

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL SUBJETIVA NO ERRO MÉDICO

Rodrigo Antonio de Araújo Luz¹

Luciana Flávia Nunes Casimiro²

RESUMO

O erro médico, de um tempo pra cá, tem sido alvo de várias demandas processuais. Além do aumento constante de profissionais, a maior facilidade da utilização da internet, a precariedade dos hospitais públicos e a criação dos juizados especiais agravaram a situação. Ademais, não é tão simples responsabilizar alguém na relação médico-paciente, principalmente quanto a responsabilidade subjetiva, que tem que ser caracterizada a imprudência, negligência ou imperícia, quanto a responsabilidade do médico. Então, para um melhor entendimento, é fundamental analisar a evolução histórica da responsabilidade civil e, por conseguinte, adentrar na responsabilidade subjetiva do médico, além das legislações que versam sobre o assunto em comento, quando ocorre algum dano ao paciente, a título de aprofundamento e esclarecimento de quem deverá ser responsabilizado. Com isso, objetivando pesquisar e apresentar a melhor maneira de responsabilizar o devido ofensor e de conscientizar a todos, como forma de diminuição das demandas judiciais, referentes a este tema.

Palavras-chave: Código Civil de 2002. Erro médico; Responsabilidade Civil Subjetiva; Relação médico-paciente; Punibilidade; Indenização.

ACCOUNTABILITY IN CIVIL SUBJECTIVE MEDICAL ERROR

The medical error, a while back here, has been the target of several procedural demands. Besides the steady increase of professionals, greater ease of use of the internet, the precariousness of public hospitals and the creation of special courts aggravated the situation. Moreover, it is not so simple to blame someone in the doctor- patient relationship, particularly regarding subjective responsibility, which must be characterized recklessness, negligence or

¹ Aluno do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN
E-mail: rodrigoaraujo93@hotmail.com

² Professora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN, Membro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

malpractice, as the responsibility of the physician. Then, for better understanding, it is essential to analyze the historical evolution of civil liability and, therefore, enter the subjective responsibility of the physician, in addition to the laws that deal with the subject under discussion, when damage occurs to the patient, as a deepening and clarification of who should be blamed. With this objective research and present the best way to hold the offender due and educate everyone as a way of decreasing litigation concerning this topic.

Keywords: Civil Liability of the State. Medical Malpractice; Subjective Civil Liability; Doctor - patient relationship; criminality; Compensation.

1. INTRODUÇÃO

Anteriormente, a responsabilidade civil era baseada na vingança coletiva, passando-se, posteriormente, à vingança privada, tomando como base a Lei de Talião. Com o estudo dessa evolução histórica, percebeu-se que a responsabilidade civil daquela época, não levava em consideração a culpa do agressor, sendo o mais importante o cometimento do dano.

Com isso, surgiu a Lei Aquiliana que revolucionou a responsabilização civil, pois foi a partir dela que se começou a inserir o elemento subjetivo “culpa” na responsabilidade civil. Com isso, na Idade Moderna surgiu a Teoria do Risco, expressa no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988, sendo de grande relevância para a responsabilização, haja vista tratar-se da responsabilização objetiva das empresas prestadoras de serviços, sob seus empregados. E, por fim, no código civil brasileiro de 1916 a responsabilidade expressa era a subjetiva, evoluindo, no código civil brasileiro de 2002 para a objetiva.

Com isso, o atual artigo, baseando-se em institutos legais, jurisprudenciais e doutrinários traz fatos relevantes para a maior efetividade na responsabilização subjetiva na relação médico-paciente, aprofundando o estudo, a título de esclarecimento, sobre os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, que abrange a imprudência, negligência e imperícia.

Por fim, o artigo tem como objetivo o esclarecimento de uma matéria tão demandada nos dias de hoje, que, por conta do cooperativismo médico e da falta de vara especializada, faz com que muitos juízes decidam com seu juízo de valor. Além disso, os médicos são na maioria das vezes prejudicados, visto que a aplicação da Lei do Consumidor na responsabilização faz com que torne a relação do paciente mais segura.

2. Evolução Histórica da Responsabilidade Civil

Visando o melhor entendimento do tema, é preciso adentrar na evolução histórica da responsabilidade civil, para que assim entendam a forma de responsabilizar alguém quando o mesmo comete atos ilícitos, ocasionando danos a outrem.

