tipos de provas que podem haver em uma ação movida neste ínterim. A sexta e última parte fala do dano médico e sua liquidação, arbitragem e valoração.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Responsabilidade civil médica; Responsabilidade hospitalar; Erro médico.

ABSTRACT

RESENDE, C. da S. **Responsabilidade civil no erro médico**. 2008. 77f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Relevant points in civil responsibility involving medical mistake are analyzed. For better comprehension of the subject, the first part analyses historic and essentials aspects of civil responsibility. The second part studies medical civil responsibility in general, from the anesthetic doctor, aesthetics surgeon, its aspects, concepts, characteristics, elements, as well as the relationship that must have between this professionals and its patients. The third part is devoted to hospital responsibility. The fourth part demonstrates the kinds of medical mistakes and its analyses. The fifth part gives attention to the kind of proves that might have in a lawsuit about this item. The sixth and last part speaks about medical damage and its settlement, arbitration and valuation.

Word keys: Civil responsibility; Medical civil responsibility; Hospital responsibility; Medical mistake.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 Evolução histórica	12
2.2 Conceito	14
2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual	15
2.4 Responsabilidade objetiva	18
2.4.1 <u>Subespécies</u>	19
2.5 Responsabilidade subjetiva	21
2.6 Elementos da responsabilidade civil	22
2.6.1 <u>Conduta Culposa</u>	22
2.6.2 <u>Nexo Causal</u>	24
2.6.3 <u>Dano</u>	26
2.7 Obrigação de meio e de resultado	27
3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	29
3.1 Conceito e características	29
3.2 Natureza	30
3.3 Relação médico-paciente, direitos e deveres	31
3.4 Seguro na responsabilidade civil do médico	35
3.5 Culpa médica	37
3.6 Responsabilidade do cirurgião plástico	40
3.7 Responsabilidade do anestesista	42
4 RESPONSABILIDADE HOSPITALAR	45
4.1 Hospital público	48
5 ERRO MÉDICO	50
5.1 Análise	50
5.2 Espécies	51
5.2.1 <u>Erro profissional, escusável ou técnico</u>	51
5.2.2 <u>Erro de diagnóstico e erro de conduta</u>	53
5.2.3 <u>Erro culposo e erro doloso</u>	54
5.2.4 <u>Erro grosseiro</u>	55
5.2.5 <u>Erro deliberado para prevenir mal maior</u>	55

5.3 Iatrogenia.....	56
6 PROVA DO ERRO MÉDICO.....	58
6.1 Depoimento do réu.....	58
6.2 Prova documental.....	59
6.3 Prova testemunhal.....	60
6.4 Perícia.....	61
7 DANO MÉDICO.....	64
7.1 Dano moral.....	64
7.2 Dano estético.....	65
7.3 Liquidação do dano médico.....	67
7.3.1 <u>Lesão corporal</u>	68
7.3.2 <u>Morte</u>	69
7.3.3 <u>Dano moral</u>	69
7.3.4 <u>Pensão alimentícia</u>	70
8 CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	76

1 INTRODUÇÃO

Segundo os autores Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza, “a sociedade em geral [...], possui uma predisposição refratária ao bom senso de condenar o médico, pelo simples fato de ouvir alguém dizer que foi vítima de erro médico”. (2002, p. xv)

Desta forma, o termo “erro médico” tem sido amplamente utilizado quando ocorre o resultado não esperado. Atribui-se a aplicação dessa incidência à imprensa, uma vez que a estas não interessam os motivos, mas os fatos, e acabam divulgando, certas vezes, denúncias exageradas. (MÉMÉTEAU et MÉLENNEC, 1987, p.87 *apud* KFOURI NETO, 1998, p.21)

Em face disso, os profissionais médicos são rechaçados, nomeados maus profissionais e, acaso sejam absolvidos, a mesma mídia, agora, não importa-se em noticiar, não reparando os danos que causou à reputação do médico. (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. xv-xvi)

Pode-se dizer que a causa por haver cada vez maiores números desses acontecimentos seja a formação inadequada dos estudantes de medicina, pois as faculdades passaram a se preocupar mais na quantidade de alunos que possui do que na base que esses vão ter quando se graduarem, assim como a falta de materiais das próprias universidades que não vão poder capacitar adequadamente seus estudantes. (KFOURI NETO, 1998, p. 19-20)

Além disso, o próprio Governo deveria garantir educação a todos, como prevê a Carta Magna desse país de 1988, em seu dispositivo de número 205, e incentivar a boa formação dos alunos, no entanto, deixa a desejar, quando não garante, ademais, incentivo aos profissionais desse setor.

Assim, se realmente fosse dado uma educação de qualidade aos profissionais da área médica que estão entrando no mercado de trabalho, a saúde seria melhor amparada por bons profissionais, entretanto, esse fato não traria como resultado um índice zero de supostos erros, mas certo é que este decairia significativamente.

Fora isso, é dever do Estado garantir saúde à toda sua população, conforme a mesma Constituição Federal de 1988, em seu art. 196. Caso ele investisse mais nesses profissionais, os instruisse mais adequadamente, com certeza essa garantia seria melhor oferecida e usufruída.

Com relação aos atuais usuários dos serviços médicos, estes passaram a ter uma idéia mais clara de seus direitos como pacientes, enquanto consolida-se, praticamente ao mesmo

tempo, a percepção do erro inescusável, da imperícia inadmissível, da negligência criminosa, que impelem as pessoas à busca da reparação. (Ibid, p. 28)

Com a consciência disso, vê-se o crescente número de processos ajuizados em face de médicos. No entanto, apesar de realmente ocorrerem erros médicos, existe um levantamento que incita que mais de 60% dessas ações são sentenciadas em absolvições médicas. (SOUZA, 2006, p. 4)

Para que haja um correto julgamento, deve ser muito bem analisado, portanto, a quem pertine a responsabilidade civil, sempre tendo de se referir ao caso concreto para uma avaliação séria do resultado médico não esperado (AVECONE, p. 11-12 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 29), avaliando-se os procedimentos e cuidados que deveriam ter sido adotados em cada caso, comparativamente com os que o médico efetivamente utilizou. (SOUZA, 2006, p.5)

Os operadores jurídicos, afinal, ocupam-se dos efeitos, na responsabilidade médica (KFOURI NETO, 1998, p. 28). Indicar a definição de qual responsabilidade será a que melhor responderá à essa relação médico-paciente, para que se decida corretamente, é uma incumbência ao profissional do meio jurídico.

Logo, o exposto será analisado, atentando-se à célebre frase proferida por Cícero, na República Romana antiga, '*summum jus, summa injuria*', a intransigência na aplicação do direito pode levar às maiores injustiças. (OLIVEIRA, 1998 *apud* COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. xvi).

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Evolução histórica

A responsabilidade civil não foi construída apenas em uma época, em uma legislação, pelo contrário, veio se definindo no desenrolar de casos, decisões, constituições imperiais, de variados séculos. Apresenta, no entanto, sua raiz mais forte no Direito Romano, oferecendo este, subsídios a qualquer elaboração jurídica. (PEREIRA, 1999, p. 1-2)

Entretanto, certo é que existem vestígios a respeito do tema em ordenamentos mesopotâmicos, como o Código de Hamurabi, o Código de Ur-Nammu, o Código de Manu, o antigo Direito Hebreu e a Lei das XII Tábuas. (Ibid, p. 1); (GONÇALVES, 2007, p. 5)

O primeiro ponto que pode ser observado é que, ainda nos primórdios do antigo Direito Romano, não se cogitava a culpa, não havia Direito, mas sim a reação instintiva e imediata do ofendido, e pode-se dizer, até brutal. O que imperava, a princípio, era a vindita meditada, que posteriormente, veio a se tornar a pena de talião (“olho por olho, dente por dente”), cujos resquícios são encontrados na *Lex XII Tabularum*. (GONÇALVES, 2007, p. 4; PEREIRA, 1999, p. 2)

Após, segue-se a idéia de delito, que poderia dividir-se entre público e privado. Aquele seria uma violação de norma jurídica que o Estado considera de relevante importância social. Já o privado, também denominado ato ilícito, seria a ofensa feita à pessoa ou aos bens do indivíduo, surgindo *obligationes* ao ofensor, como uma *poena privata*, nos casos de delitos civis, como o *furtum*, *rapina* e a *iniuria*. (ALVES, 2003, v. II, p. 223-224)

Sucedeu-se o período da composição voluntária, onde o prejudicado, caso quisesse, substituiria a vindita por compensações econômicas; o das composições legais, quando já existe uma certa autoridade, e o legislador impede a justiça individual, e aquelas vantagens anteriormente voluntárias, tornam-se obrigatórias. E por fim, o tempo da reparação pelo Estado, quando a ação repressiva passa para esse e surge a indenização. (PEREIRA, 1999, p. 2); (GONÇALVES, 2007, p. 4-5) A responsabilidade civil toma o lugar da penal. (MAZEAUD, n.19 *apud* GONÇALVES, 2007, p. 5)

É na Lex Aquília que surge o princípio da reparação do dano, a noção de culpa. (GONÇALVES, 1999, p. 5) E muitos doutrinadores também a utilizam para designar a responsabilidade extracontratual, em oposição à contratual.

Um quarto delito civil surge apenas neste momento, o *damnum iniuria datum*, pois é delito autônomo. E, de acordo com a Lex Aquília, para que se configurasse, seria necessário haver três requisitos: a *iniuria* (“que o dano decorresse de ato contrário ao direito”), a culpa (“que o dano fosse praticado com dolo ou culpa em sentido estrito, ato positivo do agente”) e o *damnum* (“que a coisa sofresse lesão em virtude de ação direta do agente exercida materialmente contra ele”). (ALVES, 2003, v. II, p. 234-235)

Ainda no direito clássico, optou-se por retirar algumas das restrições deste tipo delito, visto que o círculo de hipóteses se abriria. Assim, o dano poderia ser, agora, causado também, por omissão ou ausência de estrago físico e material da coisa. (SLAIB FILHO e COUTO (coord.), 2006, p.10) E, ainda, a tutela da Lei de Aquília foi estendida ao possuidor de boa-fé, usufrutuário, usuário, credor pignoratício e ao locatário. (ALVES, 2003, v. II, p. 235)

O descumprimento dessas obrigações gerava o pagamento do dano e de lucro cessante, do autor do ilícito ao proprietário da coisa. No entanto, a concepção de ato ilícito como figura autônoma, ainda não acontece neste momento. Já a noção de culpa, se difunde, como vê-se em uma passagem famosa da lição de Ulpiano, “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*” (a mais leve culpa deve ser considerada). (SLAIB FILHO e COUTO (coord.), 2006, p. 10)

Vem o Cristianismo, e com a interpretação religiosa dos canônicos com relação aos textos romanos, a responsabilidade civil foi separada da penal, e institui-se que cada um responderia pelos danos injustos e atos culposos que causariam a outrem. (AMARAL, 2003, p. 560-561)

Com a época moderna, surge o Código Napoleônico, isto é, o Código Civil Francês, que se tornou uma fonte para os outros Códigos modernos. Nele, foi muito bem explicitado o fato de que a responsabilidade civil se funda na culpa, negligência ou imprudência, se desvencilhando de casos especiais, obrigando a reparar todos os danos que uma pessoa cause a outra. (Ibid, p. 561)

Dessa forma, encontra-se descrito no Código Civil Francês, em seu artigo 1.382, *in verbis*: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*” (PEREIRA, 1999, p. 6)

Passa, a partir deste momento, a surgir distinções entre responsabilidade contratual e extracontratual e, a responsabilidade civil, que antes era coletiva, objetiva e penal, torna-se individual, subjetiva e civil. (CARBONNIER, p. 316 *apud* AMARAL, 2003, p. 561)

Outrossim, o direito pré-codificado brasileiro deve ser analisado em 3 (três) fases com relação à responsabilidade civil: as Ordenações do Reino (baseado no direito romano e na sua boa razão); o Código Criminal de 1830 (através do instituto da satisfação, idéia de ressarcimento); e a terceira que seria a consolidação dessa satisfação, mas na legislação civil. (PEREIRA, 1999, p.6-7)

Somando-se à essas fases a influência do Código Civil Francês, o Código Civil Brasileiro, de 1916 incorporou, em seu artigo 159, a teoria da culpa. (Ibid, p. 7)

No entanto, encontramos-nos na fase contemporânea, onde o conceito de responsabilidade civil vem-se ampliando, com as revoluções tecnológicas, complexos industriais e sociais cada vez maiores, devido a casos não-decorrentes de fato próprio do sujeito, enfim, devido ao desenvolvimento natural da civilização. (AMARAL, 2003, p. 561-562)

Com isso, esse princípio da culpa tem se mostrado insuficiente na finalidade de resolver casos tão diversos dos mais antigos, surgindo novas classificações da responsabilidade, a subjetiva e a objetiva, na intenção de abranger e solucionar esses novos quesitos. (Ibid, p. 562)

Surge, então, a teoria do risco, não sendo descartada, no entanto, a anterior. (GONÇALVES, 2007, p. 6)

Nesse intuito, o Código Civil Brasileiro de 2002, inovou, com relação aos códigos italiano, espanhol, mexicano, português, libanês, entre outros, adotando solução mais avançada, mantendo a teoria da culpa no seu artigo 186, e acrescentando a teoria do risco, independente de culpa, no artigo 927, parágrafo único (Ibid, p. 8), a saber:

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

“Art. 927.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (grifo nosso)

2.2 Conceito

A origem da palavra “responsabilidade” vem do latim *re-spondere*, que significa segurar a restituição ou compensação do bem sacrificado. (GONÇALVES, 2007, p.18)

E, segundo o doutrinador Cavalieri Filho, a ordem jurídica estabelece deveres que abrangem a toda a sociedade, e podem ser expressados como uma imposição da maneira a qual uma pessoa deve se comportar, uma vez estando em um convívio social. (2006, p. 23)

No entanto, cada instante em que essa conduta é violada, gera-se outro dever, para que se possa reparar o dano advindo daquela violação. Dessa forma, o primeiro dever jurídico imposto, do qual se espera uma determinada conduta, seria o dever jurídico primário, e a violação deste o sucessivo ou secundário, que caracteriza-se pelo dever de indenizar. (Ibid, p. 24)

Percebe-se, portanto, que a responsabilidade é uma contraprestação, onde o responsável pelo prejuízo decorrente de uma prestação é quem deve responder pelos próprios atos ou de outrem (responsabilidade direta e indireta, respectivamente). (Ibid, p. 26)

Outrossim, não deve-se deixar de atentar para o dever jurídico violado, a fim de se precisar qual foi este e identificar o responsável pelo mesmo. (Ibid, p. 27)

Assim, nas palavras dos doutrinadores em geral, que escrevem a respeito do assunto, o conceito de responsabilidade civil não seria outra coisa se não o dever que uma pessoa tem de indenizar àquela a quem causou o dano patrimonial ou extrapatrimonial, dano este que surgiu de um descumprimento obrigacional, legal, contratual ou imposto por lei. (SLAIB FILHO e COUTO (coord.), 2006, p. 6-7); (AMARAL, 2003, p. 558)

E, ressalte-se ainda que, há uma necessidade fundamental de restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico que existia entre o agente e a vítima, que foi rompido pelo dano causado pelo ato ilícito. Impera, portanto, o princípio da *restitutio in integrum* (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 36), ou seja, estando a vítima restabelecida na *statu quo ante*, desfeito está o desequilíbrio experimentado. (DIAS, p. 18 e 19 *apud* GONÇALVES, 2007, p. 19)

2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual

Não existe um consenso a respeito da origem da responsabilidade contratual. Ao invés disso, prefere-se considerar a tese clássica do dualismo, da precedência da responsabilidade contratual sobre a delitual. (MARTY e RAYNAUD, tomo II, 1º vol., nº 362 *apud* PEREIRA, 1999, p. 246)

Sabe-se, no entanto, que a *Lex Poetelia Papiria*, de 429 a.C., revolucionou os conceitos, deslocando o objeto de responsabilidade, que antes era da própria pessoa do devedor, para os bens do devedor. (PEREIRA, 1999, p. 246)

Assim, sem importar-se com a cronologia, a responsabilidade contratual surgiu paralelamente à delitual, pressupondo-se que a obrigação podia originar-se tanto da vontade como do delito, e a responsabilidade do devedor, pelo cumprimento do *pactum conventum*, tornando a prestação exigível. (Ibid, p. 246)

Ainda, uma vez sabendo-se que todo indivíduo deve observar uma norma pré-estabelecida, seja ela legal ou emanada de declaração individual de vontade, caso ocorra alguma conduta que contrarie disposto nessas normas, fica caracterizada a culpa, tendo em vista o procedimento antijurídico qualificado. (Ibid, p. 246)

E não há que se distinguir, ontologicamente, culpa contratual e culpa extracontratual ou aquiliana (por se remontar à *Lex Aquilia*) já que em ambas devem estar presentes para que se configure, a contravenção a uma norma. Entretanto, apresentam aspectos diferenciais com relação à matéria de prova e à extensão dos efeitos. (MIRANDA, vol. XVI, 3ª parte, tomo I, p. 485 *apud* PEREIRA, 1999, p. 247)

Sendo assim, enquanto na culpa extracontratual incumbe ao queixoso demonstrar todos os elementos da responsabilidade (dano, infração da norma e nexos causal), na contratual é invertido o ônus da prova, tornando a posição do lesado mais vantajosa. (RODRIGUES, v. 4, p. 9 *apud* PEREIRA, 1999, p. 247)

Portanto, nessa há um dever positivo de adimplir o que é objeto da avença, e na aquiliana é necessário invocar a obrigação de não prejudicar e, uma vez comprovado o comportamento antijurídico, verificar se este repercutiu na órbita jurídica do paciente, causando-lhe um dano específico. (MAZEAUD e MAZEAUD, v. I, nº338 e segs. *apud* PEREIRA, 1999, p. 248)

