

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

BÁRBARA DE GUADALUPY TOLEDO SOUTO VIEIRA

DA NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS DE MEDICINA
POR CONSEQUÊNCIAS ORIUNDAS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS QUE
COMPORTEM OBRIGAÇÃO DE MEIO

Aracaju

2014

BÁRBARA DE GUADALUPY TOLEDO SOUTO VIEIRA

DA NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS DE MEDICINA
POR CONSEQUÊNCIAS ORIUNDAS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS QUE
COMPORTEM OBRIGAÇÃO DE MEIO

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe como
pré-requisito de conclusão do curso de
Direito.

Orientador:

Prof. Esp. André Luis Pereira Oliveira

Aracaju

2014

BÁRBARA DE GUADALUPY TOLEDO SOUTO VIEIRA

DA NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS DE MEDICINA
POR CONSEQUÊNCIAS ORIUNDAS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS QUE
COMPORTEM OBRIGAÇÃO DE MEIO

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. André Luis Pereira Oliveira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE
Orientador

Prof. Me. Vitor Condorelli dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE
1º Examinador

Prof. Esp. Gilda Diniz dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE
2º Examinador

Dedico este trabalho a minha mãe, Maria Quitéria Toledo, por diversas vezes ter abdicado de si mesma para me colocar como sua primeira prioridade. Tenha certeza que és o grande amor da minha vida, obrigada por estar comigo na jornada da vida, te amo! E ao meu Deus por ter me dado uma segunda chance de viver!!!

AGRADECIMENTOS

Agradecer: demonstrar ou expressar gratidão; oferecer graças; reconhecer. E é nesse sentido da palavra que venho aqui contextualizar todo o meu amor e carinho por cada um de vocês que embarcaram nessa comigo.

Sou muito grata a Deus, fonte de todo conhecimento. Agradeço aquele, que me permitiu tudo isso, é a Ele que dirijo minha gratidão maior. Agradeço aos meus pais Quitéria Toledo e Paulo Vieira, por serem meus espelhos, por todos os anos de total dedicação, amor, carinho, cumplicidade e abdicção de seus próprios sonhos pra realizar os meus. Amo vocês e dedico essa vitória!! A minha maga, minha Rhay, minha irmã que é o melhor presente que meus pais poderiam me dar. Ao vovô Beto e a vovó Carmem, por todo carinho que a primeira neta pode receber, amo vocês! E em especial ao vovô Souto e a vovó Solange por além de avós, serem meus pais, pelos mimos e dengos e por me ensinarem a ser uma pessoa melhor. Se sou o que sou, e cheguei até aqui, devo isso a vocês! Ao meu padrasto Franklin, que é como um pai pra mim, e que me ensina diariamente o dom da serenidade, pois tudo tem seu momento certo. Aos meus Tios loucos e amados, por festejarem cada vitória alcançada e aos meus Primos queridos. Família grande é assim, não tem como citar um a um. Neste compasso, continuo agradecendo a minha amiga-irmã Amanda e sua família, por sempre me acolherem. Meu céu, nossa amizade vem de outras vidas.

Deus me presenteou com joias raras na terra conhecidas como amigos, os quais, tenho enorme prazer em agradecer, aqui compreendidos por: Mirella, Luiza, Mara, Amália, Taisa, Leilane, Juliana, Bárbara, Kat, Nara, Maurício, Cabral, Neto, Léo, Ricardo e Renato. Muito obrigado por estarem comigo sempre!! Aos meus amigos da graduação em que eu pude ter a honra de dividir esses 05 anos e a todos os amigos de Maceió e Aracaju, obrigada mesmo!

De maneira muito especial, quero agradecer a duas pessoas que fazem parte não só da minha formação acadêmica, como também da pessoal e profissional, Marcela Pithon e André Oliveira (meu orientador). Obrigada por me presentear com o meu primeiro estágio e pelo amor dedicado a advocacia, que me fez ter a certeza de que escolhi o caminho certo.

Aos meus eternos chefes: Dra. Gilda, Dr. Marcos, Marcelo Dória, Leão Magno e Aline Hora. Obrigada por compartilharem comigo o bem mais precioso que é o conhecimento! Aos meus amigos de estágio da Assessoria Jurídica do Hospital Cirurgia, da Procuradoria Federal, da Fundat e do Escritório de Advocacia Magno Brasil, valeuu!