De início, a responsabilização civil tinha como pena a “vingança” coletiva. Segundo Maria Helena Diniz (2009, p. 11) “a reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes”, ou seja, a vingança era coletiva”.

Além disso, não se levava em conta a culpa do agressor, sendo relevante apenas o prejuízo cometido. Importante destacar que nessa época a principal fonte do direito era o costume, ou seja, a ação cometida pelo ofensor poderia nem ser ilícita, mas que transgredisse as regras sociais praticadas na época.

Posteriormente, a “vingança” passou a ser privada, baseando-se na Lei do Talião que vigorava em Roma, que ficou conhecida por sua máxima “olho por olho, dente por dente”. Com essa lei, a vingança tornou-se pessoal ou privada. Com o cometimento do dano pelo ofensor, o ofendido tinha o direito de reagir da mesma maneira, penalizando o agente. Com base em Noronha (2007, p. 528) “o talião, aplicado primeiramente pelos povos do Oriente Médio e depois por outros que foram influenciados por eles, como os da bacia mediterrânea (chegando à Roma no tempo da Lei das XII tábuas, que é de meados do século V a.C.), representou outro progresso, com a reciprocidade que representava, entre ofensor e castigo (mesmo que hoje pareçam chocantes preceitos como o contido no §230 no Código de Hammurabi (de começos do século XVIII a.C.)), segundo o qual se ruísse e matasse o filho do proprietário, o filho do construtor deveria ser morto”. Como preceitua Maria Helena Diniz (2009, p. 11)

Neste período o poder público por vezes permanecia inerte, apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, para produzir no ofensor um dano idêntico ao que experimentou. Com isso, inicia-se, mesmo que timidamente, a intervenção do Estado. (DINIZ, 2009, p. 11)

Passado esse período de retaliação, foi surgindo uma nova tendência, passando a responsabilizar o autor do dano em forma de pecúnia, tarifando cada modalidade de dano,

como aquelas instituídas pelo Código de Ur-Nammu, Manu e Lei das XII tábuas. Com isso, foi surgindo o lado econômico para compensar a pena. Percebe-se assim, desde a antiguidade as pessoas querendo vantagens financeiras. Segundo GONÇALVES (2009, p. 07)

Quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passou a ser obrigatória, e, aos demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo. (GONÇALVES, 2009, p. 07)

Com o surgimento da Lei Aquiliana ou Extracontratual, as multas fixas passaram para uma pena proporcional ao dano causado. Portanto, no ordenamento jurídico Romano, o elemento subjetivo “culpa” vem a ser relacionada na responsabilização, sendo este um grande avanço, tendo em vista que pessoas que cometessem o erro sem a intenção poderiam ser isentas da pena. Com o Código de Napoleão, a “culpa” foi introduzida e aperfeiçoada no decorrer dos tempos nas legislações de todos os povos, servindo de base até ao Código Civil Brasileiro vigente: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (Artigo 159).

Na Idade Média, no Direito Francês:

aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência” (GONÇALVES, 2009, p. 08).

É na Idade Moderna que ocasionou uma maior segurança às vítimas. Foi daí que surgiu a Teoria do Risco, ou seja, segundo o Artigo 37, §6º da Constituição Federal:

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 e culpa.

Tudo isso ocorreu, haja vista os grandes acontecimentos na Idade Moderna, como, por exemplo, a Industrialização, Iluminismo, Revolução Francesa, gerando maiores danos e obrigando a mudança na questão da responsabilização civil.

No Brasil, em relação ao Código Civil de 1916, a responsabilidade civil era subjetiva, exigindo provas da culpabilidade do ofensor. O mesmo teve forte influência do Código de Napoleão. A responsabilização civil foi tratada de forma não sistematizada, conforme dispõe seu Artigo 159: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Deixando claro a forma genérica tratada por tal código.

Por fim, no Código Civil de 2002, o então Código vigente, a responsabilidade trazida é a objetiva, ou seja, independentemente da culpa, como podemos observar no Artigo 927, §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. Com isso, fica claro a maior sistematização nos dias atuais. Além dessa independência de culpa, estabeleceu, também, o dano moral em seu Artigo 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”. Contudo, a culpa continua a ter grande importância, se não a maior, na questão da responsabilidade civil, acompanhado do risco.