Com relação à culpa contratual, seu conceito é baseado na formação do contrato e em sua obrigatoriedade, vigorando a liberdade de contratar, de escolher o co-contratante e o conteúdo do contrato, ressaltando-se as imposições de ordem pública em que o interesse coletivo colide com a autonomia da vontade. (PEREIRA, 1999, p. 248)

Dessa forma, o contrato espelha o resultado dos interesses dos contratantes, e uma vez celebrado, obriga as partes, que não têm o poder de se liberarem unilateralmente, como consequência ao princípio da obrigatoriedade, que também significa a irreversibilidade da palavra empenhada. (Ibid, p. 248-249)

Assim, como já dito anteriormente, para que se configure as responsabilidades contratual e aquiliana é necessário a presença dos seguintes elementos: o dano, o ato ilícito e o nexo causal. (DIAS, p. 157 *apud* GONÇALVES, 2007, p. 28); (PEREIRA, 1999, p. 249); (AMARAL, 2003, p. 565)

O Código Civil de 2002 distinguiu as duas espécies em seus artigos, embora não as diferenciando. A aquiliana vê-se nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes, enquanto a contratual nos artigos 395 e seguintes e 389 e seguintes. (GONÇALVES, 2007, p. 27)

Conceituando-as, portanto, responsabilidade contratual seria a que decorre do não-cumprimento de obrigação nascida de contrato, negócio jurídico unilateral ou da própria lei (VARELA, p. 473 *apud* AMARAL, 2003, p. 564), resultando de ilícito contratual (não-cumprimento ou cumprimento defeituoso de obrigação preexistente), sendo o dever de indenizar, consequência do inadimplemento. (AMARAL, 2003, p. 565); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 38)

Já a aquiliana é aquela cuja responsabilidade não deriva de contrato, mas de violação de dispositivo da lei ou ordem jurídica, resultando de ilícito extracontratual, violação de deveres gerais de abstenção pertinente aos direitos absolutos, ou seja, surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite. (AMARAL, 2003, p. 565); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 38-39); (GONÇALVES, 2007, p. 27)

Outrossim, há que se falar no que as duas diferem, na contratual e extracontratual, respectivamente: (AMARAL, 2003, p. 565); (PEREIRA, 1999, p. 250) (GONÇALVES, 2007, p. 29)

a) na primeira a culpa fica estabelecida *ex re ipsa*, isto é, que o devedor é quem tem de provas a inexistência de culpa ou qualquer excludente do dever de indenizar, sendo, portanto, a posição do credor mais vantajosa, já na aquiliana o ônus da prova cabe à vítima, tendo de demonstrar a existência de todos os elementos;

b) na advinda de contrato a responsabilidade decorre de relação obrigacional preexistente, incorrendo em culpa aquele que se desvia do pactuado, sendo a prestação

indenizatória simples mudança de objeto da relação, enquanto na segunda, a relação surge pela primeira vez ao verificar-se o dano, sendo o dever de ressarcir originário;

c) na contratual pressupõe-se capacidade plena das partes e a outra pode ser causada por ato de incapaz;

d) a eventual solidariedade entre os obrigados da primeira depende de prévio acordo, e na segunda, já está prevista na lei, especificamente no artigo 942 do Código Civil de 2002.

O que é inconcebível, no entanto, é que o demandante receba duas indenizações, referentes a cada tipo de responsabilidade, contratual e delitual. (WEILL e TERRÉ *apud* PEREIRA, 1999, p. 251)

Deve-se ressaltar, ainda, duas tendências modernas, uma de crítica dessa dualidade de tratamento, sendo alguns autores adeptos da tese monista, que diz que pouco importa os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, já que seus efeitos são uniformes. (AMARAL, 2006, p. 566); (GONÇALVES, 2007, p. 28)

A outra inclinação também ocorre no sentido de afastar a responsabilidade civil dessa dicotomização, entretanto, os doutrinadores detêm-se em uma terceira categoria de caráter autônomo, a responsabilidade profissional, onde se enquadrariam médicos, transportadores, entre outros, assumindo condições de um tipo especial de “responsabilidade legal”, uma vez que seria regida por legislação especial. (PEREIRA, 1999, p. 251)

2.4 Responsabilidade objetiva

Pode-se afirmar que o Código Civil de 1916 era subjetivista, no entanto, o atual prestigia a responsabilidade objetiva, porque esse é o sistema que foi montado ao longo do século XX por meio de leis especiais, sem exclusão, todavia, da responsabilidade subjetiva. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 46- 47)

Determinados casos de responsabilidade surgiram no país, não sendo, no entanto, a teoria da culpa suficiente para abranger e solucionar todos eles. Assim surgiu uma insatisfação com a teoria subjetiva, tendo sido necessário nascer a doutrina objetiva para que fosse feita a cobertura ideal para a reparação do dano. (PEREIRA, 1999, p. 262)

A evolução, de acordo com Sergio Cavalieri Filho, não foi rápida nem fácil. A princípio, admitiu-se pelos tribunais uma maior facilidade na prova da culpa, extraíndo-a das

próprias circunstâncias em que se davam. Em seguida, passou-se a admitir a culpa presumida, com a inversão do ônus da prova. Chegou-se, inclusive, a ampliar o número de casos de responsabilidade contratual, até que veio o momento da aceitação da responsabilidade sem culpa em determinados casos. (2006, p. 154-155)

Entretanto, a teoria objetiva não substituiu plenamente a teoria da culpa, apenas convive ao lado desta para atender aos casos específicos para os quais a teoria tradicionalista revelou-se insuficiente, ou seja, para ocupar os espaços excedentes. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 159); (PEREIRA, 1999, p. 273) E como bem cita René Rodière, o que convém é abraçar também a teoria do risco “como princípio de reparação subsidiária” quando se revela ineficaz a doutrina da culpa. (nº 1.376 *apud* PEREIRA, 1999, p. 24)

Nesse sentido, nas palavras de Francisco Amaral, “responsabilidade objetiva é a que independe da culpa do agente”, e não decorre de um princípio geral como a subjetiva, é imposta em lei para situações determinadas. (2003, p. 571-572)

Foi desenvolvida com a teoria do risco, segundo a qual todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Dessa forma, essa doutrina objetiva exige, além da conduta ilícita e da existência de um dano, o nexo causal entre o evento e a conduta do agente, sendo este último o mais importante para assegurar o ressarcimento. Na responsabilidade objetiva, portanto, a obrigação de indenizar parte da idéia de violação do direito de segurança da vítima. (AMARAL, 2006, p. 571); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 155, 158); (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 10); (PEREIRA, 1999, p. 269)

2.4.1 Subespécies

Como já é de praxe após o surgimento de uma nova doutrina logo se multiplicarem os seus extremos, não poderia isso deixar de acontecer com relação à responsabilidade objetiva. (PEREIRA, 1999, p. 270). (CAVALIERI, 2006, p. 155)

Assim sendo, surgiram várias concepções a respeito desta matéria, que acabaram se tornando subespécies ou modalidades, quais sejam: a teoria do risco-proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e a do risco integral. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 155)

Para o primeiro deles, a teoria do risco-proveito, “responsável é aquele que tira o proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo”. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 156)

Já para a teoria do risco profissional, o dever de indenizar surge quando o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Foi desenvolvida para solucionar os casos de acidentes ocorridos no local de trabalho ou em virtude dele, independentemente de culpa do empregador. (Ibid, p. 156); (PEREIRA, 1999, p. 270)

Para outros dá-se realce à idéia segundo a qual a reparação é devida quando o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que exerça.

A teoria do risco criado, tem com adepto mais ardoroso o insigne doutrinador Caio Mário da Silva Pereira, que afirma ser esta a que melhor se adapta às condições de vida social. Dessa forma, aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo. (PEREIRA, 1999, p. 270)

Em último, mas não menos importante, encontram-se os adeptos da teoria do risco integral, como meio de repartir por todos os membros da coletividade os danos atribuídos ao Estado. É uma modalidade extremada da doutrina do risco, para justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexos causal, mesmo incidindo as excludentes de culpabilidade. (Ibid, p. 270); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 157-158)

Outrossim, tem surgido a tendência da socialização dos riscos, e por esse enfoque, o dano deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade. Seria a idéia do seguro, já que através dele consegue-se distribuir os riscos entre todos os segurados. (PEREIRA, 1999, p. 289); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 165)

Não obstante, ressalte-se ainda que há aqueles que subdividem a responsabilidade objetiva, com fundamento na teoria do risco, em pura e impura. Esta seria a que tem como base a culpa de terceiro, que está vinculado à atividade do indenizador. Aquela implica ressarcimento, ainda que inexista culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso. Portanto, estaria-se indenizando por ato ilícito ou mero fato jurídico, porque a lei assim o determina, não existindo direito de regresso, tendo que arcar, exclusivamente, o indenizador, com o pagamento do dano.(SLAIB FILHO e COUTO (coord.), 2006, p.13-14)

A fixação da responsabilidade objetiva, principalmente nos casos de responsabilidade pura, é da competência exclusiva do legislador, como medida de segurança indispensável, pois tal ônus não pode surgir de interpretação e de decisões judiciais sem um fundado argumento autorizado por lei ou, inclusive, estaria infringindo dispositivo constitucional que garante a fundamentação das decisões. (Ibid, p. 15)

2.5 Responsabilidade subjetiva

Inicialmente, vale ressaltar que essa doutrina consagrou-se no Código Civil Francês, irradiando-se para o direito moderno. (AMARAL, 2003, p. 569)

Na teoria da responsabilidade subjetiva ou delitiva, o que sobressai é a figura do ato ilícito, como causa geradora da obrigação, como ente dotado de características próprias, e identificado na sua estrutura, requisitos, efeitos e elementos. (PEREIRA, 1999, p. 29, 32)

Assim, os pressupostos desta responsabilidade seriam abrangidos por 3 (três) elementos, o formal, o subjetivo e o causal-material, que seriam, respectivamente, a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária, o dolo ou a culpa e o nexo causal. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 41)

Esses pressupostos são claramente identificados no artigo 186 do Código Civil de 2002, já citado anteriormente.

Dessa maneira, ao contrário da teoria do risco, exposta acima, a teoria subjetiva se esteia na idéia de culpa, que não pode ser presumida, devendo ser provada pela vítima, passando, então, a ser um item necessário do dano indenizável. (PEREIRA, 1999, p. 30); (GONÇALVES, 2007, p. 22)

E como bem cita De Page, “a irresponsabilidade é a regra; a responsabilidade, a exceção. Não há responsabilidade na ausência de culpa (...)”. (nº 933 *apud* PEREIRA, 1999, p. 30)

Não pode-se deixar de mencionar que existem causas de exclusão de ilicitude, onde o fator da ilicitude não coincide com o dano, portanto, não constituem ato ilícito. Elas estão presente no artigo 188 do Código Civil de 2002, e são os atos praticados no exercício regular do direito, em casos de legítima defesa (em face de agressão injusta, atual ou iminente) ou em

estado de necessidade (quando as circunstâncias tornarem o ato absolutamente necessário). (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 41-42)

Existe, ainda, dentro da responsabilidade delitiva, outra divisão, entre direta e indireta ou complexa, sendo a primeira quando decorrente de fato próprio, do agente, e a outra se resultante de fato de terceiros, animal ou coisa que se encontre sob a guarda do agente. (AMARAL, 2003, p. 569)

Ressalte-se que a responsabilidade por fato de terceiro pressupõe dois agentes, o causador do prejuízo e o responsável pela indenização, e que o médico também responde pelos atos ilícitos daqueles subordinados que agirem sob sua orientação, mas não pelo ato culposo, independente, do enfermeiro ou auxiliar, pois neste caso a responsabilidade é do hospital. (AMARAL, 2003, p. 570)

2.6 Elementos da responsabilidade civil

2.6.1 Conduta Culposa

Como diz Sergio Cavaliere Filho, conduta é “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas”. A ação seria o aspecto físico, objetivo, enquanto a vontade o psicológico ou subjetivo. (2006, p. 48)

No entanto, só pode ser responsabilizado por um ato omissivo aquele que tinha o dever jurídico de agir, cuja conduta estava prevista na legislação. (Ibid, p. 49)

Já conceituando a culpa, deve -se distingui-la do dolo. Enquanto neste o agente quer a ação e o resultado, naquela o agente só quer a ação, atingindo o resultado “por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado”, havendo um descumprimento do dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém, previsível. (PEREIRA, 1999, p. 65-66); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 55-59)

O dever de cuidado deve ser levando em conta principalmente em determinadas profissões, como o médico, pois não basta o esforço para avaliar a conduta, é necessário, também, ter conhecimentos e capacidade exigíveis para aquele fim específico. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 57)

Nesse diapasão, a inobservância desse dever torna a conduta culposa, já havendo uma tendência de incluir na culpa esse elemento da falta de capacidade ou conhecimentos exigíveis do agente. (Ibid, p. 57)

Todavia, há ainda a possibilidade de acontecer o erro de conduta, onde não importa o fim do agente, mas o modo e a forma imprópria do seu atuar, incidindo em erro de conduta por falta de cautela, transformando um ato inicialmente lícito em ilícito, diferentemente do dolo. (Ibid, p. 57-58)

A falta de cautela pode ser vista quando ocorre imprudência, negligência ou imperícia, pois são formas de exteriorização desta conduta culposa, que serão melhor explicitados posteriormente, no capítulo próprio da responsabilidade civil médica.

Assim, demonstrou-se que o conceito de culpa é unitário, entretanto, sua ocorrência pode se dar de diversas maneiras. A princípio a doutrina tradicional divide a culpa em 3 (três) graus, quais sejam a grave, leve e levíssima. (PEREIRA, 1999, p. 70); (VENOSA, 2004, p. 30)

A culpa grave é aquela que se manifesta de forma grosseira, com previsão do resultado, mas o agente acredita sinceramente que o resultado não ocorrerá. É também denominada de culpa consciente, aproximando-se do dolo eventual do Direito Penal. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 62); (VENOSA, 2004, p.30)

A leve se caracteriza por situações nas quais o homem médio não transgrediria o dever de conduta, onde a falta poderia ter sido evitada caso o agente dispusesse de atenção ordinária. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 62); (VENOSA, 2004, p. 30)

Enquanto a levíssima, é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa dotada de conhecimento singular ou habilidade especial poderia ter. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 62); (VENOSA, 2004, p. 30)

Há que se falar, ainda, naquelas modalidade de culpa que encontram-se em desuso, pois o novo Código Civil de 2002, estabeleceu responsabilidade objetiva para esses casos. Seriam a culpa *in eligendo*, oriunda da má escolha do representante, a culpa *in vigilando*, da ausência de fiscalização do agente com relação a outrem que estaria sob sua guarda, e a culpa *in custodiando*, explicitada pela falta de atenção com animais ou coisas que estivessem sob a guarda do agente.(CAVALIERI FILHO, 2006, p. 63); (VENOSA, 2004, p. 31)

Tem sido bastante usado pela doutrina, a modalidade de culpa concorrente, que ocorre quando há, paralelamente à conduta do agente causador do dano, culpa da vítima, tendo cada

um que responder pessoalmente por sua conduta e participação na conduta delituosa. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 66-68); (VENOSA, 2004, p. 33)

Nesses casos de concorrência de causas ou de responsabilidade, a doutrina e a jurisprudência recomendam que cada agente responda pela indenização, proporcionalmente ao seu grau de culpabilidade. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 66-68); (VENOSA, 2004, p. 33)

2.6.2 Nexo Causal

Como já dito anteriormente, é preciso que haja um liame entre o dano e a conduta ilícita do agente, existindo uma relação de causa e efeito; esse liame é o nexo causal. Conhecendo esse elemento, consegue-se determinar o causador do dano, sendo, portanto, elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil.

Entretanto, há certos casos em que torna-se problemática a prova do liame e a identificação do fato que resultou no dano. Há, todavia, inúmeras teorias que tentam solucionar esses aspectos, dentre as quais ressaltam-se a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada, adotada pelo Código Civil de 2002.

A primeira delas, também chamada de *conditio sine qua non*, elaborada inicialmente pelo jurista alemão von Buri, com base nas idéias de Stuart Mill, não faz distinção entre causa e condição. Para ela, toda condição que contribuiu para que houvesse o resultado é causa. Caso essa condição seja retirada, em um processo hipotético, e visto que não influenciou no resultado, não será considerado causa. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 72); (PEREIRA, 1999, p. 77-78)

Dessa forma, também existe uma crítica à ela, pelo fato de, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, “conduzir a uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexo causal”. (2006, p. 72)

Por outro lado, a teoria da causalidade adequada, elaborada por von Kries no final do século XIX, defende um critério eliminatório, destacando dentre os antecedentes do dano, qual estaria em condições efetivas de tê-lo produzido. (PEREIRA, 1999, p. 78-79); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 72-73) Assim, “nem todas as condições serão causa, mas

apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento”, que constitua, em abstrato, a causa. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 73)

A crítica feita a esta teoria consiste no fato de que o legislador deverá retroceder ao momento da conduta para obter um juízo de probabilidade do dano. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 73); (PEREIRA, 1999, p. 79) No entanto, essa probabilidade não é certeza. (MALAURIE e AYNÈS, nº47 *apud* PEREIRA, 1999, p. 79)

Para Aguiar Dias, na aplicação desta última teoria no Direito Civil brasileiro, o que deve ser feito é verificar “quem estava em melhores condições de evitar o dano; de quem foi o ato que decisivamente influenciou para o dano.” (v. II/315 *apud* PEREIRA, 1999, p. 74-75)

Fatos que também influem na determinação do nexos causal são as concausas, que são causas diversas que, juntando-se à principal, concorrem para o agravamento do dano, sejam elas preexistentes ou concomitantes.