Agradeço aos meus professores, que desempenham diariamente a tarefa de amor e doação ao lecionar. Assim, obrigada Vitor Condorelli, Matheus Brito, Matheus Dantas, Arnaldo Machado, Pedro Durão, Augusto Cesar, Thiago Moreira, Evânio Moura, José Carlos e Anna Paula Santana, obrigada por todo conhecimento por mim agregado através dos ensinamentos de vocês.

Por fim, agradeço mais uma vez a todos que direta ou indiretamente me ajudaram a subir mais esse degrau, e digo: É apenas o começo!!

Conquistas sem riscos são sonhos sem méritos. Ninguém é digno dos sonhos se não usar as derrotas para cultivá-los.

Augusto Curi

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo explicar a diferença entre o erro médico, a iatrogenia e o erro inescusável. Foi feita uma brevíssima abordagem acerca da responsabilidade civil, diferenciando-a da subjetiva para a objetiva, da teoria contratual e extracontratual. De forma que foi feito também um breve apanhado sobre a responsabilidade civil médica e duas possibilidades de excludentes dessa responsabilização, com a exposição de alguns casos julgados pelos Tribunais Regionais, com clara e evidente atuação expansiva do Poder Judiciário. Desta maneira, no estudo em questão foram elencadas as principais críticas tecidas ao erro médico, iatrogenia e o erro inescusável, principalmente na aplicação dos distintos conceitos, onde buscou-se saber a natureza da responsabilidade dos profissionais da medicina por consequências danosas oriundas de procedimentos médicos que comportem obrigação de meio, separando assim a obrigação de resultado. Esta monografia, como subsídio teórico, destacou e debateu sobre a interpretação judicial dos três institutos, e, a necessidade de uma possível limitação de tal interpretação.

Palavras-chaves: Erro Médico, Iatrogenia, Erro Inescusável, Responsabilidade Civil Médica, Obrigações de meio.

ABSTRACT

This study aims to explain the difference between medical error, iatrogenesis and inexcusable error. A very brief approach was taken on the liability, differentiating it from the subjective to the objective, the contractual and non-contractual theory. So that was also done, a brief overview on the medical liability and two possibilities for this exclusive accountability, exposing some cases tried by the Regional Courts, with clear and obvious expansive action of the Judiciary. Thus, in the present study were listed the main criticisms of medical mistake, iatrogenic and inexcusable error, especially in the application of different concepts, where we sought to know the liability of medical professionals by damaging consequences arising from medical procedures behave obligation of means, thus separating the obligation of result. This monograph, as theoretical background, highlighted and discussed the judicial interpretation of the three institutes, and the need for a possible limitation of this interpretation.

Keywords: Medical error, Iatrogenia, inexcusable error, Medical Liability, Bonds middle.

LISTAS DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CPC – Código Processual Civil

CF – Constituição Federal

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

INANPES – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 13 |
| 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL | 18 |
| 2.1 A Responsabilidade Civil Objetiva | 21 |
| 2.2 A Responsabilidade Civil Subjetiva..... | 24 |
| 2.3 A Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual..... | 26 |
| 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA..... | 29 |
| 3.1 A Relação Médico-Paciente | 33 |
| 3.2 Erro Médico..... | 35 |
| 4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO..... | 38 |
| 4.1 Iatrogenia | 38 |
| 4.2 Erro Inescusável, ou Resultado Incontrolável ou Acidente Imprevisível..... | 44 |
| 5 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA..... | 47 |
| 7 CONCLUSÃO | 48 |
| REFERÊNCIAS | 50 |
| ANEXOS | 52 |

1 INTRODUÇÃO

É inegável que perante o direito à integridade corporal, à saúde e a vida, tutelados pela ordem estatal, o médico é colocado no centro das atenções quando se fala sobre bens supremos da pessoa humana, visto que, notoriamente é o direito a vida que está sendo tutelado. Com esta conscientização, aumentaram as reivindicações pelas indenizações por supostos erros médicos.

Nesta esteira, o estudo da responsabilidade médica tem grande relevância, em decorrência de o profissional estar lidando com a saúde e com a própria vida do ser humano, merecendo maior respeito.