2. Conceito da Responsabilidade Civil

Tal instituto, que nos dias contemporâneos, assumiu um capítulo próprio na disciplina do Direito Civil, era instituto do Direito das Obrigações. Graças ao Código Civil Brasileiro de 2002, a responsabilidade civil, além de se aperfeiçoar, tornou-se mais responsável, no sentido de responsabilizar as pessoas.

Adentrando no tema específico, vários são os conceitos de responsabilidade civil. De acordo com Maria Helena Diniz

Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).(COLOQUEI A REFERENCIA)

Ainda nesse sentido, nas palavras do doutrinador Rui Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana. (STOCO, 2007, p.114).

O termo responsabilidade civil, conforme a definição de Plácido e Silva é

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o

cumprimento da obrigação ou da sanção. (SILVA, 2010, p. 642).

Além de todos os conceitos desses ilustres doutrinadores, é importante destacar o conceito de responsabilidade no Código Civil brasileiro de 1916 e o de 2002.

Apesar do Código Civil de 1916 dedicar poucos dispositivos sobre o tema em comento, é evidente que a responsabilidade acolhida era a subjetiva, haja vista ter sido inspirada pelo Código Napoleônico, como já dito anteriormente. A culpa era a principal forma de responsabilizar alguém, até como um meio instintivo ou justo. Mas, com o passar dos anos, dúvidas foram surgindo, com relações jurídicas mais complexas, e surgiu a responsabilidade objetiva como forma de responsabilizar alguém, com base no Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 927:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. 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.

Daí de onde surge o risco administrativo, tema que será abordado posteriormente.

Com isso, vem à baila também a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, que adotou tal risco como pressuposto, haja vista o estabelecimento da responsabilidade objetiva dos fornecedores.

3. Espécies da Responsabilidade Civil

3.1. Responsabilidade Subjetiva

Diante de todos os fatos acima expostos, resta-nos claro que tal responsabilidade tem como principal pressuposto a culpa do ofensor, tendo a vítima o ônus de provar o alegado. Segundo Sílvia Rodrigues (2002, pág. 11) “se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa”.

Com base no Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 14, §4º, “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”. Ou seja, o médico agindo com negligência, imperícia ou imprudência, dá brecha para a cobrança de indenização por parte do lesante, desde que seja provada a culpabilidade do agente ofensor.

Em relação à instrumentalização usada nos procedimentos cirúrgicos, por exemplo, o médico será responsável pelos riscos que os mesmos produzem, como leciona Andorno: “Pela utilização de instrumentos perigosos que causem danos aos seus pacientes responde o médico, tenha sido ele mesmo quem manipulou o instrumento ou o aparelho, ou seja, um não-médico, seu empregado”. (COLOCADA A REFERÊNCIA)

Já é uníssona em todos os ordenamentos jurídicos, jurisprudências, que a responsabilidade civil do médico é de natureza contratual.

A não procedência da teoria do risco administrativo na prática gera uma responsabilização subjetiva para com o agente nos casos em que for representado pelo Estado, como por exemplo, o agente cometendo uma lesão decorrente do risco de sua atividade, gera responsabilidade civil do Estado em indenizar a parte lesada. Posteriormente é que descobrirá se realmente o agente não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, tendo agido assim, será responsabilizado subjetivamente, cabendo direito de regresso contra ele, a favor do Estado.

Como destaca Delton Groce (2002, pág. 03)

(...) Se denomina responsabilidade médica situação jurídica que, de acordo com o Código Civil, gira tanto na órbita contratual como na extracontratual estabelecida entre o facultativo e o cliente, no qual o esculápio assume uma obrigação de meio e não de resultado, compromissando-se a tratar do enfermo com desvelo ardente, atenção e diligência adequadas, a adverti-lo ou esclarecê-lo dos riscos da terapia ou da intervenção cirúrgica proposta e sobre a natureza de certos exames prescritos, pelo que se não conseguir curá-lo ou ele veio a falecer, isso não significa que deixou de cumprir o contrato.

