

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Marília Guedes de Carvalho Souza¹

Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da Silva²

RESUMO

Discute-se o instituto da responsabilidade civil médica, tema de grande relevância para a sociedade, pois, tem crescido no Brasil o número de demandas indenizatórias em desfavor do médico pela prática de conduta culposa causando dano ao paciente. Por ser estritamente ligada à vida humana, a profissão médica pode ser considerada como a mais difícil de ser exercida sob o ponto de vista legal, considerando que o objeto de trabalho desta é o ser humano e sua vida, com isso, qualquer deslize no exercício da profissão pode ser fatal. Busca explicar o instituto em questão, abordando a legislação vigente no país, principalmente o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, apontando os elementos que configuram a culpa médica, a dificuldade de sua comprovação e os tipos de danos que podem acometer o paciente, além das possíveis excludentes de responsabilidade que isentam o profissional de reparar o dano por ter sido excluído o nexo causal em razão de circunstâncias específicas, como por exemplo, a culpa exclusiva do paciente. Aponta-se a evolução deste instituto, seus elementos e espécies, assim como sua natureza jurídica e o tipo de sua obrigação que são características fundamentais para determinação do erro médico. Abordam-se ainda os direitos e deveres dos médicos e pacientes como sendo forma de profilaxia do erro médico e, por fim, a adoção do seguro médico como proteção e garantia das partes desta relação, este último ainda resistente em nosso país. Tudo isso a partir de pesquisa bibliográfica de método lógico-dedutivo, com base na doutrina, jurisprudências, legislações, artigos e revistas para construção de conceitos, características e possíveis prevenções pertinentes à responsabilidade civil do médico.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do médico. Erro médico. Profilaxia do erro médico. Seguro médico.

THE DOCTOR'S CIVIL LIABILITY IN ACCORDANCE TO THE BRAZILIAN LEGISLATION

ABSTRACT

¹ Discente do curso de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. E-mail: lila_guedes@hotmail.com

² Docente do curso de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN das cátedras de Direito Constitucional, metodologia científica, Trabalho de curso, direito empresarial, direito administrativo. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Especialista em Direito Constitucional pela UFRN. Professora de Pós-graduação na UNIRN da cadeira de Direito Societário. E-mail: jradvocacia@gmail.com

The doctor's civil liability is a very important topic of discussion, due to the fact that, in Brazil, the number of Legal Compensation proceedings being demanded against doctors who, unintended, caused damages to their patients, has been growing considerably. Because it is strictly connected to the human life, the medical profession can be considered, in the eye of the law, one of the most difficult professions to be exercised, since the object of this exercising is a human being and its life, and any mistake made by the professional can be lethal. It is intended to explain the matter in question, approaching the valid national legislation, most importantly, the Civil Code and the Consumer's Protection Code, appointing the elements that characterise the medical error, the difficulty in confirming the doctor's culpability and the kind of damages that can be done to a patient, as much as the possible Liability's Exclusion Clauses that prevent the professional from having to bear the expenses, due to the elimination of the connection between the chosen procedure and the result, because of specific circumstances, as for example, the exclusive guilt of the patient. It is shown the evolution of the matter, its elements and species, as its jurisdictional nature and the type of obligations that are fundamental for the determination of the medical error. It is also approached the rights and obligations of doctors and patients as prophylaxis of the the medical error, and, at last, the adoption of medical insurance as the protection and warranty between the parties involved, the last being resisted in our country. All of the above acquired from bibliographic research of logical-deductive method, precedents, legislations, articles and magazines for conceptual construction, characteristics and possible preventions against the doctor's civil liability.

Key-words: Doctor's Civil Liability. Medical Error. Prophylaxis of medical error. Medical insurance.

1 INTRODUÇÃO

A medicina é uma das ciências mais antigas da sociedade, estando presente em toda a história e, independente do seu nível de evolução, sempre foi necessária para manter o cuidado com a saúde do homem. Por ser uma atividade ligada diretamente à vida, torna-se certamente uma das profissões mais difíceis de ser exercida, tendo em vista que sempre se tem em mãos a vida do ser humano e qualquer erro pode ser prejudicial e até mesmo fatal.

Com a vulnerabilidade presente na medicina, tornou-se necessário a existência de leis para que em ocorrendo dano ao paciente, o médico viesse a repará-lo na medida de sua responsabilidade. As ações contra profissionais médicos em busca de reparação por danos advindos do exercício da profissão estão em crescimento no Brasil, o que não era costumeiro. A jornada excessiva dos médicos, o despreparo, o mau relacionamento médico-paciente, dentre outros fatores, interferem diretamente no aumento de erros médicos.

É importante frisar que nem todo resultado danoso será considerado erro médico. Pacientes pleiteiam indenizações por danos que os médicos não foram responsáveis, acarretando abalo e desgaste do profissional médico, por ser imputado a ele fato no qual não teve culpa, portanto, é de grande importância saber em que situações estarão configuradas o erro médico, aquele que é realmente passível de indenização.

Para entender em que situações o médico terá o dever de ressarcir o seu paciente e como se previne o erro médico, faz-se necessário o estudo do instituto da responsabilidade civil e suas peculiaridades pertinentes à atividade médica.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo o esclarecimento acerca da responsabilidade civil do médico com base na legislação brasileira por ser um tema de grande relevância para a sociedade, considerando que a relação médico-paciente faz parte da vida de todo indivíduo e todos estão vulneráveis ao erro médico, tanto aquele que pode o cometer quanto aquele que pode sofrer um dano decorrente deste.

Este artigo divide-se em quatro capítulos dispostos em ordem lógica, construídos de forma clara, utilizando sempre linguagem simples, citações explicativas e jurisprudências retratando o posicionamento do judiciário, tudo isso para melhor entendimento dos leitores.

Inicialmente aborda-se a evolução histórica da responsabilidade civil do médico, construindo os pilares da legislação atual. O segundo capítulo aborda as linhas propedêuticas acerca da responsabilidade civil, construindo entendimento necessário para iniciar o capítulo seguinte, que aborda as peculiaridades da responsabilidade civil decorrente de erro médico. Por fim, o último capítulo discorre sobre a importância do seguro de responsabilidade médica e sua pouca utilização no Brasil, seguido das considerações finais.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de iniciar-se o estudo pormenorizado do instituto, a busca conceitual sempre se mostra indispensável para contextualização. Assim, o erro médico é a falha advinda de uma conduta profissional caracterizada atualmente pela presença de imperícia, imprudência ou negligência, podendo causar danos ao paciente. Seria, portanto uma conduta inadequada tida pelo médico no exercício de sua profissão acarretando resultado adverso do esperado. Elza Bernardes Cordeiro aduz que, “para o direito, o erro médico é caracterizado pela presença de dano ao paciente, com nexo causal comprovado e, também, pela presença de procedimento

em que tenha havido, por parte do médico, imperícia, imprudência e/ou negligência”. (CORDEIRO, 2011, p.25).