As concausas preexistentes são as que já existiam quando da conduta do agente, interferindo em cunho subjetivo ou pessoal, como condições de saúde da vítima, ocasionando na responsabilidade do agente pelo resultado mais grave, soubesse ele ou não da concausa antecedente que agravou o dano. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 84-85); (PEREIRA, 1999, p. 80)

Quando a concausa ocorre depois do desencadeamento do nexos causal, mas também concorrendo para o resultado danoso, é denominada superveniente ou concomitante. No entanto, ela só terá relevância quando o dano produzido resultar exclusivamente dela, rompendo o nexos causal anterior e dando origem a um novo. (DIAS, 1946. p. 125 *apud* CAVALIERI FILHO, 2006, p. 85)

Outrossim, deve-se mencionar que, quando as condutas de duas ou mais pessoas concorrem efetivamente para o evento, há solidariedade dos co-agentes com relação à responsabilidade, tendo inclusive, direito de regresso daquele que reparou o dano sobre os outros (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 86); (PEREIRA, 1999, p. 74), baseando-se no artigo 942 do Código Civil de 2002, a saber: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

Ressalte-se lembrar que o caso fortuito, a força maior, fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro são excludentes do nexos causal, uma vez que o interrompem, fazendo inexistir uma relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso. (VENOSA, 2004, p. 45); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 90)

2.6.3 Dano

Só há obrigação de indenizar, de reparar, se existe o dano, sendo este “um prejuízo resultante de uma lesão a um direito”, na definição de Henri de Page. (vol. II, *apud* PEREIRA, 1999, p. 38)

Para Atilio Anibal Alterini, “nem todo dano é ressarcível”, mas somente “aquele que preencher certos requisitos: certeza, atualidade e subsistência.” (nº147, p. 124 *apud* PEREIRA, 1999, p. 39) Entretanto, a doutrina majoritária entende que deve ser apenas certo e atual. (PEREIRA, 1999, p. 39); (VENOSA, 2004, p. 34) Certo porque deve ser fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese, atual seria o dano que existe ou já existiu no momento da ação de responsabilidade. (LALOU, nº137 *apud* PEREIRA, 1999, p. 40) E Alterini adiciona a subsistência, pois diz que não será ressarcível o dano que já tenha sido reparado pelo responsável. (nº150 *apud* PEREIRA, 1999, p. 40)

O dano pode ser dividido em moral e patrimonial, que tem como subespécies o dano emergente e o lucro cessante. Também pode ser classificado em direto ou indireto, previsível ou imprevisível e contratual ou extracontratual, pessoal ou coletivo.

Os últimos são auto-explicativos, o contratual e extracontratual são classificados assim como as responsabilidades de mesma denominação. Os previsíveis são os danos que podem ser previstos quando da celebração de um contrato, “como consequência normal e legítima do seu descumprimento, e imprevisíveis, os insuscetíveis de conhecimento antecipado.” O direto é aquele que resulta imediatamente do fato, e o indireto decorre de circunstâncias ulteriores, que agravam o prejuízo. (AMARAL, 2003, p. 555-556)

O dano patrimonial é aquele que atinge efetivamente os bens integrantes do patrimônio da vítima, ocorrendo a diminuição do mesmo. (Ibid, p. 555-556); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 96) Pode-se vê-lo assegurado no artigo 402 do Código Civil de 2002, através dos limites estabelecidos para os danos emergentes e lucros cessantes, a saber: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Para melhor defini-los, conceitua-se dano emergente ou positivo, como o desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima, a diferença do valor do bem que tinha antes e depois do ato ilícito. Lucro cessante seria um reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima,

perda do ganho esperável, ou melhor, o que ela, razoavelmente, deixou de ganhar. Diz-se razoável porque não se permite que haja lucro. Mas é preciso que o magistrado veja que se tratava de uma chance real e séria.(CAVALIERI FILHO, 2006, p. 96-98); (VENOSA, 2004, p. 36)

O moral ou extrapatrimonial, se caracteriza pela não incidência no patrimônio ou, como define Sergio Cavaliere Filho, “o dano moral é insusceptível [sic] de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.” (2006, p. 102) Possui um caráter punitivo para o causador do dano e compensatório para a vítima. (PEREIRA, 1999, p. 55)

Pode-se vê-la consolidada no artigo 5º, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.”

Interessa ressaltar neste trabalho uma determinada modalidade de dano moral, o estético, que pode ser cumulado com danos patrimoniais, mas não com o próprio dano moral, uma vez que é uma subespécie desse. Seria ele ligado às deformidades físicas da vítima que provoquem à esta aleijão, repugnância, desgosto ou complexo de inferioridade. (VENOSA, 2004, p.43); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 122-124)

2.7 Obrigação de meio e de resultado

Conceituando essas obrigações, já adentra-se no campo da responsabilidade médica, se não vejamos.

Diz-se obrigação de resultado quando “a prestação de serviço tem um fim definido: se não houver o resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume o ônus por não satisfazer a obrigação que prometeu.” (GOMES e FRANÇA, 1999, p.145)

Já na obrigação de meios, a cura do paciente não é o objeto, embora seja finalidade primacial (MATIELO, 1998, p. 53), mas tem o médico compromisso de “aplicar todo seu empenho no tratamento, utilizando todos os meios científicos, tecnológicos e conhecimentos pessoais para alcançar o pleno restabelecimento do bem-estar físico, psíquico e social do

paciente.” (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 203) Não deixa-se de buscar um resultado, entretanto, caso não haja êxito, e não havendo culpa do devedor, não há o que cobrar. (GOMES e FRANÇA, 1999, p. 145)

Há de se ressaltar que os referidos meios nesta obrigação devem estar ao alcance do médico, e disponíveis, caso contrário, poderá ser caracterizado erro em sua atuação e, também, que incumbirá ao paciente a demonstração da culpa do contratado. (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 203); (MATIELO, 1998, p.55)

Sendo assim, pode-se definir que a obrigação do médico não é de resultado, mas sim de meio, uma vez que não possui o compromisso de curar, e que o objeto do seu contrato é a própria assistência ao paciente, e a atuação zelosa e tecnicamente correta do médico. (Ibid, p. 146); (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 17); (MATIELO, 1998, p. 53)

Ao contrário do exposto, surge uma controvérsia com relação à cirurgia plástica puramente estética, ou seja, sem qualquer finalidade terapêutica e sem caráter de urgência ou emergência, pois a finalidade dela é embelezadora e não reparadora.

Uma corrente defendida pela doutrina e jurisprudência majoritárias, afirma ser de resultado o caráter dessa cirurgia, aplicando a teoria subjetiva, mas com culpa presumida, e por consequência, com a inversão do *onus probandi*, importando o resultado final. Dessa forma, assume o profissional dever específico e certo de atingir o objetivo, caso contrário, há culpa. (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 18-19); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 203); (MATIELO, 1998, p. 55-56)

Esta corrente diz que a obrigação de resultado também decai sobre outras especialidades médicas, como a anestesiologia, radiologia, análises clínicas e bioquímica, pois a natureza do ato médico possui fim nelas mesmas, ensejando, portanto, um resultado. (MATIELO, 1998, p. 56); (NIGRE e ALMEIDA, 2007 (coord.), p. 203)

Por outro lado, outra corrente, defendida por Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza, defende que as intervenções cirúrgicas estéticas não se diferenciam das outras especializações médicas, sendo, também, “suscetíveis às mais diferentes intercorrências que independem do atuar médico.” (2002, p. 18-19)

Assim, para eles, a cirurgia estética é enquadrada como uma obrigação de meio - sendo o contrário uma questão de preconceito-, e só havendo o dever de indenizar mediante culpa provada. (Ibid, p.19-20)

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

“Quando duas pessoas se encontram há, na verdade, seis pessoas em presença: cada pessoa como se vê a si mesma, cada pessoa como a outra vê e cada pessoa como realmente é.”

William James

3.1 Conceito e características

Nas palavras de Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza, “a responsabilidade civil médica é, pois, a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão.” (2001, p. 27) Pode-se incluir aqui não apenas o médico que é profissional liberal, mas também os estabelecimentos de saúde em geral, qualificados como fornecedores, na dicção do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. (VENOSA, 2004, p. 116)

Assim, essas entidades prestadoras de serviço, “ainda que com personificação incompleta ou anômala, são também responsáveis por ato de seus prepostos”, nos termos do artigo 932, inciso III do Código Civil de 2002, que a seguir transcreve-se: “São também responsáveis pela reparação civil: o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;” Atente-se para o fato de que essa responsabilidade foi ampliada com a lei do consumidor. (Ibid, p. 116)

Outrossim, considera-se abrangido pela responsabilidade médica aquela por fato próprio e por fato de terceiro, uma vez que os médicos também agem como empregados ou prepostos de estabelecimentos médicos. (Ibid, p. 116)

Cabe ressaltar, que a obrigação que o médico possui com relação ao paciente é simplesmente de meio, e não de resultado, como visto anteriormente, tendo que empregar toda sua técnica e conhecimento da melhor forma, na tentativa de cura do mesmo. O que não ocorre quando refere-se à cirurgia plástica, quando a obrigação é de resultado, entendimento este, majoritário. (GONÇALVES, 2007, p. 395); (VENOSA, 2004, p. 108-109); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 392)

Dessa forma, a responsabilidade aqui cabível é a subjetiva, posto que necessita de prova. Não fala-se em culpa presumida, e o lesado deverá mostrar a incidência de que o médico agiu com imprudência, negligência ou imperícia (culpa em sentido estrito) para que surja o dever de reparar o dano. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 392); (COUTO FILHO e SOUZA, 2001, p. 28); (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 13-14)

Nesse sentido estabelece o Código Civil, em seu artigo 951, *in verbis*: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

Correspondente a este artigo está o §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, pois embora seja o médico um prestador de serviços, ele abriu uma exceção ao sistema de responsabilidade objetiva estabelecido neste próprio Código (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 393), a saber: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (grifo nosso)

Observe-se que este último artigo faz referência apenas à pessoa do profissional liberal, não a pessoa jurídica para a qual trabalhe.

3.2 Natureza

Já é entendimento doutrinário e jurisprudencial que essa responsabilidade jurídica estabelecida entre médico e paciente é de natureza contratual, ainda que tácito, podendo, em certos casos, ser caracterizada como extracontratual, como por exemplo, em atendimento de emergência ou a um paciente já encontrado em estado de inconsciência. (GONÇALVES, 2007, p. 114); (SOUZA, 2006, p. 41); (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 12-13)

Possui, dessa forma, as seguintes características: bilateral, tácito (implícito no atendimento), expresso (verbal ou documental), consentido, lícito em seu fim, sinalagmático (reciprocidade das obrigações assumidas entre devedor e credor), oneroso e comutativo (“prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas e guardam entre si uma relativa equivalência de valores”). (PEREIRA, 2005, p. 68); (MATIELO, 1998, p. 43); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 201)

No entanto, José de Aguiar Dias, apesar de também entender dessa forma, conclui que tanto a ação contratual quanto a extracontratual conduzem ao mesmo resultado. (VENOSA, 2004, p. 114)

Contudo, difícil se torna a classificação desse contrato, havendo, ainda, discussões quanto à natureza dessa relação contratual, principalmente quando a existência do contrato não fica muito clara. (Ibid, p. 114); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 202)

Assim, há duas correntes, para uma esse contrato é de prestação de serviços enquanto para outra é *sui generis*, caracterizando um tipo especial de culpa do médico. Os que apóiam aquela fundamentam seu entendimento na natureza locatícia do serviço, sendo um contrato singular, uma vez que exige a colaboração do paciente, colocando-o como co-partícipe do sucesso ou insucesso da atividade médica. Dessa forma, seria este um contrato *intuito personae*, bilateral, sucessivo e oneroso. (VENOSA, 2004, p. 114); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 202); (SOUZA, 2006, p. 40)

Para a outra corrente, o contrato vai “além de uma mera prestação de serviços técnicos em sentido estrito, sendo o médico protetor, guardião e conselheiro do paciente”. (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 202) Neste caso não encontra-se sustentação na legislação nacional, sendo figura atípica, inominada, possuindo forma livre. (MATIELO, 1998, p. 46)

Entretanto, para Sílvio de Salvo Venosa e André Luis Nigre, dizer que o contrato é *sui generis* nada esclarece. (2004, p. 114); (2007, p. 202) Também é entendimento deste último que a natureza acaba por ser contratual da prestação de serviços, não dissociando, todavia, a “locação do serviço da proteção, aconselhamento e guarda do paciente, posto tratarem-se de deveres éticos e morais, implícitos no atuar profissional do médico.” (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 202)

É de bom alvitre, também, observar que a obrigação de indenizar do médico existirá, independentemente da existência de contrato, desde que comprovada sua culpa do fato danoso. (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 13); (VENOSA, 2004, p. 114)

3.3 Relação médico-paciente, direitos e deveres

Surge, como consequência do contrato singular que o médico possui com seu paciente, deveres específicos, que aqui serão explicitados.

Inicialmente, há o dever geral de bom atendimento, caracterizado pelo dever geral de cautela e o saber profissional do próprio médico, exigindo dele um empenho superior ao de outros profissionais. (GONÇALVES, 2007, p. 400)

Um importante dever que há na esfera da medicina, e que deve ser obedecido pelo profissional médico, é o de informar o paciente e/ou sua família a respeito do estado desse, do método e técnicas a serem utilizadas e dos riscos e possibilidades de cura. (VENOSA, 2004,

p. 110) Ou, como entende Jurandir Sebastião, “compreende o dever de empenho técnico, adequado e satisfatório por parte do médico”. (*apud* GONÇALVES, 2007, p. 401)

Em caso de não cumprimento desse dever, poderá o médico responder por infração do dever de conselho. (DIAS, pp 256/257 *apud* SLAIB FILHO e COUTO (coord.), 2006, p. 154)

Este é um dever oriundo das exigências de boa-fé, tendo um grau de alerta, aconselhamento, um dever de conselho, visando alcançar o consentimento (outro dever) informado, válido e eficaz do paciente. (MARQUES, 2004, p. 16 *apud* SLAIB FILHO e COUTO (coord), 2006, p. 148-149)

Encontra-se previsto no artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, a saber: “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: III- a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.”

Também abrange o dever de o médico se informar acerca do progresso da ciência, bem como as condições particulares do paciente, realizando a completa anamnese. (GONÇALVES, 2007, p. 400)

Caso haja algum tipo de falta de cuidado com relação a esse dever, pode ser que o médico venha a ser responsabilizado pela *perda de uma chance* que, de acordo com a jurisprudência francesa, seria o dano decorrente da diminuição de probabilidades de um futuro êxito, que é entendido por ela como indenizável. (GONÇALVES, 2007, p. 400)

Ou, por mais claras palavras, explicita Carlos Roberto Gonçalves: “Consiste esta na interrupção, por determinando fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída.” (2007, p. 400)

Decorre deste dever um outro, qual seja o de consentimento por parte do paciente, pois este deve concordar com relação aos procedimentos a serem adotados pelo médico, a fim de se obter sua cura. Mas, como dito, a informação e o consentimento andam juntos, portanto, para que haja este último, é preciso que o paciente tenha sido suficientemente informado das condições em que os atos médicos serão realizados. É uma decorrência do princípio da transparência. (SOUZA, 2006, p. 44); (VENOSA, 2004, p. 118); (SLAIB FILHO e COUTO (coord.), 2006, p. 150)

O consentimento do paciente torna-se, portanto, essencial, pois sua falta caracteriza negligência do médico, uma vez que este procedimento é parte integrante do ato médico. (VENOSA, 2004, p. 118); (SOUZA, 2006, p. 44)

Pode ser, entretanto, que haja algum tipo de urgência ou impossibilidade, quando isso ocorrer, deve haver soluções para que consiga-se obter um atendimento. Assim, em caso de urgência, havendo risco iminente, não há que se falar em consentimento, justifica-se o atendimento independentemente desses procedimentos básicos, ou seja, o médico é liberado de saber a vontade do paciente. (VENOSA, 2004, p. 118); (SLAIB FILHO e COUTO (coord.), 2006, p. 150); (SOUZA, 2006, p. 45)

Assim, tendo assumido uma obrigação, o médico vê-se diante de um dever, afim de permitir que seu paciente tome uma decisão consciente e definitiva. É o que encontra-se estipulado no artigo 56 do Código de Ética Médica, *in verbis*: “É 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.”

Da mesma maneira, é observado no artigo 46 do referente Código, a seguir: “è vedado ao médico: Art. 46. Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo iminente perigo de vida.”

Para reforçar, o Código Penal em seu artigo 146, §3º, inciso I também estipula o fato da não necessidade do consentimento pelo médico em caso de risco iminente de vida, não caracterizando o crime de constrangimento legal, previsto no caput do mesmo artigo. Dessa forma, transcreve-se: “Art. 146. §3º. Não se compreendem na disposição deste artigo: I- a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”

Já, quando há impossibilidade física, como a inconsciência do paciente, legal, como a menoridade, ou até mesmo quando existe um risco de provocar ao paciente danos irreparáveis, como psicológicos, se for lhe passado a informação sobre seu diagnóstico, o meio encontrado para suprir essa necessidade é passar o dever de consentimento para os responsáveis legais, com permissão da pessoa que está sob os cuidados médicos, não deixando de observar o dever de informá-los. (SOUZA, 2006, p. 44); (SLAIB FILHO e COUTO (coord.), 2006, p. 152)

Isso pode ser constatado no artigo 59 do Código de Ética Médica, a saber: “É vedado ao médico: Art. 59: Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.”

Por fim, o médico deve realizar esse ato com o máximo de cuidados e garantias que comprovem a aceitação formal do paciente. Sabendo-se disso, o consentimento pode ser tácito ou expresso (oral ou escrito), mas sobretudo, livre e esclarecido. (SLAIB FILHO e COUTO (coord.), 2006, p. 151)

Ainda, um dever estabelecido tanto no Código de Ética Médica quanto no Código Penal é o de sigilo médico, que é uma obrigação e um direito ético e legal, onde o médico deve guardar segredo dos fatos que tomou conhecimento durante o exercício de sua atividade profissional. E, caso seja feita a divulgação de informações sem o consentimento do paciente, nasce um problema jurídico para o médico. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 399); (ALCÂNTARA, p. 131 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 176)

Assim, estabelece o artigo 102 do Código de Ética Médica: É vedado ao médico: “Art. 102. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.”