Em relação a responsabilização subjetiva do Estado, destaca Celso Antônio Bandeira de Mello que “no caso do dano defluir de omissão por parte do Estado, há a responsabilidade

subjetiva do mesmo, haja vista não se tratar de conduta ilícita cometida pelo Estado, pois nesse caso não se destaca a imprudência, negligência e imperícia”.³

Contudo, a responsabilidade subjetiva foi revogada do Art. 15 do Código Civil de 1916 que servia de base legal para a responsabilidade subjetiva. Porém, todos respondem subjetivamente pelos seus danos cometidos a outrem, por um imperativo ético-jurídico universal, haja vista tratar-se daqueles casos em que a responsabilidade objetiva não estará expressa, destacando-se, assim, a responsabilidade subjetiva, quando, claro, se configurar a culpa.⁴

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2ª. ed., Pág. 344)

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.

O STJ, no julgamento do AgRg no AREsp 65343 / SE⁵, demonstra um caso em que a conduta omissiva do Estado lhe colabora o dever de recompor:

Hipótese em que o **Tribunal a quo consignou não evidenciadas nos autos causas excludentes da responsabilidade estatal; ao contrário, anotou que a omissão do Estado foi significativa, sendo certo que uma ação de vigilância e cuidado poderia ter evitado a morte da vítima.** A revisão desse entendimento demanda nova análise dos elementos fático-probatórios, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. **(Grifou-se)**

3.2. Responsabilidade Civil Objetiva

³ (Curso de Direito Administrativo, 15ª. ed., Malheiros Editores, págs. 871 e 872)

⁴ A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado, Sérgio Cavalieri Filho, Desembargador (aposentado) do TJERJ e Procurador-Geral do TCERJ, pág. 15.

⁵ <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399365/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-65343-se-2011-0242278-7-stj>

É bastante claro que tal responsabilização é a adotada pelo código civil vigente. A responsabilidade objetiva abrange a Teoria do Risco, que a culpa não é pressuposto para responsabilizar, e sim, violação de um dever extracontratual, como por exemplo.

Esta responsabilidade foi consignada no artigo 927, parágrafo único do atual Código Civil, que, como já dito anteriormente, destaca que há reparação do dano, mesmo não tendo culpa.

Ou seja, o dano ilícito, sendo provado, independe da culpa do agente causador do dano, visto que a vítima não pode esperar que seja descoberto quem cometeu aquele dano, tendo a mesma, o direito de receber logo a indenização.

Observa-se, assim, que a responsabilidade civil objetiva é fundada na teoria do risco, haja vista o agente criar o risco, pois a sua profissão, o risco é inerente, como nos casos dos médicos. Nesse caso, se o médico prestar serviço para o Estado, terá o mesmo a responsabilidade objetiva. Ou seja, a teoria do risco visa outorgar ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa, como, no caso do médico, responderá, a priori, por qualquer erro cometido, existindo ou não culpa, podendo, posteriormente, ser ressarcido, como nos casos em que couber o direito de regresso.

Contudo, difere da teoria do risco integral, haja vista que para o Estado ser responsabilizado objetivamente, precisar existir relação de causalidade.

A Constituição Federal tratou do tema no seu artigo 37, §6º:

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 e culpa.

Com isso, a teoria do risco administrativo tem a relação do agente representante do Estado cometer o dano, e não qualquer agente ou qualquer ato.

4. Pressupostos da responsabilidade subjetiva

4.1. Culpa médica

O médico só poderá ser responsabilizado por sua conduta, se for comprovada realmente a culpa por parte deste profissional. Com isso, para caracterizá-la, precisa ser analisado se o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Inexistindo a culpa do médico, não há que se falar em indenização.

4.2. Imprudência

O médico agirá com imprudência, quando agir sem precaução, de forma açodada. Aquele que executar procedimentos arriscados, realizar cirurgias sem auxiliar, praticar o atendimento sem os equipamentos necessários, será imprudente, o que caracteriza culpa, sendo, assim, responsabilizado civilmente. O Grande problema da imprudência é: no caso do paciente que chega ao hospital público em caso de emergência, necessitando ser operado de urgência, e, com base na estrutura dos hospitais públicos do país, sabe-se que muita instrumentalização necessária para uma cirurgia segura falta, acrescentando ao médico um risco maior de erro do que já lhe é inerente. Nesse caso, se o médico fizer a cirurgia, mesmo sem todos os instrumentos necessários, para tentar salvar a vida do paciente, que se o deixar, morrerá, terá agido com imprudência se cometer algum erro ou, posteriormente, o paciente sofra algum traumatismo por culpa da má estrutura do local da cirurgia?