Com isso, entende-se que só estará caracterizado o erro se houver dano, bem como for comprovado o nexo causal – relação entre a ação do agente e o dano sofrido, a imperícia, imprudência e/ou negligência, devendo o médico, após a apuração de maneira adequada da situação, ser responsabilizado.

As normas atinentes à responsabilidade civil do médico vieram se constituindo desde a antiguidade, passando por diversas teorias e formas de ressarcimento, se transformando lentamente em nossa legislação atual.

O Código de Hamurabi (1790 – 1770 a.C), criado na Mesopotâmia, foi o primeiro documento que tratou sobre o erro e a responsabilização do médico em caso de cometer dano ao seu paciente. O médico seria responsabilizado com punição caso fosse imperito, podendo sofrer amputação de suas mãos em caso de morte ou lesão grave ao paciente. Vale salientar que tal pena só ocorreria se o paciente fosse um homem livre, pois, se fosse um escravo o médico teria apenas que ressarcir o dano, em uma evidente segmentação social.

O referido Código impunha ao médico a máxima atenção e perícia no exercício de cirurgias e não existia a ideia de culpa, qualquer que fosse o motivo do dano ao paciente o médico deveria ser responsabilizado pelo ocorrido, mesmo que tivesse feito o possível para o sucesso da cirurgia, independentemente da técnica utilizada.

Na Roma Antiga a responsabilidade civil médica nos moldes atuais começou a tomar forma, com as primeiras ideias de responsabilização pelo erro derivado de imperícia, impostas por Eneo Domitius Ulpianus³ (*apud* Domingos de Melo, 2013, p.4) afirmando que “assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar-lhe o que houver cometido por imperícia”.

A vingança privada era a forma de repressão do dano, até que o poder público passou a intervir com o fito de controlá-la, autorizando e afastando-a quando achasse necessário. Após essa fase, a forma de responsabilização passou a ser a da composição, na qual a vítima recebia em dinheiro ou um objeto como forma de compensação pelo dano sofrido. Finalmente, a lei Aquília começou a estruturar a responsabilidade civil, formulando-se o conceito de culpa e até espécies de delitos que os médicos poderiam vir a cometer. Sobre o assunto, aduz Miguel Kfoury Neto:

³ Famoso jurista romano que viveu entre 150 e 223 d.C.

Entretanto, com a Lex Aquilia de Damno, plebiscito posterior à Lei Hortensia do século III a.C., formulou-se conceito de culpa, bem como fixaram-se algumas espécies de delitos que os médicos poderiam cometer, como o abandono do doente, a recusa à prestação de assistência, os erros derivados da imperícia e das experiências perigosas.(KFOURI, 2013, p.58)

Os gregos continuaram com avanços bem relevantes para a atualidade, tendo sido os responsáveis pelos primeiros estudos na área da medicina, deixando para trás a magia que a preenchia. Passou-se a observar que a culpa do médico não é presumida somente pelo fato de não ter obtido sucesso em um atendimento, tratamento, cirurgia, mas sim pela análise da conduta seguida pelo profissional em cada caso. Antes do surgimento das universidades, os gregos passaram por muitas falhas médicas e tinham penas brutas, severas, até mesmo a crucificação. Essa situação só melhorou com surgimento de universidades que realmente davam preparação para os profissionais da área médica e com o fortalecimento das corporações de médicos.

Já na era moderna, o direito francês seguiu a base da Lei Aquília, proclamando a responsabilidade extracontratual, que tem como fundamento a culpa. Para que a responsabilidade médica fosse configurada, seria necessário provar que houve a culpa por parte do médico, demonstrando a imperícia e imprudência no exercício da profissão. O Procurador-Geral francês Dupin rebateu argumentos de casos que ocorreram na França, inclusive os da Academia de Medicina, em um parecer de grande valor histórico e jurídico.

Um desses casos ocorreu em Dromfront em 1825, quando um médico ao realizar um parto resolveu amputar o braço do feto para facilitar sua retirada, pois, o ombro e o braço deste se encontravam no trajeto vaginal. Em seguida amputou também o outro braço por se encontrar em situação análoga. A criança nasceu e sobreviveu, porém, sua família ingressou em juízo contra o médico, Dr. Helie. A Academia de Medicina, em resposta a solicitação do Tribunal, afirmou que o médico não seria responsável se não produziu o dano intencionalmente, com premeditação, por pérfidos desígnios e criminosas intenções. O Tribunal não aceitou tal parecer, condenando o médico ao pagamento de pensão anual à família da criança.

A partir disso, o Procurador Dupin, citado por Genival Veloso de França (1994, p. 238), ganhou destaque com seu parecer afirmando que “para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção; basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira, e, portanto, inescusáveis”.

O direito francês, em conjunto com a doutrina e jurisprudência francesa formaram os fundamentos da responsabilidade civil do médico, se tornando o padrão das legislações modernas.

A responsabilidade civil no Brasil tem sua primeira fase com as Ordenações do reino que sofriam forte influência do direito romano, aplicado como fonte subsidiária.

Com o Código Criminal de 1830 surgiu a ideia de ressarcimento, do instituto da satisfação, estando ligadas a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, como leciona Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Criminal de 1830, atendendo às determinações da Constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros etc. (GONÇALVES, 2014, p.27).

A separação da responsabilidade civil e penal somente veio com a Consolidação de Teixeira de Freitas, em 1855, que segundo Câmara Souza, “observava, em seus escritos, que o ressarcimento do prejuízo ocasionado pelo delito passava a ser abordado como competência de legislação civil”⁴.

Com o nascimento do Código Civil brasileiro de 1916, influenciado pelo Código Francês, Consolidações e Código Criminal de 1830, se consagrou a teoria da culpa em seu art. 159 assim estabelecendo: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. A falta de comprovação da conduta culposa do agente descaracteriza a responsabilização do médico, como se pode ver no entendimento a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. CESARIANA. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO APÓS O PROCEDIMENTO. PINÇA CIRÚRGICA. NÃO COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE MÉDICA. ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. São pressupostos da

⁴SOUZA, Neri Tadeu Câmara. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO. Disponível em: http://www.saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/artigos/outros/erro.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2014.

responsabilidade civil subjetiva: a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano, e a ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar... (TJ-RS - AC: 70036906758 RS , Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 16/12/2010, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/01/2011).