E o artigo 154 do Código Penal: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena- detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

Dessa forma, estando demonstrado o nexo causal, a violação a esse dever ofende direito à intimidade, um dos direitos da personalidade, sendo possível, também de acarretar danos materiais, devendo haver oportunidade para reparação em todos os casos. Quando tal fato for advindo de culpa do profissional, caracteriza-se a obrigação de indenizar, se houver dolo, cabe punição. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 399); (KFOURI NETO, 1998, p. 175-177)

Outrossim, ressalte-se os elementos demonstrados por Genival Veloso de França, para se caracterizar o delito de quebra de sigilo: “1. existência de um segredo; 2. conhecê-lo em razão da função, ofício, ministério ou profissão; 3. possibilidade de dano a outrem; 4. ausência de justa causa; 5. dolo.” (p. 55-56 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 177)

Há correntes doutrinárias, entretanto, que diferenciam a abrangência desse dever. Uma é a absolutista, defendida por Gérard Mémeteau, que diz que o sigilo deve ser respeitado acima de tudo, é uma questão de ordem pública. (KFOURI NETO, 1998, p. 176-177)

A relativista, adotada por Pio Avecone, aceita o sigilo relativo, sendo a discricionariedade vasta, isto é, que poderá o médico ser levado a quebrar tal dever em situações especiais, como diante de valores jurídicos, éticos, morais e sociais de relevo, como por exemplo, para salvar a vida do paciente. Porém, mesmo nestas hipóteses, a quebra deve

ser feita em seu limite necessário. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 399); (KFOURI NETO, 1998, p. 175-177)

Um outra corrente que chegou a existir foi a abolicionista, que defendia a abolição pura e simples do dever de sigilo. (KFOURI NETO, 1998, p. 177)

Esse dever, no Brasil, como visto, é uma imposição jurídica, e se estende mesmo após findada a relação médico-paciente. (Ibid, p. 176)

Interessante síntese foi dada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que afirmou a respeito do assunto que, “o que a lei proíbe é a revelação ilegal, a que tenha por móvel a simples leviandade, a jactância, a maldade.” (RT 515/317 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 177)

Faz-se, contudo, uma distinção entre o sigilo médico e o hospitalar pelo fato de, no nosocômio, inúmeros profissionais, como enfermeiros e auxiliares, além dos médicos, entrarem em contato com as informações do paciente. Desse modo, o dever de sigilo é estendido a eles. (KFOURI NETO, 1998, p. 176-177)

3.4 Seguro na responsabilidade civil do médico

Há, nas sociedades modernas, uma tendência destas arcarem com os custos dos infortúnios, como ocorre nos países de primeiro mundo, evitando a desestabilização de vidas econômicas individuais. (SOUZA, 2006, p. 136)

Nesses países, como os Estados Unidos, os “hospitais e médicos mantêm seguro de responsabilidade civil por dano a terceiros”, despendendo, “anualmente, em média, cem mil dólares para a contratação desse seguro, para cobrir a atuação de apenas um cirurgião”, as indenizações são de grande valor, e passou a surgir uma nova classe de advogados, os juristas médicos. (KFOURI NETO, 1998, p. 20-22)

E mesmo as seguradoras dando um certa tranquilidade aos médicos, caso seja constatado que houve erro médico por imperícia, não há total cobertura do caso, tendo o próprio profissional que arcar com grande parte da indenização, como direito de regresso do hospital. (Ibid, p. 24)

Para que o mesmo viesse a acontecer no Brasil, seria necessário que houvesse uma poupança prévia ou, até mesmo, compulsória, de maneira voluntária, realizada por cada grupo

médico, ou mesmo individual, com a finalidade de que, caso venha a ficar exposto ao perigo, já esteja bem amparado financeiramente. (SOUZA, 2006, p. 136)

Ocorre que no Brasil esse fato ainda não se tornou hábito, posto que é raro a sociedade recorrer à justiça sempre que vem a sofrer algum dano médico. Sendo assim, embora este tipo de seguro já exista no país, sua procura ainda é escassa. (KFOURI NETO, 1998, p. 23)

Entretanto, no país, como já dito, “já podem os médicos ou estabelecimentos hospitalares recorrer ao mercado segurador, com apólices apropriadas para a cobertura de responsabilidade civil profissional”, embora haja apenas uma empresa no ramo. (Ibid, p. 22)

E mesmo assim, como extraído do “Instituto de Resseguros do Brasil”:

tais seguros excluem os danos estéticos, atos e intervenções proibidos por lei, favorecimento ou conivência com o terceiro reclamante, quebra de sigilo profissional, tratamento radiológico e similares, difamação ou calúnia e uso de técnicas experimentais com medicamentos ainda não aprovados pelos órgãos competentes. (Ano 37, p. 13 *apud* KFOURI NETO, 1998, p.22)

De certo modo, André Tunc traz uma solução para este conflito e também para as dificuldades que encontram os lesados para provar o nexo causal e a autoria do dano. Diz ele que deveria ser estabelecido uma “indenização automática, ao menos no que se refere aos resultados bastante anormais e imprevisíveis do ato médico.” (KFOURI NETO, 1998, p. 30)

Faria-se, segundo o civilista, “um fundo comum - constituído por recursos públicos e da totalidade dos profissionais da medicina - para os acidentes médicos, independente de culpa.” Assim, caso ocorresse erro médico, a vítima iria ao fundo obter a cobertura das lesões, automaticamente. (*apud* KFOURI NETO, 1998, p. 30)

No entanto, essa não é uma solução bem vista por Chammard-Monzein, Savatier e Mémeteau-Mélenec, todos citados por Miguel Kfouri Neto em sua obra. Eles criticam a sugestão acima pois estaria dando margem à despersonalização da relação médico-paciente, equiparando o médico estudioso e atento ao diligente, atribuindo-se à totalidade dos profissionais da medicina a responsabilidade por quaisquer danos, além do fato que o próprio doente traz consigo um risco, não sendo o médico quem o provoca. (1998, p. 30-31)

Dessa forma, para esses autores, “dar cobertura a todo risco de doença ou morte, em atividade médica”, independente de culpa, “corresponderia a obrigar o médico a dar a saúde ao doente (...), ultrapassando as potencialidades do médico enquanto homem.” (Ibid, p. 31)

Destarte, as apólices desse seguro excluem a cobertura de dano intencionalmente causado a terceiro, pois em caso de fato doloso, faltar-lhe-ia o elemento aleatório (imprevisível), que é elemento essencial do seguro. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 447)

A responsabilidade que se pode segurar aqui “é a do ato culposo (não doloso) da pessoa segurada, ou a de fato, ou a de ato-fato de outrem, culposo ou doloso, ou de animal.”(MARENSI, p. 56 *apud* CAVALIERI FILHO, 2006, p. 447)

Portanto, “o segurado não contrata o seguro em benefício da vítima, mas sim em benefício próprio, para não desfalcar o seu patrimônio das conseqüências civis do que venha a causar a outrem.” (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 446)

3.5 Culpa médica

Vale ressaltar, inicialmente, que a figura do erro profissional se distingue do elemento culpa, pois esta se consubstancia na ausência do dever de cuidado do médico com relação ao seu paciente. (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 14-15) Enquanto o erro profissional “é a falha do homem normal, conseqüência inelutável da falibilidade humana”, e será abrangido mais a frente. (SANTOS *apud* COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 15)

A culpa, elemento da responsabilidade civil previamente analisado, “na doutrina clássica, pode ser definida como o desvio de conduta de um modelo idealizado e preexistente” (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 205) ou, em outras palavras, “a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los.” (GONÇALVES, 2007, p. 531) E, para que seja caracterizada, não é preciso que a culpa do médico seja grave, basta que seja certa. (KFOURI NETO, 1998, p. 67)

De acordo com o ilustre mestre Silvio Rodrigues, “na culpa, o agente não visa a causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, imprudente ou imperita, resulta dano a outrem.” (v. 4, p. 40 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 62)

Assim, pode-se censurar um profissional quando, segundo Antunes Varela, vê-se “que ele podia e devia ter agido de outro modo”. (*apud* GONÇALVES, 2007, p. 531)

Para Mazeaud e Tunc, citados por Miguel Kfourir Neto, é possível se fazer uma distinção entre culpa ordinária e culpa profissional, onde a primeira seria aquela reconhecida, por exemplo, quando um cirurgião realiza uma cirurgia embriagado, e o outro tipo encontraria-se a culpa profissional. (1998, p. 63)

Portanto, já analisando a culpa dentro do âmbito da responsabilidade civil médica, e sabendo-se que esta caracteriza-se por ser subjetiva, vê-se que sua base está fundamentada na

culpa *stricto sensu*, onde a vítima possui *onus probandi*, e cujos elementos já foram acima mencionados, quais sejam a negligência, imprudência e imperícia. Ao contrário da responsabilidade objetiva, que possui a culpa presumida e, dessa forma, basta que se comprove o dano e o nexo causal. (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 204)

Destarte, tem-se a culpa *stricto sensu*, onde o agente não possui a vontade de ocasionar qualquer espécie de prejuízo a terceiro, mas é o que acaba decorrendo devido ao seu modo de agir. Abrange a culpa inconsciente (imprudência, imperícia, negligência) e a consciente. (SOUZA, 2006, p. 99-100); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 205)

A diferença entre as duas é que na inconsciente, o resultado se apresenta como previsível, mas não é previsto pelo agente, quando na consciente, o médico não quer o resultado, nem sequer assume o risco de produzi-lo, acreditando que vai evitá-lo, entretanto, acaba ocorrendo. (SOUZA, 2006, p. 103)

A negligência caracteriza-se pela omissão de certa atividade que teria evitado o resultado danoso (culpa *in omittendo*), como, por exemplo, quando um médico não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, vindo a esquecer certo material cirúrgico no abdômen do paciente. (PEREIRA, 1999, p. 70); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 61); (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 16); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 206)

A imprudência é o ato contrário à prudência. Ocorre quando um procedimento é realizado sem ser observado todas as suas conseqüências, precipitadamente, ou seja, falta de cuidado por conduta comissiva (culpa *in commitendo*). (PEREIRA, 1999, p. 70); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 61); (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 16); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 206)

E a imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício da atividade técnica, que pode ser exemplificado pelo erro médico grosseiro. Nesse caso, deve-se atentar para o grau de desenvolvimento científico na área de atuação do profissional. (PEREIRA, 1999, p. 70); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 61); (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 16); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 207)

Ademais, há a culpa *lato sensu*, que compreende o dolo direto e o indireto ou eventual, e caracteriza-se pela presença dos elementos anímicos da conduta do agente, que possui vontade consciente de causar dano a outrem, ou simplesmente assume o risco de produzi-lo. (SOUZA, 2006, p. 99-100); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 205)

Com relação ao dolo, este é elemento subjetivo do tipo e natural, ou seja, “diz respeito à vontade de realizar o tipo, não abrangendo a consciência da ilicitude.” (SALLES JUNIOR,

1996, p. 33 *apud* SOUZA, 2006, p. 100) E como ensina Julio Fabrini Mirabete, “é necessário para a sua existência, portanto, a consciência da conduta e do resultado e que o agente a pratique voluntariamente.” (1996, v. 1, p. 134 *apud* SOUZA, 2006, p. 103)

O dolo eventual ou indireto se caracteriza pelo fato do agente assumir o risco de produzir o resultado previsto no tipo penal. “Inobstante tal previsão o agente não se detém.” (COSTA JUNIOR, 1995, v. 1, p. 86 *apud* SOUZA, 2006, p. 101-102)

Para ilustrar o caso, cita-se como exemplo de dolo eventual o caso de um médico, “em qualquer ramo da atividade médica, que prescreve um remédio sabendo que este pode causar a morte do doente, com o intuito único de testar o medicamento e o paciente venha a falecer.” (SOUZA, 2006, p. 101)

Dessa forma, consegue-se chegar à conclusão de que a culpa consciente e o dolo eventual são bem parecidos, nem sempre havendo uma nitidez entre eles, entretanto, não se confundem, pois em ambos o agente prevê a ocorrência do resultado, mas somente no dolo ele admite a possibilidade do evento acontecer, não se importando com o resultado, enquanto na culpa, ele não o aceita como possível. (Ibid, p. 104)

Há dois interessantes métodos criados por doutrinadores que auxiliam no levantamento e aferição da culpa. O primeiro deles, estabelecido por Pio Avecone, tem a finalidade de um correto método de levantamento da culpa médica, que pressupõe:

- a) a perfeita consciência do caso concreto, em todos os seus aspectos objetivos e subjetivos e subjetivos, evitando generalizações tão fáceis quanto falazes;
- b) o uso dos parâmetros jurídicos normais, utilizáveis também para outros tipos de culpa mesmo que, dada a particularidade da matéria, mais difícil pareça tal aplicação. (p. 120-121 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 63-64)

O segundo método cita alguns princípios gerais para que se possa realizar uma melhor avaliação da culpa médica. Foi sugerido pela Professora Teresa Ancona Lopez Magalhães (p. 309-331 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 66-67), a seguir:

1. quando se tratar de lesão que teve origem em diagnóstico errado, só será imputada responsabilidade ao médico que tiver cometido erro grosseiro;
2. o clínico geral deve ser tratado com maior benevolência que o especialista;
3. a questão do consentimento do paciente em cirurgia onde há o risco de mutilação e de vida é essencial;
4. o mesmo assentimento se exige no caso de tratamento que deixe seqüelas. E age com culpa grave o médico que submete o cliente a tratamento perigoso, sem antes certificar-se da imperiosidade de seu uso;
5. dever-se-á observar se o médico não praticou cirurgia desnecessária;
6. não se deve olvidar que o médico pode até mesmo mutilar o paciente, se um bem superior - a própria vida do enfermo - o exigir;

7. outro dado importante é que o médico sempre trabalha com uma margem de risco, inerente ao seu ofício, circunstância que deverá ser preliminarmente avaliada - e levada em consideração;

8. nas intervenções médicas sem finalidade terapêutica ou curativa imediata - cirurgia plástica propriamente dita, p. ex. - a responsabilidade por dano deverá ser avaliada com muito maior rigor.

Com todo o exposto, observam-se presentes profundas reflexões para que se tenha uma verdadeira análise da prova da culpabilidade em casos de erro médico, além de ser necessário que o julgador amplie seus limites ao examinar o conjunto probatório, não descartando a hipótese de que ele pode simplesmente desprezar as conclusões da prova pericial, uma vez que ele é o *peritus peritorum*. (KFOURI NETO, 1998, p. 66-70)

Todavia, os laudos periciais deverão ser analisados com bastante objetividade, desde que não haja uma maior valoração destes, já que todas as provas têm valor relativo, inclusive a pericial. (Ibid, p. 66-70)

Nesse ínterim, Luiz da Cunha Gonçalves descreve qual deve ser o pensamento do juiz ao avaliar a culpa médica. Diz ele que “o julgador deverá formular a si próprio esta pergunta: ‘um médico prudente, encontrando-se nas mesmas condições externas, teria procedido como o autor do prejuízo?’” (p. 966-967 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 68-69)

Importante, também, mencionar que o grau de culpa (em sentido lato) interfere na apuração do *quantum* indenizável. Mas, para que o ressarcimento referente à culpa médica se torne freqüente, mister se faz que os juízes e Tribunais amenizem as exigências para a aferição da culpa e verificação do nexa causal, já que, hoje, existe um rigorismo excessivo. (KFOURI NETO, 1998, p. 67-70)

3.6 Responsabilidade do cirurgião plástico

Embora haja bastante divergência na doutrina e jurisprudência a respeito do tipo de relação contratual que o médico possui com o paciente neste caso, uma grande parte opta por dizer que é de resultado e não de meio, visto que a pessoa não se encontra enferma e resolve se submeter à cirurgia apenas devido ao aspecto embelezador.