De acordo com a Resolução número 1931/2009, do Conselho Federal de Medicina, são direitos dos médicos, como exemplo, “recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina”⁶.

Contudo, na mesma resolução, o Art. 7º diz que: “Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria”.

Com isso, obrigado é o médico a atender o paciente em caso de urgência, mesmo que o hospital não lhe dê todos os meios necessários para o atendimento.

O médico quando presta serviço para um hospital público, no Sistema Único de Saúde é acobertado pela responsabilidade objetiva do Estado, e extracontratual do médico.

⁶

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm

Então, só será responsabilizado o médico, se comprovada sua culpa ou dolo.

4.3. Negligência

É aquele ato com desleixo, preguiça do médico. Como exemplo, a amputação de um membro errado. É bastante difícil de ser provada em certos casos, haja vista até a ausência de esclarecimento para o paciente sobre riscos e possíveis complicações de certos tratamentos, caracterizá-la.

Segundo Genival Veloso de França, caracteriza-se a negligência médica

Pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo. O abandono ao doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro (um médico, confiando na pontualidade do colega, deixa plantão, mas o substituto não chega e o doente, pela falta de profissional, vem a sofrer graves danos. É a negligência vicariante);⁷

4.4. Imperícia

É a falta de técnica de determinado procedimento médico. Nesse caso, na imperícia médica é onde se observa os erros médicos mais grosseiros, haja vista tratar-se de despreparo.

5. Da aplicação da Lei do Consumidor na relação médico-paciente

Desde a publicação da Lei do Consumidor, os doutrinadores não chegaram a um entendimento se se aplica ou não na relação médico-paciente.

⁷ FRANÇA, Genival Veloso de, *Comentários ao Código de Processo Ético-Profissional dos Conselhos de medicina do Brasil, CRM* - Paraíba, 1997, p. 283.

Segundo o Conselho Federal de Medicina, não existe relação da lei em comento na relação médico-paciente, haja vista que a saúde, no entendimento do conselho, não é produto.

Além disso, o Código de Ética Médica estabelece em seu capítulo I, princípios fundamentais, inciso XX, que “A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”, mas, não é isso que a jurisprudência vem adotando.

Uma das grandes problemáticas é se o médico fornece e exerce um serviço para o paciente consumir. Se essa relação acontecer, terá a aplicação da Lei.

Com isso, a Lei em comento destaca no seu artigo 2º, “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, como sendo consumidor. Dessa maneira, observa-se que o paciente está consumindo o serviço do médico como destinatário final, haja vista o artigo 3º, parágrafo 2º, afirmar que “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Por fim, leciona em seu artigo 3º, que “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” é fornecedor. Com isso, é difícil não classificar o médico como fornecedor e sua atividade como um serviço, sujeitando-se, assim, a aplicação da Lei do Consumidor.

Para Sérgio Rodrigues

O Código de Defesa do Consumidor regula todas as relações contratuais entre a pessoa que adquire um produto e um serviço como destinatário final (2º) e um fornecedor, que é todo aquele que fornece um produto ou um serviço mediante remuneração. Ora, entre o cirurgião e o paciente se estabelece um contrato tácito em que o cirurgião se propõe realizar a cirurgia na pessoa do paciente, mediante remuneração, e se obriga a usar toda a sua habilidade para alcançar o resultado almejado. Trata-se de um contrato de prestação do serviço, pois esse contrato, na linguagem daquele código é toda atividade fornecida no mercado mediante remuneração. Aliás, o Código do Consumidor contempla a espécie de serviço fornecido pelos profissionais, tais como médicos, dentistas etc. ao declarar no parágrafo 4º do artigo 14 que ‘a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa’. O Código de Defesa do Consumidor é lei de

ordem pública e de interesse social, e, assim, se aplica a todos os casos que abrange desde a sua entrada em vigor. Isso vem proclamado no seu art. 1º. Portanto parece-me que a relação entre paciente e cirurgião fica abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor. Uma das principais consequências desta conclusão é a de que em tais relações os prazos de prescrição para reclamar a reparação do dano derivado da prestação do serviço é de cinco anos (art. 27)

Além disso, é importante observar que a medicina tem se mercantilizado bastante, haja vista as consultas serem tão rápidas, ao ponto de o paciente sair do consultório sem sequer lembrar o nome do médico.