Este trabalho tem como objetivo verificar a responsabilidade civil médica e os danos que poderão advir desses profissionais de saúde. Ou seja, é trazer à baila os aspectos legais e seus reflexos tanto do ponto de vista médico quanto do ponto de vista jurídico, bem como suas consequências diante das condutas praticadas pelos profissionais da área da saúde. Nesse contexto, o objetivo fundamental desse estudo é o de propiciar uma resposta seguinte questão: quando o profissional da medicina pode vir a ser responsabilizado por consequências oriundas de um atendimento reputado de irregular?

Essa pergunta é de grande discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência, tendo em vista que várias são as situações em que os profissionais se encontram. Isto em razão dos diagnósticos e da variedade de tratamentos que o médico sugere. Entretanto, a partir do momento em que não se atinge o resultado pré-meditado, ou seja, não se atende às necessidades do paciente, e ainda gera danos ao mesmo, por um ato de descuido, falta de técnica, ou ainda, por imprevisão do médico, surge a possibilidade de sua responsabilização.

Atualmente, com o vasto número de demandas judiciais envolvendo o instituto da responsabilidade civil, nota-se que em determinados casos, ainda que presentes os elementos essenciais da culpa e do dano, se torna inviável a efetiva demonstração de existência do nexo etiológico entre ambos, o que sacramentou o insucesso da petição indenizatória.

Outro ponto primordial é analisar qual o tipo de obrigação do médico, isto é, se a obrigação é de meio ou de resultado, como é o caso das cirurgias plásticas. Em ambos os casos percebe-se que a responsabilidade do médico é subjetiva, pois depende da comprovação de culpa. Tanto o Código Civil quanto o Código de Defesa do Consumidor adotam a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, no que tange ao exercício da medicina.

A medicina é uma atividade que, quando normalmente desenvolvida, não traz risco para outrem. O que traz risco é a doença, o trauma, a mazela, que já existem no momento em que o paciente procura o médico. Dessa forma, determinados danos podem ser causados em virtude da falibilidade humana, da reação corpórea do paciente, não guardando relação com condutas omissivas ou comissivas do profissional.

No âmbito da relação médico-paciente, incluindo os deveres da informação, sigilo e ética profissional examina-se também o comportamento do paciente, já que este muitas vezes não segue todas as recomendações do médico e, por isso, acaba não alcançando o resultado desejado.

Também será abordado o erro médico confrontando-o com a iatrogenia, diferenciando os dois conceitos. O ponto de divergência, no que tange à interpretação e aplicação desses conceitos, está na exploração das implicações jurídicas do erro médico, procurando suas falhas e fatos geradores, e a iatrogenia que é efeito adverso, ocorrido na tentativa de beneficiar o paciente, que leigamente pode ser confundida com erro médico.

Através de uma análise jurisprudencial, será realizado um estudo relacionado à responsabilidade civil do médico, objetivando demonstrar quando é possível responsabilizá-lo frente às situações diversas e às excludentes de responsabilidade.

É imperioso ressaltar que nesta obra serão abordadas as implicações atinentes às obrigações de meio, excluindo-se, portanto, a análise das consequências oriundas de obrigações de resultado, a exemplo da cirurgia plástica, cujo estudo reportaremos a um momento futuro.

Vê-se que tem aumentado bastante o número de ações judiciais, bem como, questionamentos na esfera administrativa objetivando pronunciamentos que informem a ocorrência de má prestação no serviço médico.

O tema, apesar de polêmico, visa fundamentar a possibilidade jurídica do erro inescusável ou da iatrogenia como excludentes de responsabilidade civil médica conforme os princípios decorrentes no nosso ordenamento jurídico.

Nestas dizes, a iatrogenia é uma palavra que deriva do grego: o radical iatro (“*iatros*”), significa médico, remédio, medicina; geno (“*genáo*”), aquele que gera, produz; e ia, uma qualidade. A iatrogenia poderá, portanto, ser entendida como qualquer atitude do médico.

Entretanto, o significado mais aceito é o de que iatrogenia consiste num resultado indigesto da prática médica. Modernamente, a medicina conceitua a iatrogenia como um evento danoso suportado por paciente submetido a tratamento médico, mas cuja seqüela não está atrelada e adotada no procedimento, ou seqüelas, mas não atrelados ao tratamento prescrito, o que afasta a questão da responsabilidade civil.

Apesar de não haver unanimidade na doutrina quando ao conceito de erro médico e iatrogenia - existindo aqueles que digam que o segundo engloba o primeiro -, nos tribunais brasileiros não é raro tal diferenciação ser insculpida em sentenças e acórdãos.