Assim, o cirurgião com um trabalho puramente estético, obriga-se a apresentar o resultado esperado, caso contrário, surge a obrigação indenizatória pelo resultado não

alcançado. Logo, há uma tendência de tratar com mais rigor o cirurgião plástico. (VENOSA, 2004, p. 122-123); (KFOURI NETO, 1998, p. 155); (GONÇALVES, 2007, p. 406)

Entretanto, há casos em que a cirurgia não é simplesmente estética, mas reparadora, como em melhorar o aspecto físico do paciente quando este possui aleijão, cicatrizes, marcas de queimaduras, entre outros. Nestes casos, a responsabilidade passa a ser de meio, visto que o médico tentará fazer uma correção física. (CAVALIEIRI FILHO, 2006, p. 402); (KFOURI NETO, 1998, p. 152-156)

Ainda assim, o cirurgião plástico deve ser enquadrado como qualquer outro tipo de cirurgião, com uma obrigação de meio, entendem alguns doutrinadores, uma vez que também é possível que ocorram interferências no pré, pós operatório, durante a cirurgia, ou mesmo psicológicos, fatores estes que não dependem do médico e que são imprevisíveis, ou seja, que não era de conhecimento do profissional, mesmo este possuindo uma conduta correta. (KFOURI NETO, 1998, p. 151-152); (AGUIAR JR., p. 40 *apud* GONÇALVES, 2007, p. 406-407)

Mesmo assim, para Sergio Cavaleiri Filho, a obrigação continua a ser de resultado. (2006, p. 403)

Caso o dano seja advindo desses fatores, exclui-se a responsabilidade do cirurgião. Entretanto, se o médico deixou de informar ao paciente sobre os riscos e, mesmo assim, realizou a cirurgia, estando ciente do perigo, o médico deve provar o estado de necessidade da operação. (KFOURI NETO, 1998, p. 408-409)

Vale ressaltar uma regra dita por Georges Boyer Chammard e Paul Monzein, que estabelecem que “todas as vezes que a saúde, a integridade física ou a vida do paciente estejam em perigo, o médico deve renunciar ao aperfeiçoamento de caráter estético, independentemente da vontade do próprio paciente.” (p. 230 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 151)

O magistrado, por sua vez, deve analisar as provas a ele apresentadas, utilizando-se, inclusive, de analogia com outros casos parecidos que, entretanto, obtiveram total êxito, deve ele recorrer a peritos e assistentes técnicos para analisar a conduta culposa e verificar a exigência e técnicas normalmente requeridas para executar o procedimento, chegando à conclusão de uma possível responsabilidade ou não do médico-autor do fato. Esta aferição é denominada *lex artis ad doc*. (KFOURI NETO, 1998, p. 158-159)

Havendo indenização, esta deve abranger os danos materiais e os morais acarretado à vítima. (Ibid, p. 408)

Com todo o exposto, quando a cirurgia estética não ocorre bem, há presunção de culpa do médico, por se tratar de obrigação de resultado, cabendo a ele afastar a responsabilidade através de provas, ou seja, o ônus da prova é invertido. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 403); (GONÇALVES, 2006, p. 408)

Outrossim, há causas excludentes da responsabilidade do cirurgião, desde que a operação seja razoavelmente necessária; o risco a correr seja menor que a vantagem procurada e a seja praticada de acordo com as normas da profissão. (DIAS, p. 324-5 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 409)

3.7 Responsabilidade do anestesista

A priori, assim como na responsabilidade do cirurgião, aqui também é discutido se existe uma obrigação de meios ou de resultado, e a doutrina majoritária entende que a álea, neste caso, a que estão submetido o profissional e o paciente não é diferente das demais situações, sendo, portanto, obrigação de meios, também porque apenas possibilita a intervenção cirúrgica. (GONÇALVES, 2007, p. 404); (VENOSA, 2004, p. 124)

No entanto, deve ser levado em conta se a cirurgia era programada ou se foi de emergência, pois no primeiro caso, o anesthesiologista teve tempo para avaliar corretamente o caso e o paciente, e quando for uma situação emergencial, não haverá tempo para tal, devendo ser observada a situação que foi enfrentada pelo profissional. (VENOSA, 2004, p. 123-124)

Dessa forma, se houve oportunidade para prévia avaliação, a responsabilidade será de resultado, de acordo com Guilherme Chaves Sant'ana. (p. 133 *apud* GONÇALVES, 2007, p. 404)

Fato importante que vem ocorrendo na medicina, devido aos avanços tecnológicos, aprimoramento das técnicas cirúrgicas e múltiplas especialidades, é a divisão de tarefas entre os médicos em uma cirurgia. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 397) O problema surge, no entanto, quando ocorre alguma falha durante a operação, sobre quem recairá a responsabilidade.

Já se sabe, contudo, que o anestesista responde individualmente nos períodos pré e pós-operatórios, pois ele é autônomo e seu campo de atuação é distinto do cirurgião, além de

ser ele quem fará a anamnese do paciente, avaliará as condições deste e deverá acompanhá-lo durante todo o tempo, até sua recuperação.. (Ibid, p. 141); (GONÇALVES, 2007, p. 403); (VENOSA, 2004, p. 123)

Assim, tem-se os deveres do anestesista para com o paciente:

a) preparar o paciente, no campo médico e psicológico: prever possíveis dificuldades, acalmar o doente, conquistar-lhe a colaboração e confiança, preparar-lhe o organismo para o ato cirúrgico, escolher o anestésico mais conveniente; b) vigiar, de perto, o estado do paciente, durante a intervenção: observar os mais leves sintomas, saber exatamente o grau que a anestesia atingiu, verificar as reações nervosas, o ritmo da respiração, a pressão sanguínea; c) evitar todas as complicações possíveis: espasmos de laringe, convulsões, perturbações cardíacas ou respiratórias; d) após o ato cirúrgico, sua missão é ainda mais delicada: auxiliar o paciente a voltar a si, evitar acidentes com a obstrução das vias respiratórias, as manifestações de choque e ministrar-lhe líquidos fisiológicos. (SANT'ANNA, p. 133-153 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 140)

Quanto à responsabilidade dentro da sala de cirurgia, dependerá caso a caso, podendo haver culpa concorrente. Portanto, todos os dados devem ser analisados pelo juiz, uma vez que qualquer um pode ser responsável, desde o nosocômio até um enfermeiro. Assim, o quadro é de difícil análise. (GONÇALVES, 2007, p. 403-404); (KFOURI NETO, 1998, p. 141) “Na dúvida, devem todos os que participaram da operação responder solidariamente.” (VENOSA, 2004, p. 124)

Logo, sabendo-se que o anestesista pode cometer erros de “diagnóstico (avaliar o risco anestésico, a resistência do paciente), terapêutico (medicação pré-anestésica ineficaz, omissões durante a aplicação) e de técnica (uso de substância inadequada, oxigenação insuficiente, etc.)” (GONÇALVES, 2007, p. 404), devem-se distinguir as responsabilidades numa sala de cirurgia, sendo do membro da equipe que deu causa ao evento.

Para René Savatier, o médico-chefe é presumido responsável à princípio, pois ele encontra-se no comando dos trabalhos (RSTJ 97/187 *apud* CAVALIERI FILHO, p. 398), mas não o será devido a falhas específicas do anestesista, já que este é autônomo, como já foi dito.

Pode, então, o anestesista ter sido imposto pelo hospital ou ser parte integrante da equipe médico-cirúrgica. Caso sejam profissionais autônomos, cada um será responsabilizado pelo próprio ato. Será, por outro lado, abrangido pela culpa *in eligendo*, respondendo solidariamente, o cirurgião-chefe que tenha escolhido o anestesista, desde que comprovado o dano, a culpa e o nexo causal. O mesmo ocorre se são empregados do hospital, respondendo este pelos seus prepostos. (GONÇALVES, 2007, p. 404); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 397)

Entretanto, outra opção é o paciente escolher o anestesista que participará de sua cirurgia. Neste caso, este será responsabilizado individualmente e indvidosamente. (GONÇALVES, 2007, p. 404)

Com relação aos auxiliares tanto do anestesista quanto do cirurgião, se estes os escolheram, tornar-se-ão responsáveis pelos atos dos seus prepostos mas, se foram impostos pelo hospital, a responsabilidade será deste, por culpa *in eligendo*, a menos que a ordem tenha sido mal dada ou que tenha sido executada sob a fiscalização do médico-chefe. (GONÇALVES, 2007, p. 404); (KFOURI NETO, 1998, p. 141)

Destarte, o cirurgião-chefe pode ser responsabilizado pelos seus atos, intervindo diretamente no paciente, nas orientações que transmitir, pelos seus preposto e solidariamente.

Da mesma forma como já mencionado, para que o magistrado possa fazer a análise da responsabilidade no caso concreto, deverá recorrer ao modo de aferição *lex artis ad doc* e, também, retroagir, hipoteticamente passo a passo, juntamente com outro profissional médico a fim de se averiguar o ponto do qual resultou o dano. Caso, da análise hipotética não se consiga prever o resultado danoso ocorrido, não terá o anestesista infringido dever de cuidado objetivo. (KFOURI NETO, 1998, p. 139)

4 RESPONSABILIDADE HOSPITALAR

A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares, antes tradicionalmente abordada pelo Código Civil, comparando-a à responsabilidade dos hotéis e hospedarias (estabelecido no artigo 932, inciso IV do referido Código de 2002), foi aos poucos sendo abrangida, pela jurisprudência, pelo Código de Defesa do Consumidor, em face do seu artigo 14. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 404)

Assim, com base neste último, o hospital é identificado como um fornecedor de serviços, tem responsabilidade contratual e, portanto, responde objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes (fato do serviço), havendo presunção de culpa, bastando, dessa forma, o dano e o nexa causal. (Ibid, p. 404); (SOUZA, 2006, p. 64)

Sabe-se, também, que quando há presunção de culpa, há, doutrinariamente, inversão do ônus da prova. Assim, caberia ao hospital provar que não agiu com culpa.

Para melhor explicitar, fato do serviço, mencionado acima, vem a ser um acidente de consumo advindo de um fato gerador ou defeito do serviço fornecido pelo mercado. No caso em análise entende-se como um acontecimento real que, por causa de um defeito do serviço (suposto erro médico ou hospitalar), causou danos materiais ou morais ao consumidor. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 404- 405)

Nesse sentido, para que fosse garantido ao consumidor um serviço sem defeito, sem acidente de consumo, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu no seu artigo 14, §1º, que caso o defeito venha a ocorrer, o fornecedor deve responder pelo fato de ter disponibilizado ao consumidor um serviço defeituoso, com culpa e defeito presumidos (artigo 14, §3º, inciso I do mesmo código). (Ibid, p. 405)

Ainda, o mesmo código é claro ao definir que a responsabilidade baseada na culpa será apenas para a “responsabilidade pessoal” dos profissionais liberais. Assim, como explicita Carlos Roberto Gonçalves, se um médico tem vínculo empregatício com um estabelecimento hospitalar, este responderá objetivamente, sendo igualado a um prestador de serviços (2007, p. 410), nos termos do artigo 14, *caput*, do referido código, *in fine*: “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.”

Entretanto, se o profissional apenas utiliza tal estabelecimento para internar seus pacientes particulares, a própria pessoa do médico responderá pelos erros que cometeu, exclusivamente, não recaindo a responsabilidade sobre o hospital. (Ibid, p. 410)

Contudo, os tribunais têm decidido no sentido de que, quando se tratar de serviço prestado pelo médico do hospital, suposto erro médico, como citado acima, a responsabilidade será baseada no artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, citado anteriormente neste trabalho. Pode ocorrer da vítima pedir reparação de danos ao hospital, devendo ser, neste caso, comprovada a culpa médica. Além disso, obtém o estabelecimento, direito de regresso com relação ao médico, uma vez que foi ele o causador do fato. (SOUZA, 2005, p. 64-66)

Apenas será nos termos do *caput* do mesmo artigo 14 (responsabilidade objetiva) quando se tratar de serviço do hospital propriamente dito (atribuições de um estabelecimento hospitalar, como acomodação, nutrição, transporte de enfermos, entre outros), respondendo este, inclusive, pelos atos de seus prepostos. (Ibid, p. 64-65)

Assim, em situação de dano provocado por “erro no atendimento ao paciente causado, supostamente, por um defeito em um dos serviços do hospital”, este responderá objetivamente por ato de seu preposto, mesmo este tendo agido sem a presença do elemento da culpa, ressaltando que o direito de regresso também vigora aqui, desde que seja provada a culpa do preposto. (Ibid, p. 65)

Desta forma, vigora o artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saber: “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.”

Um excelente artifício que pode ser utilizado, processualmente, pelo estabelecimento hospitalar, seria a figura da denúncia da lide, a fim de apontar quem teria sido o real garantidor pelos danos alegados pelo autor da ação.

Vale ressaltar ainda que, conforme entendimento jurisprudencial, os laboratório de análises clínicas, bancos de sangue e centros de exames radiológicos possuem responsabilidade objetiva, mas de resultado e se caracterizam como prestadores de serviços. (GONÇALVES, 2007, p. 410)

Outrossim, cabe pontuar que essa responsabilização civil do hospital é respaldada na obrigação de meio que este tem para com o paciente, já que aquele não tem o dever de curar este, como já foi dito anteriormente. (SOUZA, 2006, p. 66)

A responsabilidade das atividades hospitalares propriamente ditas, fundamenta-se na obrigação de resultado, dizendo os doutrinadores que há uma cláusula implícita de incolumidade entre paciente e estabelecimento. Portanto, este possui como dever manter aquele ileso durante sua estadia hospitalar, “a salvo de outros danos que não os decorrentes - se ocorrerem - dos atos médicos”. (Ibid, p. 66)

E por último, diz-se que a responsabilização que o hospital tem pelos seus prepostos é baseada nas responsabilidades *in eligendo* e *in vigilando*, já que não deixa de ser obrigação do estabelecimento escolher seus empregados, vigiar e fiscalizar os trabalhos destes, respondendo pelas ações dos mesmos em caso de dano. (Ibid, p. 66)

Mesmo que tenha havido insucesso na cirurgia ou tratamento, o hospital responderá apenas quando for apontado o defeito no serviço prestado (fato gerador), caso este tenha ocorrido. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 405)

Decorrente disso, pode-se acrescentar que a responsabilidade será excluída somente quando inexistir defeito do serviço (artigo 14, §3º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor). Mas, para tanto, o hospital ou médico deverão provar que o dano decorreu de outras causas - como condições próprias do paciente ou fato da natureza - que não por essa. (Ibid, p. 405)

Ademais, a responsabilidade solidária continua a existir na hospitalar, estendendo-se a outras entidades as quais os médicos possam estar relacionados, como empresas prestadoras de serviços de saúde (seguro de saúde, planos de saúde, ou outros) e a todos os participantes do atendimento hospitalar, inclusive, quando há concausas simultâneas, sendo neste caso, responsáveis todos os que de alguma maneira ocasionaram o dano (artigo 942, caput e parágrafo único do Código Civil de 2002). (SOUZA, 2006, p. 66-67)

No entanto, quando se está diante de planos de saúde privados e os médicos e hospitais foram escolhidos livremente, a responsabilidade será direta do hospital ou médico, não respondendo a seguradora, já que o efeito danoso não foi ocasionado por sua atuação. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 406- 407)

Já, quando os profissionais e estabelecimentos são próprios da seguradora, ou credenciados, ocorre o previsto anteriormente, com esta também respondendo, sendo uma “responsabilidade solidária entre todos os participantes da cadeia de fornecedores do serviço”. (artigos 932, inciso III do Código Civil de 2002 e 34 do Código de Defesa do Consumidor). (Ibid, p. 406- 407)

4.1 Hospital público

Inicialmente, atente-se para o fato de que, para que um hospital seja considerado público, é necessário que atenda integralmente aos pacientes, incluindo desde a admissão, hospedagem, internação até a assistência médica geral, ou seja, possui todas as funções de um hospital. (SOUZA, 2006, p. 73-74)

Como já visto, a responsabilidade hospitalar tem caráter objetivo, e assim não deixa de ser o hospital público, em função dos artigos 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e 43 do Código Civil de 2002. Entretanto, vê-se a presença de aspectos subjetivos, conforme artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, relacionando os profissionais liberais.

Ocorre que, quando estes atuam em hospitais públicos, a relação de subordinação preponente-preposto não é bem definida. Em função disto, argumenta-se que deve existir a necessidade de culpa no agir do médico para que haja a responsabilização da entidade hospitalar. (Ibid, p. 69-70)

Assim, como existem características peculiares nessa relação dos hospitais públicos, a doutrina denominou essa responsabilidade de “teoria do risco administrativo”, que vem sendo utilizada pela jurisprudência e, embora tenha evoluído da teoria do risco integral, não pode ser confundida com ela, uma vez que essa não prosperou quando aplicada à entes públicos devido a sua radicalidade. (Ibid, p. 70-73)

Enquanto a teoria do risco integral aponta sempre o ente público como responsável pelos prejuízos experimentados por seus usuários, mesmo que estes ou terceiros fossem os reais causadores dos danos, a teoria do risco administrativo permite ao ente a demonstração de culpa total ou parcial da vítima no evento danoso, excluindo ou atenuando a sua própria, ocasionando sua isenção integral ou parcial na indenização. (Ibid, p. 71-73)

Ou seja, o ônus probatório na responsabilidade do hospital público, “no que tange à sua exclusão como responsável pelo ressarcimento dos danos causados ao usuário”, cabe ao próprio hospital. (Ibid, p.74)

Isto posto, cita-se ensinamento do mestre Hely Lopes Meirelles, a fim de conceituar a teoria do risco administrativo, que vem a ser a “obrigação de indenizar o dano só do ato lesivo e injusto causado à vítima pela administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes”. (1998, p. 532 *apud* SOUZA, 2006, p. 70)

Logo, tem-se demonstrado as causas de exclusão da responsabilidade do hospital público quando ficar comprovada culpa exclusiva de terceiro ou do usuário do serviço. Mesmo elas não estando mencionadas no Código de Defesa do Consumidor, este permite que sejam presumidas, inclusive em caso de dano causado por hospital público e no terreno da teoria do risco administrativo. (SOUZA, 2006, p. 73-75)

5 ERRO MÉDICO

“ Um erro claramente reconhecido é, a título de corretivo, tão precioso para a ciência quanto a verdade.”

Ernst Mach

5.1 Análise

Quando se fala em “erro médico”, o conceito popular é amplo, mas seu embasamento é no fato de que simplesmente o médico errou, ou seja, que este teve um insucesso diagnóstico-terapêutico ou na conduta médico-paciente. (COUTINHO, 1997, p. 11)

Entretanto, apenas pode ser caracterizada a conduta médica como erro caso seja provada a existência de dolo ou culpa, e não foi advindo de uma exclusão da culpabilidade, como o caso fortuito.

E para que seja mais facilmente analisado a existência do erro, criou-se espécies do mesmo, a fim de se saber onde ocorreu o erro, se realmente foi um erro, o que poderia ter sido feito para evitá-lo ou o contrário.