Este código possuía um artigo específico sobre danos cometidos por médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas, obrigando-os a satisfazer o dano quando houvesse imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais que resultassem morte, inabilitação de servir ou ferimento (Art. 1545, CC/16).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, trouxe grande inovação para a responsabilidade civil médica: a possibilidade de reparação do dano moral, elevando este aos Direitos e Garantias Fundamentais.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), elaborado por expressa determinação constitucional, trouxe para a responsabilidade civil, em seus artigos 12 a 14, uma nova perspectiva com a imposição da responsabilidade objetiva como fundamento da reparação dos danos causados aos consumidores, ou seja, a responsabilidade que independe da existência da culpa, baseada na teoria do risco. Este código adotou como regra a responsabilidade civil objetiva, diferente do adotado pelo Código Civil.

Apesar de ter adotado como regra a responsabilidade objetiva, em se tratando dos profissionais liberais, a responsabilidade a ser aplicada será a subjetiva, ou seja, estes somente responderão com a comprovação de culpa, baseado na ressalva feita no §4 do art. 14 ao aduzir que: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”, tal comprovação será de responsabilidade do consumidor. Sobre o assunto, Nehemias Domingos de Melo:

Em qualquer ação indenizatória manejada contra profissional liberal se exigirá de seu proponente, além da demonstração do dano e do nexo causal, a prova da culpa do fornecedor de serviço, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. (DOMINGOS DE MELO, 2013, p.13).

Vale salientar que a responsabilidade subjetiva será aplicada somente ao profissional, não se expandindo às pessoas jurídicas a que prestem serviço, pois, a estas se aplica a responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente de culpa.

3 LINHAS PROPEDEÚTICAS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Vivemos em uma sociedade onde se busca o respeito aos limites do próximo, sem invadi-los, buscando uma sociedade pacífica, de fácil convivência. A partir do momento que invadimos o espaço de outrem, acarretando prejuízo a este, devemos indenizá-lo pelos danos causados. Busca-se, portanto, limitar a atividade humana para alcançar a não violação do direito de terceiros. O ato de ressarcir sempre foi de grande relevância para a organização da sociedade, pois, o homem nunca se contentou em sofrer um dano sem que este fosse reparado por seu causador ou quem tenha contribuído para tal.

A reponsabilidade civil está ligada diretamente à reparação de um dano, moral ou patrimonial, garantindo àquele que sofreu as consequências de uma ação, omissão, negligência ou imprudência, o ressarcimento pelas consequências sofridas. O artigo 927 de nosso Código Civil nos traz a segurança da reparação ao dizer que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Considerada um dever jurídico sucessivo, pois, somente surge com a transgressão de um dever jurídico originário, como leciona Cavalieri Filho:

Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.14.).

Com isso, pode-se dizer que ao provocar um dano a outrem, descumprindo uma obrigação ou deixando de prestá-la, o causador estará obrigado a reparar todo o prejuízo causado, devido à segurança dada pelo instituto da responsabilidade civil. Vale salientar que a responsabilidade civil só restará caracterizada quando os seus elementos básicos estiverem presentes no fato ocorrido. Sendo assim, passar-se-á à análise pormenoriza dos elementos e características do instituto.

3.1 DOS ELEMENTOS

Diante do art. 186 do Código Civil, o qual aduz que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”, observa-se que para configurar a responsabilidade civil estão presentes a conduta humana, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade. A culpa não é citada como pressuposto por não ser requisito de ambos os tipos de responsabilidade civil, se tratando de um elemento accidental e não essencial.

A conduta humana é o comportamento de ação ou omissão que se pratica voluntariamente, ou seja, se tem discernimento do que está sendo feito. Não necessariamente se tem consciência da prática de um ato ilícito, de um dano, mas se tem convicção daquilo que esta sendo feito. A ação é considerada uma conduta humana positiva, podendo se caracterizar quando ocorre imprudência ou imperícia, enquanto a omissão é a conduta humana negativa, é o deixar de fazer, e se caracteriza pela negligência. Para que haja a responsabilidade civil por omissão é necessário que exista um dever jurídico de fazer algo, para que, deixando de fazer, seja responsável pelo ocorrido.

A existência do dano é imprescindível para que a responsabilidade civil seja configurada. O conceito de dano ou prejuízo segundo Stolze e Pamplona (2014, p.82) é “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”. Independente do tipo de responsabilidade civil, em não havendo a existência do dano não existirá o que reparar, com isso não se falará em responsabilidade civil. A jurisprudência do TRT-15^a. Região de São Paulo afirma tal tese que não há responsabilidade a ser imputada quando não há dano provado, por ser um dos elementos que dão sustentabilidade a ela⁵.

O dano pode ser caracterizado como patrimonial (material) ou moral. O dano material é aquele que atinge o patrimônio da vítima, enquanto o dano moral lesa direito de conteúdo não pecuniário como o direito à vida, à intimidade, à honra, à integridade física e psíquica.

Para que exista a obrigação de reparar, a relação de causalidade deve estar presente no fato, pois, ligando a conduta do agente e o dano, de modo que se o dano não houver sido

⁵ “**DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA DE DANO.** A responsabilidade civil apenas pode ser imputada quando presentes os elementos que lhe dão sustentabilidade, quais sejam, a ação ou omissão, o dano e o nexo causal. Ainda, quando se aplica a Teoria Subjetiva da Responsabilidade, há a necessidade de, também, demonstrar a culpa. Como não há ato ilícito comprovado, muito menos foi provado o dano, não se pode falar em indenização, uma vez que a existência do dano é pressuposto para a responsabilidade civil, não existindo o dano, não há responsabilidade à imputar. (TRT-15 - RO: 15154320125150055 SP 096613/2013-PATR, Relator: HELCIO DANTAS LOBO JUNIOR, Data de Publicação: 30/10/2013)”

consequência da conduta do agente não existirá a responsabilização deste, por não estar configurado o nexo causal. Confirma-se através de decisão do TRT-4ª Região, de Porto Alegre, “A existência de nexo de causalidade é pressuposto indispensável para o cabimento de indenização...”⁶.

3.2 DAS ESPÉCIES

Diante das peculiaridades encontradas no instituto da responsabilidade civil a doutrina a divide classificando-a com base na existência de culpa ou não, responsabilidade civil subjetiva e objetiva, e, também, com relação à natureza jurídica da norma jurídica violada, diferenciando a responsabilidade civil contratual da responsabilidade civil extracontratual.

Cumprе esclarecer que o fortalecimento da responsabilidade civil no Brasil veio com o Código Civil de 1916, que conseguia abarcar todo o sistema praticamente em um único artigo, o art. 159. Este artigo, porém, tratava apenas de um tipo de responsabilidade civil, a subjetiva, fundada na culpa provada. A teoria objetiva surgiu em setores de atividade específicos e somente com a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor é que passou a ter uma aplicação mais vasta.