Dessarte, apesar do Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina, associações médicas, entre outros, defenderem que a relação médico-paciente não é regulada pela Lei do consumidor, observa-se que, com toda a fundamentação da Lei do Código de Defesa do Consumidor, e as decisões reiteradas dos tribunais a respeito da aplicação desta lei com essa relação, não há como não aceitar tal aplicabilidade na relação médico-paciente.

Contudo, há problemas da aplicação da Lei do consumidor na relação médico-paciente. Primeiramente, tem que ser observado a inversão do ônus da prova, que está expresso no Artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, cabendo ao consumidor, apenas alegar, sem a obrigação de provar o alegado, cabendo assim, ao médico a prova negativa. É importante destacar que provar pericialmente um mau exercício do paciente, nos casos em que estiver o mesmo de recuperação em casa, torna-se um pouco complicado, sendo na maioria das vezes, a forma testemunhal como único meio de prova que o paciente teve culpa no caso. Mas, como todos sabem, o paciente que se recupera em casa, tem a visita apenas de familiares, amigos, tornando-se difícil a prova por meio de testemunha para o médico.

O médico, tendo esse ônus de provar que não teve culpa, terá de corroborar a inexistência do nexo de causalidade entre o dano e sua conduta. E, caso existindo esse nexo de causalidade, atestar que não agiu de maneira imprudente, negligente ou imperito.

Além disso, tal disciplinamento vai de confronto com a regra básica do direito, que quem acusa tem de provar.

Outro ponto relevante é o da prescrição, que fica acrescido de três para cinco anos, tendo em vista que o código civil trata da reparação civil por algum dano em até três anos, conforme seu artigo 206, §3º, inciso V. Já o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor diz que: “Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do

produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”. Com isso, aumenta em dois anos o prazo prescricional.

Observado todos esses pontos, não seria viável o Superior Tribunal de Justiça adotar essa aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente, mas, é importante destacar que a aplicação desse código será aplicado concomitantemente com o código civil, e, com isso, o médico terá responsabilidade contratual desde que feito a sua parte, não podendo o mesmo garantir ao paciente sua total eficácia.

Já no caso do médico executar alguma ação em que seja ilícita ou até mesmo contra a vontade do paciente, tal responsabilidade será extracontratual.

Contudo, como já em comento, a inversão do ônus da prova é um caso a ser repensado nesses casos, haja vista tornar muito difícil para o médico provar o pós-cirúrgico, ou o que o paciente fez em sua recuperação domiciliar.

Portanto, tendo em vista todos esses pontos, na relação médico-paciente nos casos gratuitos ou através do Sistema Único de Saúde, não há que se falar relação de consumo, consequentemente, aplicação da Lei do Consumidor, permanecendo assim, nesse caso, o prazo prescricional de três anos e o ônus de provar de quem acusa.

6. Excludentes de Responsabilidade do Médico

São situações em que o médico exclui sua responsabilização civil de determinados casos, haja vista não pode prever a causalidade do dano, excluindo-se o nexo de causalidade.

Os principais excludentes são: Caso fortuito ou de força maior, fato de terceiro, culpa da vítima e cláusula de não indenizar.

6.1. Caso fortuito ou de força maior

Nesse caso, o médico não tem como imaginar que tal fato irá acontecer.

Assim como leciona Maria Helena Diniz

Na força maior, por ser um fato da natureza, pode-se conhecer o motivo ou a causa que deu origem ao acontecimento, como um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos, etc. Por outro lado, o caso fortuito tem origem em causa desconhecida, como um cabo elétrico aéreo que sem saber o motivo se rompe e cai sobre fios telefônicos causando incêndio, explosão de caldeira de usina, provocando morte

Além disso, prevê o Código Civil no seu artigo 393 e seu parágrafo único

o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir

6.2. Fato de terceiro

Acontece quando um terceiro, que não tem nada a ver na relação médico-paciente, intercede um dano. Mas, nesse caso, o dano provocado tem que ter sido gerado pelo terceiro, por si só, ou seja, pela lesão cometida exclusivamente do terceiro é que acarretou no dano sofrido.