O erro ocorre em todas as profissões, com os médicos também, pois são pessoas, e como qualquer outro profissional utilizam-se de ampla experiência e memória. A diferença, porém, é que o médico não lida com máquinas, mas pessoas, com a vida humana, e em situações muitas vezes imprevisíveis. E como a fatalidade está presente na prática médica, o erro do médico torna-se mais exposto, dramático. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 395); (MORAES, 1995, p. 219-220)

Assim, erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana, e erro médico é a falha do médico no exercício da profissão. Será escusável quando invencível à mediana cultura médica. (COUTINHO, 1997, p. 11); (MORAES, 1995, p. 220); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 394)

Dessa forma, “a oportunidade de ocorrer erro médico está em todo o decurso do relacionamento médico/paciente.” (MORAES, 1995, p. 225)

Pode-se analisar o erro mediante 3 (três) aspectos, o do médico, o do paciente e o do jurista. Tratando-se do médico, deve-se ressaltar, *a priori*, que o contrato é de meio e não de fim, cabendo ao médico, dessa forma, agir de todas as formas adequadas e cabíveis para

melhorar a saúde do paciente, mas não tem o dever de curá-lo. Por tal motivo, o médico deve ser manter atualizado com os avanços da medicina. (Ibid, p. 221-222)

Também não deixa de ser importante o fato de como o médico interage com o paciente e tecnicamente, para atentar o que deveria ou não ter sido feito ou dito. Sabendo-se disso, as falhas decorrem da falta de dedicação do profissional médico com relação ao seu meio, o que não é cobrado tão intensamente de outras profissões. (Ibid, p. 221-222)

Do ângulo do paciente, o que vale ressaltar é que este e seus familiares geralmente não entendem ou entendem mal as informações passadas a eles pelos médicos, e como o próprio paciente confunde a decepção de suas expectativas com erro médico, facilmente o resultado esperado pelo médico não é aceito pelo paciente, gerando um inconformismo. (Ibid, p. 220-221)

Além disso, os pacientes deveriam ter a consciência de que os problemas advindos de sua doença e a resposta do seu corpo ao tratamento médico são relativos ao modo de ser de cada um, pois interferem o estado psicológico da pessoa, os familiares, entre outros fatores. (Ibid, p. 220-221)

5.2 Espécies

5.2.1 Erro profissional, escusável ou técnico

Nem todos os mistérios do corpo humano já foram revelados pela ciência, pelo contrário, há muito ainda que não é sabido. Entretanto, pode-se falar que a ciência tecnológica em relação à medicina é bem avançada se comparada a 50 (cinquenta) anos atrás. Mesmo assim, como já foi frisado diversas vezes, o médico possui uma relação contratual de meios para com seu paciente.

E, como também frisado acima, o tratamento médico aplicado aos pacientes não depende do profissional médico, pois o organismo daquele interfere de diversas formas. Além do mais, como cita Irany Novah Moraes, “o erro só pode ser estimado pelo resultado”, e portanto, “o médico deve responder apenas pelo que depende exclusivamente dele”. (1995, p. 225)

De fato, aquela relação de meio é que acaba por proteger o médico de responder por algo que não deu certo por causa do paciente. (Ibid, 1995, p. 225)

Advém, portanto, dessa incerteza da arte médica, o erro profissional, e não o erro médico. (GONÇALVES, 2007, p. 405); (MORAES, 1995, p. 225) A distinção entre essas duas modalidades tem sido feita principalmente pelos magistrados pois, de acordo com Carvalho Santos, as questões puramente técnicas escapam à competência dos tribunais, devendo estes se limitarem a indagar, “da parte do médico, se houve imprudência, negligência ou imperícia, notória e manifesta, consistente em erro grosseiro capaz de comprometer a reputação de qualquer profissão.” (7 ed., p. 260-261 *apud* CAVALIERI FILHO, 2006, p. 394)

Este entendimento de Carvalho Santos também o é de Aguiar Dias, que utiliza a expressão “erro de técnica”, pois dá ênfase ao fato de os julgadores não poderem apreciar os fatos dessa ordem quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, são “passíveis de dúvidas e discussões.” (COAD, p. 10 *apud* GONÇALVES, 2007, p. 405)

Já para Irary Novah Moraes, falhas do técnico são aquelas que dependem exclusivamente do médico. (1995, p. 224)

Sendo assim, o erro profissional, como ainda é objeto de controvérsias científicas, é escusável, também, por ser intrínseco à deficiência da profissão e da natureza humana do paciente, e mesmo por se dar no exercício da profissão, a culpa não pode ser atribuída ao médico. (GONÇALVES, 2007, p. 405); (MORAES, 1995, p. 225)

Dessa forma, na definição do doutrinador Irary Novah Moraes, erro profissional se caracteriza “como sendo aquele contingente que decorre de falha não imputável ao médico e que depende das naturais limitações da medicina, que não possibilitam sempre o diagnóstico de absoluta certeza, podendo confundir a conduta profissional e levar o médico a se conduzir erroneamente.” (1995, p. 225)

Outrossim, como mencionado quando falou-se em culpa médica, esses dois tipos não devem ser confundidos. Uma distinção bem pontuada a respeito é a que faz Sergio Cavalieri Filho, pois diz que “há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta.” (2006, p. 394)

Vale ressaltar ainda o entendimento de Néelson Hungria, que pode ser inclusive, utilizado nos outros tipos de erro, *in verbis*:

“O médico não tem carta branca, mas não pode comprimir a sua atividade dentro de dogmas intratáveis. Não é ele infalível, e desde que agiu racionalmente, obediente aos preceitos fundamentais da ciência, ou ainda que desviando-se deles, mas por motivos plausíveis, não deve ser chamado a contas pela Justiça, se vem a ocorrer um acidente funesto.” (v. V, p. 186 *apud* CAVALIERI FILHO, 2006, p. 395)

5.2.2 Erro de diagnóstico e erro de conduta

Inicialmente, deve ser observado que é clara a dificuldade de se fazer um diagnóstico correto e, portanto, compreende-se a possibilidade do erro. E, outro ponto, é o fato de que o médico, seguindo as normas de seu código de ética, não pode errar a conduta, mesmo dispondo de diagnósticos genéricos e de probabilidade. (MORAES, 1995, p. 220/223)

A importância do diagnóstico em um tratamento médico se dá pelo fato do médico conseguir, através dele, elaborar todos os caminhos possíveis que o paciente pode tomar para restabelecer sua saúde. Diante disso, o profissional médico não deve tentar diagnosticar os sintomas do paciente rapidamente, pelo contrário, deve se utilizar de todos os artifícios médicos para constatar a anterior hipótese de uma doença.

Logo, é necessário um correto diagnóstico prévio, e não precipitado e impreciso, para que o médico peça os exames e o tratamento adequados aos sintomas narrados pela pessoa.

Assim, o verdadeiro mal será combatido e não ocorrerá do paciente, em razão de diagnóstico equivocado, ter sido submetido a tratamento inócuo e, por conseqüência, ter tido sua situação de saúde agravada. (GONÇALVES, 2007, p. 406)

Contudo, caso o médico tenha observado a existência de um diagnóstico equivocado, cabe a ele corrigi-lo, para que o desvio de rota seja menor e a quantidade de seqüelas por parte do paciente mínima. (MORAES, 1995, p. 223)

Apesar de tudo, devido ao avanço tecnológico da medicina e a conjectura da mesma, nesse tipo de erro é admitido e aconselhável a indulgência na apreciação de inúmero erros, sobretudo no que se refere à diagnose. (MAGALHÃES, 1946, p. 142 *apud* CAVALIERI FILHO, 2006, p. 395); (GONÇALVES, 2007, p. 405)

Sendo assim, deve existir maior rigor na análise da responsabilidade dos médicos na questão do diagnóstico, para que não haja erro. (GONÇALVES, 2007, p. 405-406)

Um posicionamento muito importante acerca do assunto é do professor Carrara, que afirma que “para que el error de diagnóstico pueda asumir los caracteres de culpa punible, es preciso que sea craso, es decir, que dependa del descuido de normas comunes de semiología, o de falta de elementales conocimientos de patología y de clínica”. (1956, p. 539 apud CAVALIERI FILHO, 2006, p. 396)

Tendo isso analisado, cabe especificar o erro de conduta com relações a diagnósticos que, por necessidade, têm que ser realizados logo, em situações de urgência, mas devem estar acompanhados de competência para tal. (MORAES, 1995, p. 164)

Por isso, é consenso no meio médico que se pode errar o diagnóstico, porém, não a conduta. (Ibid, p. 163)

Dessa forma, o médico deve ser capaz de tomar decisões corretas e de bom senso quando for preciso realizar medidas urgentes, não devendo retardá-las, a fim de proteger o bem maior, a vida do paciente, sem, entretanto, estar hábil para realizar um diagnóstico preciso no momento. (Ibid, p. 164)

Contudo, pode haver que, se mais de um médico consultar o mesmo paciente, devido às diferenças de culturas, aprendizados, haja divergência de conduta entre eles, todavia, não significa que eles tenham cometido um erro. (Ibid, p. 166)

O que, também, pode levar a um erro de conduta são resultados de exames que apresentem falso negativo ou falso positivo, o que não deixa de ser um resultado errado, onde o primeiro seria quando o exame não revela uma doença que o paciente tem, enquanto o positivo mostra uma doença que o paciente não tem. E em ambos os casos, as consequências podem ser desastrosas e irreparáveis. (Ibid, p. 167)

5.2.3 Erro culposo e erro doloso

Parte-se do pressuposto que nenhum médico, ou qualquer outro profissional, em plena consciência e sanidade mental, cometeria voluntariamente um erro. Caso ocorresse, seria inadmissível, pois não se permite o simples erro deliberado, levando-se em consideração toda a preparação pela qual passa todos os profissionais médicos.

Por esses motivos, tem-se decidido que o erro doloso, aquele cometido voluntariamente, onde o agente tem a intenção de praticar o erro, é inconcebível, tratando-se, dessa forma, de crime. (MORAES, 1995, p. 222)

Analisando a doutrina, também verifica-se que em todos os casos de erro médico que passaram pelo crivo dos Conselhos de Medicina e da Justiça, nenhum médico foi condenado por erro doloso, mas sim por culposo.

Neste caso, erro culposo é aquele “cometido por ação ou omissão e trata-se de uma violação ou inobservância de uma regra de conduta que produz lesão ou dano ao paciente.” (Ibid, p. 222)

Em suma, pode-se dizer que inexistente erro doloso, ou melhor, que afastando a possibilidade de se tratar de inimputabilidade do médico devido à perturbação de sanidade mental ou desvio de personalidade, o que há é o erro culposo. (Ibid, p. 223)

5.2.4 Erro grosseiro

“É a forma inadvertida, imprecisa e incapacitante de quem, por falta de mínimas condições profissionais, se permite o erro desavisado.” (PANASCO, 1984, p. 59)

Mister se faz que não se confunda com erro profissional, uma vez que este é advindo do risco profissional e não de uma total transgressão das normas do comportamento médico, como é o erro grosseiro. (Ibid, p. 59)

Essa conduta simplesmente fere o entendimento do homem comum.

5.2.5 Erro deliberado para prevenir mal maior

Esta classificação de erro é aquela caracterizada quando é autorizado ao médico realizar condutas sem o consentimento do paciente, em caso de iminente perigo de vida, já citado anteriormente quando falou-se da relação médico-paciente.

Neste caso, quando vê-se configurado o perigo, “o mal maior sobrepõe-se ao outro”. Mas, o médico continua tendo que tomar certas providências, tais como comunicar ao juiz o

procedimento e pedir para a família acompanhar as condutas a serem realizadas, pedindo seu consentimento e atestando isso por escrito, em documento, passando a responsabilidade para ela e isentando o médico de qualquer culpa. (MORAES, 1995, p. 223-224)

Isto tudo deve ocorrer, pois diminui grandes chances de o médico ser processado por omissão de socorro, quando deixou de realizar o procedimento maior, ou por ter sido negligente ou imprudente, quando não observou com cuidado as decisões tomadas. Diminui, pois nada impede que a família venha reclamar futuramente dos atos realizados, na Justiça. (Ibid, p. 224)

5.3 Iatrogenia

Atente-se, *a priori*, para o fato de que “todo procedimento médico tem um potencial de trazer para o paciente uma complicação, por mais leve que seja”, e outros que são certos de causarem seqüelas ao paciente, entretanto, “precisam ser realizados em razão de não existir outro tratamento para aquele mal”. (COUTO FILHO e SOUZA, 2001, p. 49)

Sabendo-se disso, iatrogenia é a palavra usada para indicar “quaisquer doenças ou danos causados a alguém por um ato médico, seja ele terapêutico ou cirúrgico.” (Ibid, 2001, p. 47) Melhor dizendo, prejuízos causados por ação ou omissão médica, em pessoas sadias ou doentes, porém, de óbvia intenção benéfica, e cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados (MORAES, 1995, p. 196); (GONÇALVES, 2007, p. 405)

Tem-se dois tipos de iatrogenia, a *lato sensu* e a *stricto sensu*, sendo a primeira englobada tanto pelo atuar correto, lícito, quanto o incorreto, ilícito, ou seja, por atos negligentes, imprudentes ou imperitos, com culpa, que não isenta o médico de ser responsabilizado. (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 33); (COUTO FILHO e SOUZA, 2001, p. 48) A segunda é que se passa a descrever adiante.

Antes disso, deve-se ressaltar para a divisão realizada por José Rodrigues Louzã e Marco Segre. Eles a dividem em 3 (três) tipos, a saber:

no primeiro enquadram-se as lesões previsíveis e também esperadas, pois o procedimento proposto implica resultado com seqüela. No segundo, agrupa-se o resultado previsível, porém inesperado para o caso, mas que decorre do perigo inerente a todo e qualquer procedimento. (...) No terceiro, encontram-se os resultados decorrentes de falhas do comportamento humano no exercício da profissão, falhas passíveis de suscitar o problema da

responsabilidade legal do médico. (1985, p. 9-14 *apud* MORAES, 1995, p. 196)

Tendo isso exposto, volta-se a analisar a iatrogenia *strico sensu*, que a doutrina define ser o acontecimento que pode ser até previsível, mas inevitável. Isto é, é aquela causada pelo atuar correto do médico, e de seu agir cauteloso, de acordo com normas e princípios ditados pela ciência médica. (COUTO FILHO e SOUZA, 2001, p. 48); (COUTO FILHO e SOUZA, 2002, p. 33)

Pode ocorrer, que mesmo deste procedimento correto do médico advenha alguma lesão ou dano ao paciente, mas o médico não poderá ser responsabilizado, devido ao seu agir correto. (Ibid, p. 49-50)

Dessa forma, chega-se a alegar que este tipo de iatrogenia é um caso de força maior, capaz de quebrar o nexo causal entre o dano e a atuação médica (Ibid, p. 49-50)

A hipótese em que, mesmo havendo lesão iatrogênica, o nexo causal não será afastado é o caso em que o profissional médico não cumpre o dever de informar o paciente, sendo, neste caso, um serviço defeituoso, negligente. (Ibid, p. 50-51)

Outrossim, existem as complicações ou intercorrência médicas, relativas a cada paciente, pois são advindas de reações dos organismos destes e, embora não deva ser confundido com a iatrogenia, assim como essa, também não há que se falar em erro médico ou obrigação de indenizar. (Ibid, p. 51)

6 PROVA DO ERRO MÉDICO

Como em qualquer ação judicial, naquelas propostas devido a ocorrência de erro médico, também, o exame dos fatos e de sua adequação ao direito objetivo será feita pelo magistrado a fim de solucionar o litígio, devendo esse, ser imparcial. (THEODORO JÚNIOR, 1990, p. 445 *apud* MATIELO, 1998, p. 159)

Assim, cabe ao autor da ação, através de provas lícitas, previstas na legislação, como documental, testemunhal, pericial, inspeções, comprovar que os fatos narrados por ele na petição inicial são verdadeiros. Somente caberá à parte ré a incumbência do ônus probante quando for a responsabilidade objetiva, como já demonstrado anteriormente neste trabalho. (MATIELO, 1998, p. 159-161)

Entretanto, como o atendimento ao paciente no ramo da medicina é realizado em ambientes estranhos ao comum das pessoas, devido à própria finalidade da medicina, cria-se empecilhos naturais para a obtenção dessas provas por parte de terceiros, inclusive, tornando rara a ocasião onde existem testemunhas presenciando o dano. (Ibid, p. 160-161)

Por tal fato, foi observado por Fabrício Zamproga Matielo, que “é preciso que o Poder Judiciário oportunize amplamente aos lesados a produção das provas tendentes a demonstrar a ocorrência do erro médico apontado”. (1998, p. 160-161)

Outro dado importante analisado pelo juiz, já citado antes, é a questão de solidarizar a responsabilidade com todos os agentes que, de certa forma possam ter contribuído para a criação de condições inadequadas de prestação de serviço, devido a qualificação pessoal limitada, trabalho dificultado, precárias condições materiais, excesso de carga laboral, entre outros. (Ibid, p. 160)

Passará a ser analisada, portanto, os diferentes meios de prova.

6.1 Depoimento do réu

Esta é uma das mais importantes provas no processo, entretanto, ressalte-se que a avaliação do juiz não se dará apenas pela análise desta, mas pelo conjunto probatório.

Assim, o depoimento pessoal, previsto nos artigos 342 e seguintes do Código de Processo Civil seria nada mais do que a formulação de interrogatório pelo magistrado, de ofício ou a requerimento da parte contrária.

Em caso de não comparecimento ao depoimento, quando intimado, ou recusando-se a fazê-lo, estabelece-se a revelia, que nada mais é do que como se ele estivesse confessando o fato, sendo aplicada a pena desta.