O já citado art. 186 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 159 do Código Civil de 1916, adotou a teoria subjetiva. A responsabilidade civil subjetiva se caracteriza pela presença do elemento accidental, a culpa. Tal responsabilidade, portanto, será configurada pela existência da conduta culposa do agente, caracterizada por negligência ou imprudência.

Com base na teoria subjetiva, a vítima só será ressarcida se comprovar a culpa ou dolo do agente, como expõem Stolze e Pamplona (2014, p.57): “Por se caracterizar de fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu”. Nesta espécie de responsabilidade cada um deverá responder pela sua própria culpa, unicamente, diferente do que ocorre na teoria objetiva.

⁶“**RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL.** No caso, a prova pericial demonstra fartamente a inexistência de nexo causal, entre a lesão que acomete o reclamante, e o trabalho prestado. A existência de nexo de causalidade é pressuposto indispensável para o cabimento de indenização, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil. (TRT-4 - RO: 00011039620125040030 RS 0001103-96.2012.5.04.0030, Relator: JOÃO GHISLENI FILHO, Data de Julgamento: 20/03/2014, 30ª Vara do Trabalho de Porto Alegre).”

A responsabilidade civil objetiva por sua vez se fundamenta na teoria do risco e tem base no inovador parágrafo único do art. 927, e este aduz que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. A teoria do risco, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.49), prega que “toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.”.

Com base nessa teoria a responsabilidade existirá para o agente independente de conduta culposa, que poderá existir ou não, sendo necessário que se configure somente o dano e o nexo causal em uma ação ou omissão, tendo em vista que essa teoria prega que todo dano deve ser indenizável, devendo ser reparado por aquele que o praticou.

Adentrando na classificação com base na natureza jurídica da norma violada, a responsabilidade civil contratual difere da extracontratual principalmente pela primeira ser caracterizada por um inadimplemento de obrigação contratual, enquanto na segunda ocorre violação direta a uma norma legal.

Vislumbra-se que a responsabilidade contratual somente ocorre devido à existência de um vínculo jurídico anterior entre os contratantes, com isso, em havendo inadimplência nessa relação surgirá um dever jurídico derivado, a responsabilidade. Essa espécie de responsabilidade somente atingirá partes que tenham previamente firmado uma relação jurídica e surgirá com a violação do dever de cumprir o objeto do negócio jurídico firmado. O agente responsável contratualmente será aquele que descumprir o contrato, tornando-se inadimplente.

A responsabilidade extracontratual não deriva de um contrato, não há relação jurídica preexistente entre as parte. O dever é de não causar dano a alguém, de não violar uma norma jurídica, e esta surgirá quando um dever legal for infringido, causando dano a outrem.

3.3 DAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Da mesma forma que um indivíduo pode ser responsabilizado pelo dano causado à vítima por sua ação ou omissão, poderá, dependendo da análise do caso, ser isento do dever de ressarcir, sobretudo pela não configuração de relação de causalidade entre sua ação ou omissão e o resultado danoso.

Um médico considerado responsável poderá isentar-se de prestar indenização ao seu paciente quando, examinado o nexo causal, se chega à conclusão que não houve relação entre a conduta do médico e o dano, constatando que o prejuízo decorreu de outra(s) causa(s) ou circunstâncias que impossibilitaram o cumprimento da obrigação.

As causas e circunstâncias que impedem a concretização do nexo causal são segundo a doutrina majoritária: o caso fortuito; a força maior; a culpa exclusiva da vítima; e o fato de terceiro.

O caso fortuito e a força maior desfazem a possível relação entre a conduta do agente e o dano, pois, são fatos irresistíveis e inevitáveis, alheios à vontade das partes. O caso fortuito ocorre com as greves, guerras, e outros, ou seja, fatos imprevisíveis. Por sua vez, a força maior deriva das forças da natureza, como, por exemplo, raios e terremotos, fatos inevitáveis.

Quando a culpa é considerada exclusivamente da vítima ou de terceiro é quebrado também o nexo de causalidade, eximindo o agente da responsabilidade, com base no Código do Consumidor que aduz em seus artigos 12, §3º, III⁷ e 14, §3º, II⁸, que não será responsabilizado o fornecedor de produtos ou serviços quando a culpa for exclusiva do consumidor ou de terceiro. A atuação de terceiro como causa de excludente de responsabilidade, conforme leciona Stolze (2014), não é matéria pacífica, encontrando maior resistência na jurisprudência.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO

Toda a sociedade está inserida na legislação da responsabilidade civil, estando qualquer pessoa, tanto física quanto jurídica, sujeita a ser responsável por um dano causado a

⁷ **Art. 12.** O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (...) § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:(...) **III** - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁸ **Art. 14.** 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. (...) § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: (...) **II** - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

outrem. A responsabilidade civil tem suas peculiaridades quando aplicada a alguns ramos de atividades, sendo necessário abordar aquelas que dizem respeito à atividade médica.

Nos tempos remotos, o médico pagaria por qualquer dano que ocorresse ao paciente, inexistindo a ideia de culpa, pagando até mesmo com sua integridade física, pois, não existia também a indenização patrimonial. Com o avanço da sociedade e da legislação a responsabilidade do médico se consagrou subjetiva, com base na teoria da culpa e a reparação passou a acontecer por meio do patrimônio do causador do dano.

O Código Civil de 2002 trata em seu art. 951 sobre a reparação do dano causado no exercício da atividade profissional aduzindo que “Os dispostos 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”.

Apesar de já ter sido bastante discutida considera-se atualmente que a natureza jurídica da prestação do serviço médico é em regra contratual, pois, a partir do momento que um médico atende a um paciente está caracterizado um contrato. Porém, em atendimentos de urgência, quando o paciente está em estado grave e inconsciente, a partir do momento que o médico busca ajudar o paciente de forma espontânea a responsabilidade médica não terá origem no contrato como, por exemplo, um médico vem a atender alguém desmaiado na rua. (Kfoury Neto, 2013.p.83).

A natureza contratual da responsabilidade médica se comporta de forma particular, tendo em vista que o médico não trabalha com a obrigação de resultado e sim de meio, pois, este não tem a obrigação de recompor a saúde de seu cliente, mas sim de agir da melhor forma para atingir a cura. É válido frisar a importância da colaboração do paciente na busca pela cura, não cabendo somente ao médico exercer a sua parte, levando em conta ainda as circunstâncias alheias ao controle do médico, como as diferentes respostas do organismo de cada indivíduo.