Além disso, a Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, no processo ACJ 20040810052906 decidiu em 29/11/2006

CIVIL. PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. IMPROPÉRIOS DIRIGIDOS POR TERCEIRO À USUÁRIA DO SERVIÇO. IRRESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA DE TRANSPORTE CONFIGURADA. FATO DE TERCEIRO COMO EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA REFORMADA.

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS PODERÁ SER ELIDIDA POR FATO IMPUTÁVEL EXCLUSIVAMENTE À VÍTIMA OU A TERCEIRO. EXEGESE DO ARTIGO 14, PAR.3º, II, IN FINE. 2. FATO DE TERCEIRO, ESTRANHO AO OBJETO DO CONTRATO DE TRANSPORTE, É RAZÃO, POR SI SÓ, PARA EXCLUSÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE E, EM CONSEQÜÊNCIA, DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA DE TRANSPORTE, POR FATOS ILÍCITOS OCORRIDO NO INTERIOR DE ÔNIBUS DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. 3. CONSTITUI CAUSA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DA EMPRESA TRANSPORTADORA FATO CAUSADO POR TERCEIRO, INTEIRAMENTE ESTRANHO AO TRANSPORTE EM SI. PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ. (STJ, RESP 262.682/MG, 4ª T., REL. MIN. BARROS MONTEIRO, DJU 20.06.2005). SENTENÇA REFORMADA⁸

Como leciona Raul Canal

O terceiro nesse caso não guarda nenhuma relação entre o médico e o paciente. É sujeito totalmente estranho ao “contrato” do médico com o paciente. Pode, inclusive, fazer parte da equipe médica. Todavia, estranho à relação contratual

6.3. Culpa da vítima

É quando o dano provocado na vítima é gerado por uma conduta exclusiva ou concorrente da própria vítima. O Código Civil não traz expressamente a culpa exclusiva, trazendo apenas a concorrente no seu artigo 945: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

⁸ BRASIL. Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Apelação Cível no juizado especial n. 20040810052906/DF. Relator: SOUZA, José Guilherme de. Publicado no DJU de 29-11-2006 p. 154. Disponível em <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2759551/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-20040810052906-df>. Acessado em 30-10-2014.

6.4. Cláusula de não indenizar

Segundo José de Aguiar Dias: “a cláusula de não indenizar não torna ninguém irresponsável pelo cumprimento de suas obrigações, mas exime o causador do dano da consequência do inadimplemento”.

Ou seja, o contrato de prestação de serviço do médico, se o mesmo se der de maneira formal, expressa, escrita e assinada, a cláusula pode ser inserida ao contrato.

Ademais, o código civil permite as cláusulas limitativas do dever de indenizar, como o artigo 408 e seguintes, que regulam a cláusula penal, que é limitativa da responsabilidade civil, pois configura uma pré-fixação de danos.⁹

Além disso, adotou também, o código civil, a cláusula de não indenizar no caso da evicção e no da exclusão da responsabilidade em caso fortuito e de força maior, conforme artigos 448 e 393, do código civil, respectivamente.

Com isso, apesar de a jurisprudência ter adotado decisões contrárias, a doutrina leva mais a uma conclusão a favor da cláusula de não indenizar.

Contudo, vale salientar, que essa cláusula não pode trazer vantagem para o contratante e eximir o dolo do prestador do serviço.

7. Criação de vara especializada em Direito Médico

Observando o aumento considerado da judicialização da medicina, que segundo estatísticas do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aumentou em mil e seiscentos por cento (1.600%) naquela Corte, no período de 2002 a 2012.

Hoje, cerca de 28.000 mil médicos estão sofrendo algum tipo de processo, seja na esfera cível, ética ou criminal. E, com todo esse reforço do Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, além da Constituição Federal, os direitos dos cidadãos foram solidificados. O paciente-consumidor está cada vez mais exigente, haja vista a facilidade de informações que existem nos dias atuais. Além disso, a criação dos juizados especiais, apesar de desafogar a justiça comum, termina que aumentando os processos, visto a facilidade de se

⁹ Gomes, 2006, p. 186.

demandar judicialmente.

Ademais, um grande problema nesses processos que versam sobre erro médico, é quanto a prova negativa do médico. Além disso, o cooperativismo médico chega a ser tão forte que, o juiz na maioria das vezes, tem que decidir com juízo de valor, e, com isso, grande parte das demandas, poderá não ser a mais justa para o caso concreto.