E como já dito, o juiz analisará todas as provas em conjunto, e não apenas uma delas. Neste caso, pode ocorrer do magistrado confrontá-las e observar, através do depoimento, exatamente onde se deu o erro que causou o dano, pois essa prova mostra exatamente a visão e as ações tidas e tomadas pelo profissional que no momento é o réu. (Ibid, p. 162)

6.2 Prova documental

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, prova documental “é o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento”. (1990, p. 479 *apud* MATIELO, 1998, p. 163) Isto é, “toda e qualquer manifestação gravada em veículo apropriado e perceptível, e seu conteúdo, à visão ou à audição humanas”, “levadas a juízo exclusiva e diretamente pelas partes, seja qual for a sua origem”. (MATIELO, 1998, p. 163-163)

Caso esse mesmo tipo de prova seja confeccionado por especialistas, transformar-se-á em prova pericial. (Ibid, p. 163)

Do dever de informar do médico, por exemplo, podem surgir alguns tipos de documentos, como um guia de análise. E, os próprios estabelecimentos de saúde também possuem o dever de manter prontuários dos seus pacientes, atualizados. E é neste que geralmente se encontra todos os procedimentos adotados nesse, precisa e tecnicamente. (Ibid, p. 164-165)

Entretanto, pode ser que ocorra algum tipo de desleixo com relação ao prontuário, havendo discrepância entre o que de fato ocorreu e o que está ali relatado. Neste caso, a perícia seria fundamental, de forma a impedir injustiças para com a vítima. (Ibid, p. 164-165)

Outros exemplos que podem servir de documento são os vídeos das cirurgias ou procedimentos realizados, fotografias, laudos, radiografias, receitas assinadas pelos médicos, enfim, todo tipo de registro. (Ibid, p. 165-168)

Pode ser que o hospital dificulte a entrega desses materiais ao paciente e seus familiares, neste caso, podem esses provocar o judiciário para que a apresentação de tais documentos seja obrigada a acontecer. (Ibid, p. 164-166)

Quando o erro for devido à grafia errada nas receitas, a responsabilidade deverá ser analisada de acordo com a atuação de cada pessoa, do médico, do paciente ou do farmacêutico. “Sendo inescusável o erro na leitura e compreensão, responderá aquele que deveria ter apreendido o conteúdo da receita, mas deixou de fazê-lo adequadamente.” (Ibid, p. 168)

Advindo o erro da má leitura de radiografias, o que é obrigação absoluta no saber de um médico, inclusive devido à experiência habitual, estará caracterizada a culpa, pois “ao médico não é dado ignorar aquilo que tenha por dever científico indeclinável constatar, dentro de conhecimentos mínimos que lhe sejam ordinariamente exigíveis para o exercício da Medicina”. (Ibid, p. 168)

Não menos importante, a conduta do médico também deve ser avaliada, juntamente com os documentos, pois essa nunca pode ser equivocada, mas sim correta, observando-se as condições que o profissional tinha para trabalhar e solucionar o problema do paciente. (Ibid, p. 169)

Portanto, deve haver nexo causal entre o dano e o comportamento do médico, sendo este responsabilizado apenas quando for constatada atuação culposa na prova do erro médico. Para tal, o juiz deve reconstruir os fatos através dos documentos e provas disponíveis, apontando sobre quem cairá a responsabilidade. (Ibid, p. 169-170)

Cabe ressaltar que o *onus probandi* é do médico e que, na inexistência de prontuário, esse deverá demonstrar que o paciente foi devidamente informado e consentiu a respeito dos procedimentos, e que estes se apresentaram necessários. (Ibid, p. 165)

6.3 Prova testemunhal

Como já dito, é difícil de se obter esse tipo de prova em erro médico devido a estrutura e o ambiente que os estabelecimentos médicos necessitam para realizar seus procedimentos, entretanto, um meio que pode ser bastante eficiente é o acompanhamento do paciente nos locais em que isso é possível, como em consultas médicas, pois no futuro poderá ser preciso o seu testemunho acerca dos acontecimentos havidos.

Portanto, prova testemunhal é aquela “que se obtém através do relato prestado, em juízo, por pessoas que conhecem o fato litigioso”. (THEODORO JÚNIOR, 1990, v. I, p. 502 *apud* MATIELO, 1998, p. 170) Pessoas essas que podem ser enfermeiras, outros médicos, familiares ou até terceiros, desde que tenham presenciado os fatos e possam narrá-los, reconstituindo-os, isto é, “restituindo ao presente um evento que se deu no pretérito e de cujas características dependerá a solução da lide proposta”. (MATIELO, 1998, p. 170)

Também esse tipo de prova é chamado, pejorativamente, de prostituta das provas, pois como são pessoas revelando o que viram e ouviram, podem elas distorcer a realidade, dando o próprio ponto-de-vista. Contudo, ainda é o tipo de prova mais utilizado nas demandas indenizatórias, e sem o seu auxílio a maioria dessas causas não seria satisfatoriamente resolvida, já que é raro ter todos os acontecimentos registrados em documentos ou possíveis de passíveis de inspeção. (Ibid, p. 170-171)

6.4 Perícia

A perícia, considerada a “rainha das provas”, nas palavras de Moacyr Amaral Santos, é o “meio pela qual, no processo, pessoas entendidas, e sob compromisso, verificam fatos interessantes à causa, transmitindo ao juiz o respectivo parecer”. (1989, 2º vol., p. 474 *apud* MATIELO, 1998, p. 171); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 254)

Em outros termos, o perito deve ser profissional técnico, diplomado e especializado em sua área, e sendo perícia médica, naturalmente, o perito deve ser médico. Ele, através de um laudo, apresentará suas conclusões a respeito de procedimentos médicos e técnicos que são de interesse da justiça, em um processo judicial em andamento. (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 254); (MORAES, 1995, p. 256)

A finalidade da perícia vem a ser o estabelecimento do nexos causal entre o dano e a conduta médica, se esse realmente existiu, definir a previsibilidade e magnitude do dano,

avaliar possíveis concausas, os procedimentos aos quais a vítima foi submetida, a retidão e conveniência dos mesmos, a conduta do réu e mesmo arbitrar verbas de reparação, mas deve diferenciar erro de complicação e intercorrência. (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 258); (MATIELO, 1998, p. 172)

É vista como um meio de prova fundamental na análise de um erro cirúrgico, posto que a cirurgia permite a reconstituição dos fatos com muita precisão, bastando apenas que se refaça os procedimentos, sendo auxiliado pelas outras provas. (MATIELO, 1998, p. 172)

A anamnese pericial deve ser a bem detalhada, podendo o perito lançar mão de todos os recursos para executá-la bem, pois a lei exige que ela seja capaz de responder a todos os quesitos levantados, objetivamente. (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 258); (MORAES, 1995, p. 256-257)

A perícia tem natureza dupla, é um ato médico e processual. Pode ser pedida pelas partes, quando for cabível, por interessado ou pelo juiz, lembrando, porém, que o ônus probatório é do autor da ação. (MORAES, 1995, p. 256); (MATIELO, 1998, p. 172); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 253-254)

Ainda, é possível que se realize antes do ajuizamento da ação indenizatória, em uma “hipótese de risco de perda da oportunidade de demonstrar a situação que mostra visível apenas transitoriamente”, através de ação cautelar. (MATIELO, 1998, p. 172)

O perito é um auxiliar do juiz na busca da verdade real, não está a favor de nenhuma das partes, é uma pessoa física, e mesmo que pertença a uma jurídica, será aquele quem assinará o laudo. Destarte, ele pode opinar sobre dano estético, mas nunca sobre dano moral. (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 255/258)

Existe, também, a figura do assistente técnico, que são escolhidos pelas partes, cada uma possuindo um, e terá principal objetivo de fiscalização dos atos periciais, para que possa apontar eventual falha ou omissão nesses. (Ibid, p. 254)

Laudo vem a ser o relatório do perito, que será juntado aos autos, e “pode limitar-se a fornecer uma informação, ser conclusivo ou ser um esclarecimento de ordem técnica, dependendo da natureza da perícia”. (MORAES, 1995, p. 256)

Deve ser conclusivo, claro, objetivo e com forte embasamento, para que os julgadores, que não são *experts* nessa área, possam entendê-lo e chegar a uma conclusão de julgamento, se foi realmente um erro ou apenas infortúnio. (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 260-261); (MATIELO, 1998, p. 171)

Ressalte-se que não cabe ao perito a utilização das palavras negligência, imperícia e imprudência no laudo, pois são de uso do magistrado. Inclusive há proibição no Código de Ética Médica com relação a isso, no seu artigo 118. (Ibid, p. 260)

Caso venha a se constatar que no laudo há informações inverídicas passadas pelo perito, será enquadrado no artigo 147 do Código de Processo Civil, a saber: “O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer.”

Pode ainda, responder penalmente com base no artigo 342 do Código Penal, *in verbis*:

Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

De acordo com Júlio César Meirelles Gomes, José Geraldo de Freitas Drumond e Genival Veloso de França, os padrões médico-legais na perícia do erro médico variam, baseando-se nos interesses analisados, que podem ser de natureza civil, penal e administrativa. (2001, p. 173)

Assim, na natureza civil “procura-se estimar o dano sofrido como bem pessoal patrimonial, a fim de reparar através de um montante indenizatório as perdas físicas, funcionais ou psíquicas causadas à vítima”, na natureza penal evidencia-se o “*corpus criminis* (corpo da vítima), o *corpus instrumentorum* (o meio ou a ação que produziu o dano) e o *corpus probatorum* (o conjunto dos elementos sensíveis do dano causado)”. E na administrativa, o importante é o dever de conduta do acusado. (Ibid, p. 173-177)

Dessa forma, como já mencionando nos outros tipos de prova, o juiz tem liberdade para analisar as provas, podendo descartar alguma (s). Assim, não necessariamente ele se embasará, também, no laudo pericial. Entretanto, foi observado que quando a solução é baseada por análise, inclusive, da perícia, a tese vitoriosa é exatamente a demonstrada por ela. (MATIELO, 1998, p. 173)

7 DANO MÉDICO

Dano é o prejuízo sofrido por uma pessoa devido a uma alteração causada por outrem ou memo por força da natureza, mas, para que este dano seja de interesse jurídico, deve ocorrer através da inobservância de uma norma jurídica preexistente. (DE CUPIS, p. 5-6 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 92); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 207)

Como já dito, portanto, para que seja configurada a responsabilidade civil, mister se faz a presença do elemento do dano, já aquela pode haver sem culpa mas não sem dano, ou não haveria motivo para reparação, caracterizando enriquecimento ilícito. (LOPEZ, p. 167 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 92); (NIGRE e ALMEIDA (coord.), 2007, p. 208)

Assim, os danos médicos indenizáveis podem ser admitidos por quaisquer modalidades de responsabilidade civil, abrangendo os danos físicos ou corporais, materiais ou patrimoniais e os morais, que incluem os danos estéticos. (KFOURI NETO, 1998, p. 92-93)

7.1 Dano moral

Não há muito mais o que se falar a respeito de dano moral uma vez que já foi previamente analisado em um dos capítulos antecedentes. Entretanto, faz-se uma breve explanação.

Vale conceituar novamente dano moral, que nas palavras de Artur Oscar de Oliveira Deda é “a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial” (*apud* CAHALI, p. 7 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 105-106), “que repousa na existência de mágoa sofrida pela vítima”, possuindo finalidade compensatória. (PEREIRA, 1999, p. 316-317)

Ressalte-se, também, que possui caráter punitivo e compensatório.

De acordo com a nova Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o dano moral não é mais somente abrangido pelo dano à psique humana, mas distingue-se em sentido estrito e sentido amplo. No primeiro, dano moral, é violação do direito à dignidade, defendido constitucionalmente. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 101)

Neste caso, pode haver ofensa à dignidade sem dor, vexame ou sofrimento, como também pode haver esses sentimentos sem que haja violação da dignidade. (Ibid, p. 101)

Quando são englobados os novos direito da personalidade, ou seja, aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade, tais como a imagem, reputação, sentimentos, aspirações, hábitos, gostos, relações afetivas, direitos autorais, entre outros, o dano moral é caracterizado em sentido amplo, abrangendo “todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada”. (Ibid, p. 102)

Assim, não mais se restringe o dano moral à essência do ser.

Outrossim, o dano pode ser interno e externo. O primeiro se dá quando repercute apenas para o ofendido, de maneira subjetiva, isto é, este sente-se diminuído em sua auto-estima e valoração. No externo, a imagem da pessoa é depreciada objetivamente pela sociedade, repercutindo negativamente na pessoa, aumentando seu sofrimento.

7.2 Dano estético

Dano estético é relacionado diretamente à estética pessoal, é uma lesão à harmonia das formas externas de alguém, causando vergonha à pessoa, agredindo sua auto-estima e que pode até causar complexo de inferioridade e rejeição social. É um dano extrínseco, que afeta a personalidade, o patrimônio da aparência e modifica esta, piorando-a, com relação ao que era antes. (KFOURI NETO, 1998, p. 93-94); (SOUZA, 2006, p. 55); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 122-123); (NIGRE e ALMEIDA, 2007, p. 208)

Não precisam ser apenas deformidades que causem o aleijão e repugnância, mas abrange, também, pequenas e defeitos físicos que causem desgosto à vítima, ainda que mínimos, mas que, de alguma forma, incomode a pessoa, pois esta terá consciência da presença do defeito, trazendo sofrimento psicológico. (SILVA, p. 115 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 249-260); (SOUZA, 2006, p. 55-56); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 122-123)

Assim, para que seja caracterizado o dano estético, a lesão deve ser permanente, duradoura, definitiva, imutável até para novos procedimentos que venham a surgir, caso contrário será enquadrada em perdas e danos habituais, restauração *ad integrum* da aparência do lesado ou mesmo enriquecimento ilícito. Por isso, a avaliação do dano deve ser feita o

mais tardar possível, já que a lesão pode atenuar-se e é necessário sua irreversibilidade para que haja indenização. (KFOURI NETO, 1998, p. 94-95); (SOUZA, 2006, p. 56-57)

Caso ocorra a *resitutio ad integrum*, ainda é cabível dano moral pelo período de sofrimento psicológico experimentado pela vítima, enquanto esta tinha a deformidade. (SOUZA, 2006, p. 57)

E, sendo um direito personalíssimo, no Brasil, somente a vítima de dano estético pode ser titular do direito de reparação. (KFOURI NETO, 1998, p. 95); (SOUZA, 2006, p. 56)

Para que este seja bem avaliado judicialmente, no momento de se definir a indenização serão observados a extensão dos danos, a localização, a possibilidade de completa (ou parcial) remoção, as características pessoais da vítima e as restrições de ordem pessoal decorrentes da irreparabilidade da lesão. (KFOURI NETO, 1998, p. 94)

Vale ressaltar que, como bem frisa Teresa Ancona Lopez de Magalhães, não se deve falar em reparação natural, nem em indenização propriamente dita, mas em “compensação, como forma de restabelecer uma situação que se havia modificado, em função de prejuízo ou dano causado”, já que “não há ressarcimento mas compensação ou benefício de ordem material, que permite ao lesado obter confortos e distrações que, de algum modo, atenuam sua dor”. (p. 115-116 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 95)

Entretanto, ainda é questão de discussão doutrinária se o dano estético seria uma terceira espécie de dano ou apenas uma modalidade de dano moral.

Doutrinadores como Teresa Ancona Lopes de Magalhães, Caio Mário da Silva Pereira, Sergio Cavalieri Filho e Neri Tadeu Câmara Souza posicionam seus pensamentos no fato de que dano estético é modalidade de dano moral, diferenciando-se apenas na questão de seus arbitramentos, posto que sendo o dano moral mais grave e duradouro, deve obter uma quantia mais expressiva como reparação.

Inicialmente, admitia-se a cumulação dos danos material e estético pela doutrina e jurisprudência, em seus aspectos morais, em seguida, decidiu-se que não mais se cumulariam, uma vez que o estético compreenderia o moral ou importaria em material. E, finalmente, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no verbete sumular de número 37, admitindo a cumulabilidade dos danos moral e material. (SOUZA, 2006, p. 57); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 123)

Vê-se o mesmo na orientação jurisprudencial das Turmas da Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça, sendo permitido a cumulação de danos moral e estético se,

no entanto, suas causas forem inconfundíveis e passíveis de apuração em separado. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 123)

Assim, a jurisprudência também estabelece que o dano estético tem indenização independente do dano moral, não estando incorporados, mas sua determinação “é complexa para o agente responsável pela prestação jurisdicional”. (SOUZA, 2006, p. 57-60)

Desta forma, o entendimento que permanece predominante é que dano moral e estético são distintos, sendo este alterações visíveis, físicas, que causam repulsa e agride à visão, e o primeiro seria a dor psíquica a qual a vítima é submetida. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 123-124)

7.3 Liquidação do dano médico

Estabelecida a existência do nexo causal entre o dano e o prejuízo, vê-se caracterizada a responsabilidade civil e, portanto, a obrigação do devedor de indenizar o credor em espécie, o que nem sempre é possível, pois depende da natureza do dano. (PEREIRA, 1999, p. 310)

Assim, nesses casos não há que se falar em reparação em espécie, sendo a prestação convertida em perdas e danos, que como já mencionado anteriormente, compreende os danos emergentes, o que a pessoa efetivamente perdeu, e o lucro cessante, o que ela deixou de lucrar. (Ibid, p. 310/316)

Certos aspectos merecem ser ressaltados com relação a esse assunto. O primeiro seria o fato de que “a prestação devida e não cumprida não se transforma em perdas e danos”. E outro ponto é a questão de que a indenização deve apenas reparar o dano direto e concreto causado, e não o indireto ou remoto, ressarcindo-o, integralmente, não podendo nunca ser inferior a esse nem superior, ou estaria-se caracterizando enriquecimento ilícito. (Ibid, p. 310-316)

Isto posto, tem-se a liquidação, que consiste em traduzir o dano em prestação, ou seja, determinar o *quantum* que será atribuído ao causador do fato para ressarcir o lesado. Atente-se que se este adimplemento não for espontâneo, será utilizado o recurso da execução. (Ibid, p. 316); (KFOURI NETO, 1998, p. 103)

Tendo-se a liquidação do dano, como esta é um dívida de valor, recairá sobre ela a correção monetária. Diz-se dívida de valor pois o pagamento de sua contraprestação oscila de

acordo com o valor corrente da moeda, estando sempre atualizado, a fim de que o devedor seja, realmente, ressarcido. (PEREIRA, 1999, p. 312-314)

7.3.1 Lesão Corporal

Há lesão corporal quando na vítima ocorre ferimento ou outra lesão à saúde. Neste caso, o ofensor será responsabilizado pelas despesas decorrentes dos tratamentos médicos e aparelhagem para suprir as deficiências do lesado, além de lucros cessantes, que abrange o que o ofendido deixou de ganhar até o fim da convalescença, atualizados monetariamente. (KFOURI NETO, 1998, p. 105); (PEREIRA, 1999, p. 318-319)

Dessa forma, para estabelecer uma quantia que venha a ressarcir integralmente o lesado sem, no entanto, constituir fonte de enriquecimento, o juiz deverá analisar a capacidade laborativa desse em relação ao *status quo ante*, se a vítima ainda a possui ou, se possui em escalar inferior, ou se depara-se com uma incapacidade temporária ou permanente. (PEREIRA, 1999, p. 319-320)

Vê-se que a indenização será concedida proporcionalmente, levando em consideração o prejuízo específico, sendo o objetivo, a mais completa reparação. (Ibid, p. 319-320); (KFOURI NETO, 1998, p. 105)

A incapacidade temporária é aquela “que atinge a vítima a partir do dia da lesão até que ocorra a completa recuperação para as suas atividades normais”, podendo ser total ou parcial, isto é, se tem aptidão para exercer alguma outra atividade ou não. E a permanente se dá quando as “seqüelas do sinistro se estabilizaram” e inexistente qualquer esperança razoável de recuperação. (PEREIRA, p. 320)

Neste caso, quando ocorre incapacidade laborativa, mesmo que parcial, o ressarcimento deverá englobar uma pensão equivalente ao que a vítima recebia de seu labor para o qual encontra-se, agora, incapacitado. (KFOURI NETO, 1998, p. 105)

Entretanto, se do mesmo tratamento médico ocorrer do lesado apresentar aleijão ou deformidade permanente, a soma indenizatória deverá ser duplicada. (Ibid, p. 105); (PEREIRA, 1999, p. 321)

7.3.2 Morte

Quando do erro médico resultar morte, a liquidação compreenderá as despesas de tratamento do falecido, seu funeral, luto da família e alimentos para aqueles que a vítima devia. (KFOURI NETO, 1998, p. 104); (PEREIRA, 1999, p. 322)

Ou seja, abrange todos os gastos hospitalares, despesas com o funeral e todo o necessário para que este se dê, desde que adequado à condição econômico-social do falecido, verba de alimentos para o cônjuge supérstite, filhos, descendentes e ascendentes, todos que dele dependiam. (KFOURI NETO, 1998, p. 104); (PEREIRA, 1999, p. 322)

O luto da família engloba o “período de nojo”, os “danos decorrente da privação do convívio do desaparecido, no seio familiar”. É tudo aquilo que possa martirizar a família e que esta teve que arcar, por isso deve haver os lucros cessantes. (KFOURI NETO, 1998, p. 104-105)

7.3.3 Dano moral

Como já destacado anteriormente, há a distinção de danos morais e patrimoniais, já analisados. Ver-se-á, neste tópico, a liquidação do dano moral, que ainda é fonte de discussão doutrinária e jurisprudencial.