A obrigação de meio é, portanto, aquela na qual se exige do profissional empenho máximo ao empregar seus conhecimentos, utilizar melhores técnicas e todos os possíveis artifícios para alcançar o objetivo final. Este tipo de obrigação tem como objeto o procedimento que leva a atingir o resultado esperado.

No entanto, a atividade exercida pelos cirurgiões plásticos é um assunto a ser analisado com bastante peculiaridade, pois, diferente das outras atividades da medicina, é considerada uma obrigação de resultado. Na obrigação de resultado o objetivo é o resultado final pouco importando o procedimento, a diligência tida pelo médico para atingi-lo. Neste caso, o

ônus da prova caberá ao profissional, diferente da obrigação de meio, na qual o paciente deverá provar a culpa médica.

A diferenciação da cirurgia estética da cirurgia corretiva da estética é de grande relevância, pois, esta última continua seguindo a regra da obrigação de meio, “nem sempre pode garantir, nem pretender, eliminar completamente o defeito”, segundo Cavalieri Filho (2014, p.445).

Mesmo que a doutrina e jurisprudência majoritárias considerem a cirurgia plástica como uma obrigação de resultado é difícil aceitar totalmente esse entendimento, considerando as várias dificuldades que o médico pode se deparar durante o procedimento cirúrgico, situações imprevisíveis que o profissional médico não poderia evitar. As características do paciente também irão influenciar no procedimento, que mesmo tendo sucesso com outro paciente pode vir a ter diferente resultado naquele que tinha peculiaridades não perceptíveis antes da cirurgia. Apesar de tudo isso, a obrigação de resultado é a mais aceitável neste aspecto, devendo o médico provar em caso de insucesso que este não decorreu por falha sua.

4.1 A CULPA MÉDICA (CULPA *STRICTO SENSU*)

Para que o erro médico se configure a culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia) deve ser comprovada, por se tratar de responsabilidade subjetiva, como já apresentado alhures, nos termos do Código de Defesa do Consumidor em seu já citado art. 14, §4º e do art. 951 de nosso Código Civil.

Segundo Genival Veloso de França (1994. p.243.) “A negligência caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É a falta de observância aos deveres que as circunstâncias exigem. É um ato omissivo”. O ato negligente é um ato de desprezo, de descuido, decorrente de uma omissão, tendo como consequência resultados prejudiciais ao enfermo.

O esquecimento de objetos no corpo do paciente após cirurgia caracteriza negligência médica⁹. Assim como liberar o paciente, encaminhando-o pra casa, quando este

⁹RESPONSABILIDADE CIVIL Paciente com hipertireoidismo que se submete à cirurgia para retirada total da glândula, evoluindo com ferida operatória e aumento do volume local. Realizou novo procedimento para retirada de nódulo. Não obteve melhora em seu quadro. Consultou um novo especialista, submetendo-se a novos exames sendo indicada uma 3ª cirurgia que quando realizada constatou a presença de corpo estranho, gaze, em seu interior. Laudo pericial atestando que a gaze foi esquecida ali desde a 1ª cirurgia. **Negligência médica configurada.** [...] Recurso da apelante NOBRE

precisava aguardar em observação ou quando necessitava de intervenção cirúrgica, subestimar a gravidade da enfermidade deixando de prestar o atendimento devido, dentre outros casos.

A forma mais exacerbada da negligência, segundo entendimento de Domingos de Melo (2013, p. 101), acontece com o erro grosseiro. O erro grosseiro é aquele imperdoável, absurdo, inescusável. Ocorre, por exemplo, quando um anestesista causa a morte do paciente por superdosagem, quando o profissional analisa radiografia erroneamente promovendo operação de osso não fraturado do paciente.

A imprudência surge a partir de um ato comissivo praticado pelo profissional médico. Esse ato é precipitado, não cauteloso e poderia ter sido evitado pelo seu causador. Apesar de saber os riscos que corre, o médico opta por agir sem a cautela necessária. Ocorre, por exemplo, quando um cirurgião sabe que os instrumentos cirúrgicos não estão esterilizados e, mesmo assim, opta por realizar o procedimento cirúrgico o profissional está agindo com imprudência, assumindo as consequências de uma possível infecção.

Miguel Kfoury Neto (2013. P. 110.) conceitua a imperícia como sendo “a falta de observação das normas, a deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático”, citando ainda a “falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão”. A partir da imperícia pode-se observar a inexperiência do profissional médico, a falta de habilidade no procedimento adotado, a ignorância. Quando um médico resolve realizar um procedimento, sem ter total conhecimento e segurança deste, causando lesão em seu paciente está configurada a imperícia.

Com isso, quando a conduta ilícita não for configurada o médico estará isento de prestar indenização pelo dano sofrido conforme se afirma na decisão do TJ-RN:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO AGRAVO RETIDO, SUSCITADA PELO ORA APELADO. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL POR OCORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO, SUSCITADA PELO RECORRIDO. REJEIÇÃO. MÉRITO: ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA. PERÍCIA MÉDICA CONCLUSIVA. INFECÇÃO DESENVOLVIDA NO PÓS-OPERATÓRIO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS

QUE EXIGE A COMPROVAÇÃO DA CULPA. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL E ESTÉTICO A SEREM INDENIZADOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS CONSTANTES DOS ARTIGOS 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL, BEM COMO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, A ENSEJAR A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA. NÃO COMPROVAÇÃO DA CONDUTA ILÍCITA, DO DANO SOFRIDO E DO NEXO DE CAUSALIDADE. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RN - AC: 762 RN 2010.000762-7, Relator: Des. Vivaldo Pinheiro, Data de Julgamento: 12/04/2010, 3ª Câmara Cível).

A decisão retro considera que a infecção causadora do dano foi desenvolvida no pós-operatório sem que houvesse comprovação da conduta ilícita do médico, portanto, tal fato não pode ser imputado ao profissional médico.

A prova da culpa médica talvez seja a parte mais complicada da indenização, sendo quase impossível para o paciente prová-la. Na área médica esta costuma ser feita por perícia realizada por outro profissional médico, e é nesta que se encontra mais uma dificuldade: o corporativismo. Não é absurdo pensar que o médico responsável pela perícia dificultaria a comprovação da culpa em busca de defender sua classe, tornando esta comprovação ainda mais árdua.

O Código de Defesa do Consumidor considerando a dificuldade de comprovação da culpa trouxe como direito básico do consumidor a possibilidade da inversão do ônus da prova¹⁰, importante instrumento para facilitar a defesa do consumidor. O ônus de comprovar a culpa se transfere para aquele com mais condições de produzi-la, neste caso o médico. A inversão do ônus da prova será possível a critério do juiz, quando este verificar que a verossimilhança das alegações do autor e ele for hipossuficiente tecnicamente, sem conseguir trazer as provas suficientes para configurar a culpa.