Para o médico provar que o paciente não seguiu fielmente suas exigências após uma cirurgia, por exemplo, é muito difícil, tendo em vista que o paciente passa sua recuperação em casa, na presença somente de familiares e amigos. Com isso, dificilmente, nenhum dos mesmos testemunharão contra o paciente, que em certos casos, é a única maneira de o médico provar a sua inocência.

Já o paciente, para provar, basta que o dano tenha ocorrido. Posteriormente, será examinado por um perito para se constatar se o médico agiu com imprudência, imperícia ou negligência, ou se a vítima concorreu para esse dano. Sendo que, é quase que impossível provar a culpa concorrente ou exclusiva do paciente, sobrando apenas a prova testemunhal, que nesse caso, como visto acima, torna-se difícil para o médico conseguir testemunhas a seu favor.

Assim, a criação de uma vara especializada, apesar de poder aumentar a judicialização da medicina, irá, como o próprio nome já diz, especializar mais, e, teoricamente, conseguir ter uma maior eficácia e celeridade, além de proliferar decisões mais justas.¹⁰

8. Conclusão

Em vista dos argumentos apresentados, é imprescindível que todos se conscientizem que à atividade do médico, o risco está totalmente inerente.

Com isso, depois de aprofundado a responsabilidade civil, adentrando nas espécies, observa-se que o chamado erro médico nem sempre é fácil de ser provado, haja vista que, na maioria das vezes, o único meio de se provar é por testemunhas, tornando quase que impossível para o médico, visto que foge de seu limite, como no exemplo citado, da recuperação do paciente em sua própria residência.

Então, como sugestão de uma maior eficácia nos processos desse tema, tendo em vista que vários médicos saem prejudicados, a criação de uma vara especializada, creio que

¹⁰ CANAL, Raul. Erro médico e Judicialização da Medicina. Saturno, 2014, página 21.

seria, apesar de possivelmente aumentar a demanda, uma das únicas formas de preparar e capacitar os juízes para julgar os processos relativos ao erro médico. Além disso, os assistentes técnicos na maioria das vezes realizam executam mal essas perícias, haja vista não serem preparados para essa perícia judicial. E, ainda, o cooperativismo médico ainda atrapalha muito quanto aos peritos nomeados, restando ao juiz decidir com juízo de valor, tendo que desprezar o laudo pericial.

Além disso, é importante destacar que a atividade do médico é a única em que o comportamento do consumidor dos seus serviços irá influenciar no resultado, mais até que a do próprio médico. Por conseguinte, como já dito anteriormente, provar por meio de perícia médica fato ocorrido a muito tempo atrás, torna-se quase que impossível, restando apenas a prova testemunhal, que a dificuldade dessa prova já foi discutida.

Dessa forma, conclui-se que o tema, apesar de ser a título revisional, traz à baila uma forte relevância social, haja vista tratar-se de um bem jurídico inerente à todos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Edson Camara de Drummond Junior. **A Responsabilidade Civil No Código Civil De 2002 E A Previsão Da Indenização Pelo Dano**. São Paulo: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Civil/doutciv95.html>>. Acesso em 06 de outubro de 2014.

ANDORNO, Luís, *La responsabilidad civil médica*, Revista Ajuris, 59/224. pág. 230.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002: **Código Civil de 2002**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em 03 de setembro de 2014.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1 de Janeiro de 1916: **Código Civil de 1916**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em 03 de setembro de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acessado em 25 de outubro de 2014.

BRASIL. Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Apelação Cível no juizado especial n. 20040810052906/DF. Relator: SOUZA, José Guilherme de. Publicado no DJU de 29-11-2006 p. 154. Disponível em <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2759551/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-20040810052906-df>>. Acessado em 30-10-2014.

CANAL, Raul. **Erro Médico e Judicialização da Medicina**. Saturno, 2014, pág. 73.

CROCE, Delton. **Erro médico e direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 23. ed. São

Paulo: Saraiva, 2009. Vol. 7.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 20. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*, 16ª edição, Saraiva, 2002, volume 2, páginas 346-347.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Vol. IV.

Mello, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de Direito Administrativo*, 2ª. Ed., RT, pág. 344.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I.

PENAFIEL, Fernando. *Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil* <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110>. Acesso em 06 de setembro de 2014.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Sem autor definido. **RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009**. São Paulo: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em 07 de outubro de 2014.