Fato é que, o ressarcimento deve ter um limite razoável, evitando o enriquecimento sem causa, mas deve abranger o “prejuízo da afeição”, pois se apenas parte dos danos for indenizável, a solução não terá sido justa. Esse é o trabalho do magistrado, que deve apreciar até onde o lesado foi atingido além do dano material que sofreu. (PEREIRA, 1999, p. 317-318); (KFOURI NETO, 1998, p. 108)

Quando essa indenização é pleiteada por terceiro, devem ser analisados outros aspectos, como o grau de relacionamento para com a vítima, as circunstâncias de fato, se realmente existem (PEREIRA, 1999, p. 317) e a presença de “dor real e profunda” (MAZEAUD e TUNC, v. I, nº324 *apud* PEREIRA, 1999, p. 317), circunstância essa subjetiva (CHARTIER, nº204, p. 255 *apud* PEREIRA, 1999, p. 317).

Difícil é, no entanto, chegar-se à uma conclusão de como esse valor será obtido, já que se trata de dano moral, um dano psíquico. Sabe-se, apenas, que será arbitrado pelo juiz, de acordo com seus entendimentos, pensamentos, senso comum. Por esse motivo é que muitos juristas se posicionam contrários, mas não conseguiu-se chegar à uma conclusão. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 114); (KFOURI NETO, 1998, p. 108-109)

O princípio que o magistrado tem que ter em mente no momento do arbitramento é o já mencionado fato de que o dano não pode ser fonte de lucro, vinculando-se a outro princípio, qual seja o da lógica razoável, sensata e moderada. (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 115-116)

De muito valor são os parâmetros estabelecidos por Clayton Reis, na aferição do dano moral. Diz ele que:

No arbitramento da indenização em reparação de dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: 1. a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social do ofendido; 2. a intensidade do dolo ou grau de culpa do responsável, sua situação econômica e a sua condenação anterior em ação criminal ou civil fundada em abuso do exercício da liberdade de manifestação do pensamento ou informação; 3. a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou civil, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos em lei e independentemente de intervenção judicial e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo informante. (p. 84 *apud* KFOURI NETO, 1998, p. 110)

Outrossim, é indiscutível a cumulatividade do dano moral e material, reconhecido tal fato pelo Superior Tribunal de Justiça, em seu verbete sumular 37, que diz: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato.” (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 104)

7.3.4 Pensão alimentícia

Para que seja fixado o valor desta pelo juiz, outros aspectos devem por ele ser analisados, como a expectativa de vida provável da vítima e a responsabilidade financeira que este tinha para com seus familiares.

O primeiro pois é a data limite que será estipulada, na maioria dos casos, e o segundo porque um chefe de família, por exemplo, utiliza 2/3 (dois terços) com as despesas familiares, sendo a pensão, portanto, baseada neste mesmo valor. (KFOURI NETO, 1998, p. 113)

Para os assalariados conta-se, também, o 13º (décimo terceiro) salário, que poderá ser dividida e pelos 12 (doze) meses do ano. (Ibid, p. 113)

Mister se faz que o valor da pensão deve ser fixado em salários-mínimos, incidindo a correção monetária neste. (Ibid, p. 113)

Em geral, o direito à pensão cessa quando o beneficiado morre, alcança a maioridade ou “a viúva contrai novas núpcias ou passa a viver em concubinato”, ou mesmo quando os filhos concluírem seus estudos universitários ou as filhas casarem. Em todos os casos, todavia, decidir-se-á tal fato pelo arbitramento do juiz somente. (Ibid, p. 114)

Todavia, quando há invalidez parcial e permanente, deve ser vitalícia, cessando apenas com a morte do lesado, pois a pensão beneficia a própria vítima, que terá que conviver com a lesão a que ficou exposta até que venha a falecer. (Ibid, p. 115)

Um ponto bastante conflitante é a estipulação temporal do pagamento de pensão quando ocorre morte de filho menor, que ainda não exercia atividade remunerada, e morte do filho solteiro que vivia com os pais e colaborava no sustento da família.

Na maioria dos casos, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido por cessar a pensão aos 65 anos, que é a média de expectativa de vida do brasileiro trabalhador. Entretanto, há decisões que optam em fixar a data aos 25 anos, pois presume-se que a pessoa constituiria nova família a partir de então. (KFOURI NETO, 1998, p. 115-119); (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 136)

Além disso, esses dois casos são os únicos em que se permite o pagamento integral da pensão, mas mesmo assim, cabe ao juiz decidir a forma mais adequada, ouvido o Ministério Público. (KFOURI NETO, 1998, p. 120)

Com relação à morte do filho recém-nascido, reconhece-se o direito apenas quando às despesas fúnebres. (Ibid, p. 116)

Não obstante, o princípio da equidade aqui também não pode ser esquecido pois, embora seja analisada a necessidade dos familiares da vítima, o mesmo deve ocorrer com o obrigado a reparar o dano, não podendo ser a pensão estipulada de forma a se tornar inexecutável. (Ibid, p. 121-122)

Assim, os alimentos devem ser fixados de acordo com as posses do responsável e as necessidades do reclamante. (Ibid, p. 121-122)

8 CONCLUSÃO

Responsabilidade civil é uma contraprestação, que surge a partir do momento em que um dever jurídico é violado, e será obrigado a reparar o dano o responsável pelo dano.

Ela divide-se em contratual (entre partes) e extracontratual (prevista na lei), sendo que nesta ainda há uma subdivisão em subjetiva e objetiva.

Para que se veja configurada a responsabilidade, é necessário a demonstração de seus elementos, a conduta culposa, o dano e o nexo causal entre eles. Diferença importante, entretanto, se faz entre as responsabilidades contratual e aquiliana. É o fato de que na primeira há inversão do ônus da prova, ou seja, o acusado é quem deve fazer prova de sua não culpabilidade, enquanto na outra é dever da vítima.

A responsabilidade extracontratual subjetiva abrange a teoria da culpa e a objetiva a teoria do risco, para suplementar a primeira em casos que não eram por ela alcançados. Esta teoria defende a idéia de que o responsável pelo dano é obrigado a reparar a vítima, não importando se seu ato estava encoberto pela culpa ou não.

Desse teoria surgiram outras diversas, como a do risco-proveito, risco-profissional (acidentes ocorridos no local de trabalho), excepcional, criado (em razão da atividade profissional) e integral (dividido pela sociedade).

Na teoria da culpa, adotada pela responsabilidade delitiva, a culpa deve ser provada para que o responsável veja caracterizado o dever de indenizar. Pode, também, ser excluída a ilicitude do fato quando houver legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular do direito.

O elemento dano pode ser moral ou patrimonial. Este abrange os bens das vítimas, que podem ser valorados através dos danos emergentes (o que de fato perdeu) e os lucros cessantes (o que deixou de ganhar).

O dano moral é mais difícil de ser arbitrado, pois afeta a psique humana, os sentimentos pessoais e, por isso, tem um caráter punitivo e compensatório.

O dano estético é aparente, bastando ser ínfimo para que se tenha, mas deve ser definitivo e imutável. É considerado por uns, uma terceira modalidade de dano, podendo seu cumulado.

A responsabilidade civil médica é a que ocorre no exercício da profissão médica, sendo contratual (prestação de serviço *sui generis*) de meios mas, subjetiva, necessitando de prova da culpabilidade do autor do fato.

O médico responde pelos seus próprios atos (negligência, imprudência, imperícia), no entanto, se for empregado de um hospital, este será responsabilizado pelos seus prepostos, sendo eles não apenas profissionais médicos, mas auxiliares, enfermeiros, inclusive por não exercerem atendimento hospitalar adequado ao paciente.

Assim, o hospital é considerado um prestador de serviços, tendo obrigação de resultado, respondendo apenas quando houver defeito do serviço. A responsabilidade será objetiva com relação às atribuições do próprio hospital, tendo direito de regresso para com os seus empregados.

Todavia, se o médico utilizar o estabelecimento apenas para acomodação, será o responsável por seus atos. Inclusive, se o hospital for credenciado à uma seguradora, há responsabilidade solidária.

Quando o hospital for público, é necessário estabelecer a culpa do agente no fato danoso, sendo abrangido, portanto, pela teoria do risco administrativo, sendo o ônus probatório do próprio hospital.

Todas as prestações de serviços requerem uma finalidade, assim, uma obrigação pode ser de meios ou de resultado. Quando fala-se em responsabilidade médica, a prestação é de meios, pois o médico não é obrigado a curar o paciente, até porque não se depende apenas dele, uma vez que vários fatores influenciam tanto para a cura quanto para sua piora.

Contudo, quando fala-se em cirurgia estética e da responsabilidade do anestesista, presencia-se uma discussão a respeito do assunto, visto que na primeira a pessoa não encontra-se doente e se sujeita à operação embelezadora por livre e espontânea vontade, sendo, portanto, de resultado.

Já no caso do anestesista, alguns dizem que sua álea é como de todas as outras especialidades médicas, e que é apenas um meio para que o cirurgião faça seus trabalhos, outros, que é dever deste profissional manter o paciente anestesiado e cuidar para que ele retorne dela bem.

Como o anestesista é autônomo no pré e pós-operatórios, responde pelos seus atos nestes momentos. Porém, dentro de uma sala de operação, todos os profissionais devem ser analisados no âmbito trabalhista, inicialmente. Caso sejam autônomos, ocorre o dito acima, se forem empregados do hospital, este se responsabilizará pelos seus prepostos. Ressaltando que, a princípio, o cirurgião-chefe é presumido responsável, podendo ser solidário por culpa *in eligendo*. Ainda, se forem escolhidos pelo paciente, também responderão por si.

A relação entre médico e paciente possui, assim como qualquer outra relação, direitos e deveres. Dever do médico informar o paciente e seus familiares, pedir o consentimento deles para a realização dos procedimentos médicos, de se manter atualizado com os novos métodos científicos, de sigilo médico restrito, estendido aos funcionários do hospital. Caso algum deles não seja obedecido, é cabível aplicação de medidas estabelecidas no Código de Ética Médica e no Código Penal.

Também, o paciente deve confiar no médico, mantendo-o informado sobre tudo o que sente, os procedimentos que já realizou, entre outros, a fim de que o profissional possa fazer uma correta anamnese e diagnóstico do paciente.

O ideal a respeito da responsabilidade civil médica seria realizar no país, o mesmo procedimento adotado por países como os Estados Unidos da América, que é o seguro, que tranquilizaria o médico e este não precisaria arcar sozinho com todas as despesas, caso venha a ser processado por suposto erro médico.

Porém, isso ainda não se tornou praxe no Brasil, até porque encareceria o custo dos procedimentos médicos, uma vez que o valor do seguro seria repassado aos consumidores.

Quando ocorre alguma falha não esperada pelo médico, deve-se observar se foi por culpa médicas ou um simples erro profissional, ou seja, falha humana. A culpa pode ser ordinária, devido a qualquer razão que não decorrente da profissão, ou profissional.

Outrossim, diz-se culpa *stricto sensu* quando o agente não tinha vontade de lesar outrem, podendo ser inconsciente (negligência, imperícia, imprudência), quando apesar do resultado ser previsível, não o é pelo agente; e consciente, quando o médico não quer e não assume o risco de produzir o resultado, que acaba ocorrendo.

A culpa *lato sensu* se dá quando o agente quer causar o dano, sendo caracterizado o dolo indireto (risco previsto e assumido) ou direto.

Assim, como errar é humano, sendo os profissionais seres humanos, também são passíveis de cometer erros. Dessa forma, o erro do médico pode ser profissional, quando escusável, pois não se tem todo conhecimento do corpo humano; erro de diagnóstico; de conduta, que não é admitido de se acontecer; culposo; doloso, este também inconcebível; grosseiro e deliberado para prevenir mal maior.

A iatrogenia não é tipo de erro, mas fatos decorrentes dos atos e procedimentos médicos com intenção de benefício apenas. Em sua forma estrita, o médico atuará corretamente e seguirá todas as normas da ciência mas, o ato, apesar de previsível, será inevitável, sendo até caso de força maior.

Os tipos de prova que poderão ser utilizados em casos judiciais de erro médico são os mesmo que quaisquer outros, tendo o juiz livre apreciação das provas, utilizando-as para formar seu convencimento com relação à uma das teses apresentadas.

O conjunto probatório será feito a pedido das partes ou de ofício pelo juiz. Pode conter prova documental, testemunhal, depoimento do réu e, ainda, perícias, considerada esta como a “rainha das provas” e a testemunhal, pelo contrário, a “prostituta das provas”.

A prova documental pode abranger tudo o que se conseguiu juntar durante os procedimentos médicos realizados podendo, até, utilizar-se do Judiciário para alcançar materiais de difícil acesso pelas partes.

A perícia, mais importante e fundamental, tem a finalidade de reconstruir os fatos acontecidos, observar o que de fato aconteceu, de onde decorreu o suposto erro, se realmente foi um erro, e estabelecer o nexo causal entre agente e dano.

Tendo-se comprovada a responsabilidade civil, tem-se a obrigação de indenizar. Para tal, o dano dever ser liquidado em espécie, tornando-se valorado, sobre o qual recairá correção monetária.

A finalidade da indenização é compensar os danos causados à vítima, tentando-se restabelecer o *status quo ante*, tanto com relação à essa quanto com os familiares. Estabelecer um valor, entretanto, é tarefa árdua e de puro arbítrio do magistrado.

Por fim, pode-se concluir que os casos judiciais de suposto erro médico vêm aumentando potencialmente no país, contudo, a condenação efetiva dos profissionais médicos ocorre apenas, por exemplo, nos estado de São Paulo e Santa Catarina, em 19% dos casos. Nesta pesquisa realizada recentemente, constatou-se que isso ocorre devido à violação dos direitos e deveres do médico e paciente e da dificuldade de se provas o erro. (CAPELLA, 2008)

Portanto, cabe, inicialmente, aos médico e pacientes, melhorar a relação entre eles e, se mesmo assim continuar surgindo casos a esse respeito, caberá ao magistrado fazer bom uso de seus direitos e princípios para conseguir um conjunto probatório que seja pertinente para o estudo e conclusão do caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. II. 510 p.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 659 p.

BRASIL. **Vade mecum**. PINTO, Antonio Luiz Toledo (Coord.); WINDT, Márcia Cristina Vaz dos (Coord.); CÉSPEDES, Livia (Coord.). 4 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPELLA, Felipe Lisboa. **Direito e saúde**: médicos são condenados em apenas 19% dos processos. Rio de Janeiro, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/71461.1>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. e atual. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. 584 p.

COUTINHO, Léo Meyer. **Responsabilidade ética - penal e civil do médico**. 1. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1997. 89 p.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da elição procedimental; iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 694 p.

_____. **A improcedência no suposto erro médico**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 249 p.

GOMES, Júlio César Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro médico**: um enfoque sobre sua origem e suas conseqüências. Montes Claros: Unimontes, 1999. 186 p.

GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas; FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro médico**. 3 ed. rev e atual. Montes Claros: Unimontes, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. rev ampl. e atual. São Paulo: RT, 1998. 690 p.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. 266 p.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Responsabilidade civil e a interpretação pelos tribunais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. 1182 p.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. 3 ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1995. 444 p.

NIGRE, André Luis (Coord.); ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de (Coord.). **Direito e medicina: um estudo interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 478 p.

PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 503 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 350 p.

_____. **Instituições de direito civil: contratos**. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. III. 604 p.

SLAIB FILHO, Nagib (Coord.); COUTO, Sergio (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 487 p.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade civil e penal do médico**. 2 ed. Campinas: LZN, 2006. 198 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. (Coleção direito civil; v. 4) 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. 295 p.