4.2 DO DANO DECORRENTE DA CULPA MÉDICA

O exercício da profissão médica pode gerar danos que afetem a vida do paciente, moral ou materialmente, devendo indenizá-lo quando responsável pelo dano e comprovada a

¹⁰Art. 6º: São direitos básicos do consumidor: (...) VIII: A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

sua culpa. O dano é, sem dúvidas, o principal elemento configurador da responsabilidade civil, pois, inexistindo este, não se falaria em ressarcimento.

Comprovar a culpa médica é um desafio devido à dificuldade de definir o nexo causal que une a conduta do médico ao dano. Em casos não relacionados ao exercício da profissão médica já se é difícil provar a relação de causalidade e, neste caso, se torna ainda mais árduo comprovar se realmente o dano decorreu da culpa do médico ou não, pois o paciente pode vir a apresentar outro acometimento não decorrente da conduta médica, mesmo que seja realizada perícia médica.

Os danos físicos são os que normalmente são cometidos pelo profissional médico tendo em vista que a atividade médica é exercida sobre o corpo e o dano incidirá na maioria das vezes sobre ele.

Os danos materiais por sua vez são cobrados considerando as despesas médicas, medicamentos, contratação de profissionais como cuidadores e enfermeiros, os lucros cessantes e outros. Estes normalmente são consequências do dano físico como se pode observar na jurisprudência adiante na qual a paciente teve a redução dos movimentos e encurtamento de seu braço e em virtude disso despesas médicas fizeram-se necessárias, configurando os danos materiais:

Indenização por danos materiais e morais. Cirurgia com implantação de prótese. Prova técnica apontou que a prótese tinha tamanho incompatível, e que fora fixada em local não adequado. Inobservância dos cuidados necessários ocasionou a redução dos movimentos e encurtamento do braço da autora. Erro médico configurado. Prova oral que se apresentou genérica, porquanto se limitou a expor peculiaridades teóricas, sem adentrar ao caso em exame de forma clara e precisa. Despesas médicas da requerente devem ser reembolsadas, portanto, os danos materiais se fazem presentes. Sequela da qual a integrante do polo ativo se tornou portadora em decorrência da cirurgia originou os danos morais, ante a enorme angústia e o profundo desgosto sofridos, além da aflição psicológica. Verba reparatória compatível com as peculiaridades da demanda. Apelos desprovidos. (TJ-SP - APL: 00461070320028260562 SP 0046107-03.2002.8.26.0562, Relator: Natan Zelinschi de Arruda, Data de Julgamento: 19/09/2013, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/09/2013)

Fundamental esclarecer que engloba o conceito de danos morais todo o sofrimento do paciente: sua dor; o mal-estar; o abalo pelo afastamento de atividade profissional; os danos

estéticos e outros; vinculados aos direitos da personalidade. Terão direito os parentes do paciente morto a pleitear dano moral pela perda sofrida¹¹.

A partir do momento que ocorre o dano, o estado anterior do paciente deve ser observado, analisando a conduta do médico e se este teve realmente ligação com a causa, caso tenha estará configurado o erro médico, inescusável. É válida a abordagem sobre a diferença entre o erro médico e o erro profissional. Este último, na visão de Domingos de Melo:

Quando advindo das imperfeições próprias da arte ou ciência, embora possa acarretar consequências e resultados danosos ou de perigo, não implicará (necessariamente) no dever de indenizar, desde que o profissional tenha empregado correta e oportunamente os conhecimentos e regras atuais de sua ciência. (MELO, 2013. p.103).

Para Cavalieri Filho (2014, p. 433) “Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta”, diferindo do erro médico que ocorre por conduta inadequada do médico. Com isso, considera-se o erro profissional justificável por ocorrer devido a imperfeições da ciência, da medicina, não estando presente neste a culpa em sentido estrito, diferente do que ocorre no erro médico por conduta negligente, imprudente ou imperita.

4.3 DIREITOS E DEVERES DOS MÉDICOS E PACIENTES – PROFILAXIA DO ERRO MÉDICO

É válido salientar a importância dos direitos e deveres dos médicos e pacientes para a responsabilidade civil. O cumprimento e descumprimento influenciam diretamente na prevenção ou acontecimento do erro médico, respectivamente.

¹¹ AÇÃO INDENIZATÓRIA Danos morais pleiteados por pais de criança nascida morta. Erro médico configurado e atestado pelo IMESC Perito que apontou a não-utilização da prática habitual para casos semelhantes ao da autora Óbito que poderia ter sido evitado Obrigação de meio não satisfeita - Danos morais adequadamente fixados Inaplicabilidade dos efeitos da sucumbência recíproca Pedido que foi integralmente acolhido Sentença mantida Recursos (agravo retido e apelação) não providos. (TJ-SP - APL: 01064050720078260005 SP 0106405-07.2007.8.26.0005, Relator: Urbano Ruiz, Data de Julgamento: 01/07/2013, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/07/2013)

Os pacientes tem o direito de obter todas as informações e documentações completas sobre o seu caso, podendo requerer cópias dos prontuários, exames, anotações, reuniões dos profissionais para discutir sobre o acometimento, conforme o direito básico à informação (Art. 6º, III, CDC). A gravação dos atos médicos também é um direito do paciente, sendo permitida aos cônjuges e filhos. Importante frisar o direito à morte digna e, é claro, o direito de recorrer ao judiciário para pleitear a reparação de possíveis danos causados pelo profissional médico.

O primordial dever do paciente é a remuneração do médico, direta ou indiretamente, ocorrendo esta última quando for associado a plano de saúde ou beneficiário da Previdência, segundo Kfoury (2013). Além da remuneração, o paciente terá o dever de seguir rigorosamente as prescrições médicas, seguindo as orientações dadas pelo profissional. É de grande importância o dever do paciente de informar ao médico todos os dados que sejam de relevância para o tratamento em questão.

O Código de Ética Médica, em seu capítulo II, expõe os direitos dos médicos, estando entre eles o direito de “indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente”, inciso II deste capítulo. O médico também terá o direito de recusa quanto à prática de atos médicos contrários à sua consciência, embora permitidos por lei, assim como poderá recusar-se à exercer sua profissão em local onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde do paciente, bem como a dos demais profissionais, incisos IX e IV, respectivamente. Outros direitos se encontram exemplificados no capítulo em questão.

Em se tratando dos deveres do médico Domingos de Melo aduz que:

Dentre os deveres dos médicos talvez o mais importante seja o de qualificar-se e atualizar-se permanente para o exercício profissional adequado da medicina, procurando estar permanentemente informado sobre novas técnicas, medicamentos e equipamentos, conforme expressamente determina o Código de Ética Médica (MELO, 2013. p.104).

O dever de atualização do médico é de fundamental importância para o tratamento de seu paciente, por isso a relevância da determinação do Código de Ética Médica¹². No primeiro

¹²Res. CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, Capítulo I, V: “Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente”.

atendimento o médico deverá interrogar e ouvir o paciente, averiguando o quadro clínico que o acomete. O médico está incumbido a instruir adequadamente o paciente com relação aos cuidados e precauções, informando o estado de saúde, sem omissões, esclarecendo toda e qualquer dúvida do paciente e/ou seus familiares/responsáveis. A obtenção do consentimento informado do paciente, antes de qualquer procedimento, é também um dever do médico. Dentre outros, o profissional tem o dever de jamais quebrar o sigilo médico.

A profilaxia do erro médico vem do gozo e cumprimento de todos os direitos e deveres dos médicos e pacientes, ou seja, se estes forem seguidos os danos serão evitados.

5 DA IMPORTÂNCIA DO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Nos países de Primeiro Mundo a utilização de seguro por hospitais e médicos é bastante aceita, acredita-se que pela grande demanda contra médicos e pelos valores altíssimos de indenização que somente se tornam possíveis pela existência de seguradoras.

No Brasil a busca pela reparação de dano cometido por profissional médico vem crescendo, porém, ainda não é demanda de tanto fluxo como se averigua nas cortes norte-americanas, por exemplo, sendo uma das causas pela qual o seguro de responsabilidade civil ainda não é uma tradição em nosso país.

Muitos criticam esse tipo de seguro, afirmando que o médico se despreocuparia, exercendo sua profissão sem os cuidados que teria caso não fosse acobertado pela seguradora. Deixaria um médico de exercer sua profissão com zelo somente por ter alguém que arque com os danos causados ao seu paciente por sua conduta culposa? Sua profissão está em risco, seu nome é posto em jogo e não é um seguro que o fará jogá-los fora.

Genival Veloso de França (*apud* MELO, 2014, p. 261.) expõe em sua obra desvantagens aceitáveis do seguro, ao aduzir que este eleva os custos dos serviços médicos, facilita a indústria de indenizações, estimula os processos contra os médicos, não cobre o dano moral, dentre outras desvantagens.

Em contra partida, apesar de inúmeras desvantagens, o seguro de responsabilidade civil do médico encontra mais prós do que contras, ainda segundo entendimento de Veloso de França (1994). Ao optar pela seguradora estamos escolhendo as melhores formas de liquidação do dano, condição de liberdade e segurança no trabalho, justiça social, previdência

propriamente dita. Além disso, a opção pelo seguro é vantajosa, pois independe da situação econômica do causador do dano, corrigindo ainda o aviltamento patrimonial da vítima.

Ao tomar como exemplo um médico considerado culpado por dano causado ao paciente não tendo condições de arcar com voluptuosa indenização terá que sacrificar seu próprio patrimônio, muitas vezes seu sustento, abalando-o ainda mais tendo em vista que o próprio erro já causa fortes danos morais também à pessoa do médico, sendo o seguro a opção mais indicada para eles.

É importante deixar claro que o seguro de responsabilidade civil médica não é um modo de prevenir o erro médico e sim de, em ocorrendo o dano, resguardar uma maior tranquilidade do exercício profissional da medicina, e de garantir o ressarcimento mais imediato à vítima e menos desgastante para o médico. Genival Veloso de França defende a socialização do risco médico lecionando que esta é “a que melhor atende à justiça coletiva. (...) É a única forma que dá ao responsável condições de responder pelo ônus do dano causado, quase sempre distante de suas reais possibilidades”.

As entidades médicas nacionais são contra a adoção do seguro de responsabilidade civil do médico e esclareceram esse posicionamento alegando que:

Os seguros comercializados no país apresentam uma apólice com cobertura limitada, principalmente no que se refere ao dano moral, não eximindo o profissional de colocar em risco seu patrimônio, caso seja condenado ao pagamento de importância acima do que fora contratado. Os valores pleiteados em juízo são frequentemente superiores àqueles cobertos pelos seguros.¹³

Além disso, alegam que as ações aumentaram nos países que utilizam seguro nesse sentido, causando ainda desinteresse do profissional médico para atuar em áreas de maior probabilidade de ensejar processos, por não ter condições de arcar com o valor do seguro. Por fim, as entidades expõem que “o seguro de responsabilidade civil do médico praticado no país é uma terapia ineficaz”, instigando o investimento da prevenção do erro médico, em vez da adoção do seguro por considerá-lo ineficaz.

¹³ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA; FEDERAÇÃO NACIONAL DOS MÉDICOS; CONFEDERAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. Seguro médico: entidades são contra. **Jornal da Associação Médica Brasileira**. Set/Out, 2003. P. 5. Disponível em: http://www.amb.org.br/_arquivos/_downloads/jamb_2003_set_out.pdf. Acesso em: 25 de out. 2014.

A adoção do seguro é prática eficaz, porém, não é utilizada como prevenção do erro médico, com isso, nada impede que um profissional médico previna a ocorrência de erro médico e mesmo assim tenha o seguro. É possível que posicionamento das entidades representativas da classe médica se encontre em amadurecimento, tendo em vista que as demandas na área em questão ainda não são tão numerosas quanto nos países que têm utilizado essa ferramenta. É provável que chegue um momento no qual as ações sejam de grande volume, ameaçando os profissionais, seus patrimônios e nesse momento as entidades se posicionarão a favor da adoção do seguro, passarão a ver que com eles a tranquilidade no exercício da profissão será maior, não deixarão de atuar em áreas de maiores riscos por temer cometer um erro médico e não ter condições de arcar com todo o custo indenizatório.

Difícil será o processo de convencimento de todos àqueles que se posicionam contra a adoção do seguro de responsabilidade civil do médico, infelizmente, pois, a adoção do seguro é vantajosa para ambas as partes, tendo em vista que protege ao médico que está exposto às incertezas e riscos inerentes à profissão e garantia ao paciente, vítima do dano causado por erro médico, da indenização de forma mais célere.

6 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, o presente artigo buscou elucidar o instituto da responsabilidade civil decorrente de erro médico, analisando a legislação que o configura, suas características, em que situações o médico será responsabilizado por dano causado ao paciente, os direitos e deveres de médicos e pacientes como profilaxia do erro médico e a importância do seguro de responsabilidade civil médica.

Foi visto que desde a antiguidade já era imposto ao médico o dever de ressarcir um paciente em caso de dano, porém, com a evolução da sociedade ocorreram transformações quanto à responsabilização do médico, no que diz respeito à forma de reparação e à ideia de culpa, por exemplo.

No Brasil, o Código Civil de 1916, influenciado pelo Código Francês, Consolidações e Código Criminal de 1830, consagrou a teoria da culpa, significando para os profissionais da área médica que estes apenas seriam obrigados a reparar o dano causado a um paciente em caso de conduta negligente, imperita ou imprudente. A teoria da culpa foi confirmada pelo Código Civil de 2002, em seu art. 186. O Código de Defesa do Consumidor apesar de ter

consagrado para a maioria das relações de consumo a teoria objetiva, criou um parêntese em seu art. 14, §4º para também considerar subjetiva a responsabilidade dos profissionais liberais. Entende-se, portanto, que a responsabilidade civil do médico é subjetiva e configurada mediante configuração de culpa.

Com relação à natureza jurídica da responsabilidade civil do médico viu-se que esta é considerada contratual, observando que, apesar disso, se comporta como uma obrigação de meio, tendo em vista que o médico tem o dever de agir com todos os artifícios possíveis em busca de restaurar a saúde do paciente, porém, ele não tem obrigação de alcançá-la, por depender também de eventos alheios a ele. Importante ressaltar a responsabilidade dos cirurgiões plásticos em cirurgias de estética, pois, neste caso a responsabilidade do médico é objetiva, e a obrigação de resultado.

A partir da adoção da teoria da culpa, é importante frisar que nem todo resultado danoso será sinônimo de erro médico, o profissional pode agir seguindo todos os seus deveres, sua boa ética, sendo cuidadoso com o paciente, se dedicando ao máximo, porém, ainda assim o dano poderá existir pelos citados motivos de excludentes de responsabilidade que não cabem ao médico. Uma dificuldade vista com relação a este instituto é a comprovação da culpa, missão árdua para o paciente ou seus familiares. Por isso, a criação inovadora do Código de Defesa do Consumidor: a inversão do ônus da prova.

No que tange aos danos sofridos pelos pacientes, o dano físico é o mais comum no erro médico, tendo em vista que o objeto da atividade médica é o corpo. Este dano enseja o pedido por danos materiais e também morais, este último é uma inovação da Constituição Federal de 1988. Os danos materiais decorrem das despesas com hospitais, por exemplo, enquanto os danos morais são decorrentes do abalo, da dor sofrida, por todo o acontecimento.

A partir de todas as informações, entende-se que o seguro de responsabilidade civil médica seja a possibilidade mais adequada e vantajosa para ambas às partes da relação, pois, a utilização deste dá proteção ao médico e garante o ressarcimento ao paciente em caso de ocorrência de erro médico. Infelizmente esta opção ainda é pouco aceita no Brasil, diferente do que ocorre em outros países como os Estados Unidos.

Por fim, acredita-se que os direitos e deveres do paciente sejam realmente a profilaxia do erro médico, o cumprimento rigoroso de todos eles dificulta uma possível conduta negligente, imprudente ou imperita do profissional médico, pois, torna a relação médico-paciente mais saudável, baseando-se na confiança e quem sabe até na amizade, resultando na impossibilidade de conduta negligente, imperita ou imprudente por parte do médico. Espera-se, por tudo isso, que todos os médicos e pacientes sejam cientes um dia de

todas as informações a respeito da responsabilidade civil médica, assim como direitos e deveres pertinentes a eles, diminuindo o número de ações que vem crescendo no Brasil, favorecendo a saúde e a importante relação entre médico e paciente.

7 REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA; FEDERAÇÃO NACIONAL DOS MÉDICOS; CONFEDERAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. Seguro médico: entidades são contra. **Jornal da Associação Médica Brasileira**. Set/Out, 2003. P. 5. Disponível em: http://www.amb.org.br/_arquivos/_downloads/jamb_2003_set_out.pdf. Acesso em: 25 de out. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Brasília: Senado Federal, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 14 ago. 2014;

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406. Brasília: Senado Federal, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 10 ago. 2014.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078. Brasília: Senado Federal, 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 10 ago. 2014.

BRASIL. TJ-RN. **Apelação 2010.000762-7 RN**. Disponível em: <http://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8691500/apelacao-civel-ac-762-rn-2010000762-7>. Acesso em: 01 out. 2014.

BRASIL.TJ-RS. **Apelação 70036906758/RS**. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22898984/apelacao-civel-ac-70036906758-rs-tjrs>. Acesso em: 12 ago.2014

BRASIL. TJ-SP. **Apelação 00210635920098260554 SP**. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122614331/apelacao-apl-210635920098260554-sp-0021063-5920098260554>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. TJ-SP. **Apelação 00461070320028260562 SP**. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117692663/apelacao-apl-461070320028260562-sp-0046107-0320028260562>. Acesso em: 01 out. 2014.

BRASIL. TJ-SP. **Apelação 01064050720078260005 SP**. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117019024/apelacao-apl-1064050720078260005-sp-0106405-0720078260005>. Acesso em: 01 out. 2014.

BRASIL. TRT4-RS. **Recurso Ordinário 00011039620125040030 RS**. Disponível em: <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129081529/recurso-ordinario-ro-11039620125040030-rs-0001103-9620125040030>. Acesso em: 12 ago. 2014.

BRASIL. TRT15-SP. **Recurso Ordinário 15154320125150055 SP**. Disponível em: <http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24589778/recurso-ordinario-ro-15154320125150055-sp-096613-2013-patr-trt-15>. Acesso em: 12 ago. 2014.

CARVALHO, Patrícia Maria de. **Responsabilidade Civil Médica: Obrigação de meio, sem exceções**. Disponível em: <http://www.meuadvogado.com.br/entenda/download/Responsabilidade-Civil-M%C3%A9dica.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (BRASIL). **Código de ética médica**. Resolução CFM n.1931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso). Brasília, 2010. Disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf. Acesso em: 30 ago. 2014.

CORDEIRO, Elza Bernardes. **O erro médico e suas consequências jurídicas**. Disponível em: < <http://books.google.com.br/books?id=uksuAzarKtoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=twopage&q&f=false>.> Acesso em: 12 ago. 2014.)

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 6.ed. São Paulo: Fundação Editorial Byk, 1994.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12.ed. v.3. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 9.ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2014.

IGNÁCIO, Aline Letícia. **Responsabilidade Civil Decorrente do Erro Médico**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/194/194>. Acesso em: 10 ago. 2014.

KFOURI Neto, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por Erro Médico**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Responsabilidade civil no erro médico**. Disponível em: http://www.saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/artigos/outros/erro.pdf. Acesso em: 12 ago. 2014.