Para melhor a compreensão do erro inescusável, também chamado de erro de diagnóstico inescusável, invoca-se posturas ou condutas dos profissionais que ocorrem em virtude das limitações e do estágio evolutivo da própria ciência médica. Ou seja, enquanto o erro médico é reflexo de uma conduta culposa, seja por imprudência, negligência ou imperícia, no erro inescusável o médico agiu com adequação e zelo, dentro dos ditames éticos e científicos de sua atividade, sendo levado ao infortúnio em razão de fatores que lhe fogem do controle e que não podem ser exigidos pela impossibilidade decorrentes das naturais limitações técnicas de sua ciência.

Como se percebe, a problemática enfrentada apresenta contornos amplos, cuja compreensão – não exaustiva justificativa a confecção da presente obra, que

visa se apresentar como instrumento norteador daqueles que intentem labor ou mesmo pesquisar sobre a Responsabilidade Médica e suas implicações, independente de sua área de atuação profissional.

O objetivo do trabalho acadêmico é explicar a diferença entre erro médico, iatrogenia e o erro inescusável (nexo causa, conduta irregular, dano), averiguando o entendimento doutrinário acerca desses institutos e como decorre o seu uso dentro do ordenamento jurídico pátrio e apresentando os elementos necessários à caracterização do dever de indenizar pelo médico, colaborando assim para que esta pesquisa chegue aos alunos e operadores do curso de Direito e que eles possam, numa perspectiva científica, entender que nem sempre haverá o dever de reparar eventos indesejados, infortúnios, ocorridos em procedimentos médicos.

Ademais, o presente estudo também abordará qual o fundamento do Direito na Responsabilidade Civil Médica, de que forma se divide a responsabilidade em se tratando de eventos danosos oriundos de procedimentos médicos-hospitalares e qual a natureza da responsabilidade do médico nas relações de meio. Tudo isso inferindo se a iatrogenia e o erro inescusável podem ser excludentes de responsabilidade nos casos nos quais questionadas obrigações de meio.

O tema ainda é muito pouco explorado no sentido de oferecer soluções para os conflitos doutrinários entre aspectos favoráveis e negativos da relação médico paciente. Mais difícil ainda encontrar estudo que de maneira audaciosa busque reconhecer a iatrogenia e o erro inescusável como contribuição para resoluções de lides tão frequentes no nosso ordenamento jurídico.

Este breve e humilde estudo trata-se de pesquisa bibliográfica, no qual foram feitos levantamentos quanto a diferentes apontamentos pertinentes à matéria estudada, tanto através de livros, artigos científicos, matérias publicadas em revistas jurídicas reconhecidas, bem como, trabalhos publicados em simpósios e eventos acadêmicos.

A técnica metodológica utilizada neste trabalho foi a qualitativa, onde posicionamentos jurídicos diversos foram colhidos, em especial, contrários uns aos outros, com a finalidade de, após confronto das diferentes posições, ser exposta posição que mais se adequa aos institutos da Iatrogenia e do Erro Inescusável.

O método de pesquisa, como já elucidado, foi o bibliográfico, onde todas as informações foram coletadas única e exclusivamente através de leitura. Cumpre observar que a monografia que abaixo segue utilizou como regra método dialético, onde se verificou o debate entre ideias divergentes e conflitantes.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL

Entende-se por Responsabilidade Civil o dever que o agente causador tem de reparar os danos que venha alguém a sofrer. É a consequência jurídica e patrimonial de reparar o dano que foi causado a uma pessoa, ou seja, surge de um descumprimento de uma obrigação, seja uma obrigação prevista na lei ou no contrato, que acarretou dano a outrem. A vítima desse dano, seja um dano material, moral ou dano estético, tem o direito de buscar uma compensação por esse dano causado.

Maria Helena Diniz assevera que (2002):

(...) poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia de culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa.

Ao longo do tempo as teorias que versam sobre a responsabilidade civil vêm se modificando. Hoje a preocupação é encontrar um meio termo, dando-se a prevalência à teoria da culpa, mas de tal forma que, não sendo contemplada esta, aplique-se a legislação, a quem compete fixar as causas nas quais deverá ocorrer a reparação, haja ou não noção de culpabilidade.

Para a efetivação da responsabilidade civil, segundo o no ordenamento jurídico pátrio, tem que se fazer presente três requisitos: o ato ilícito, o dano e o nexo causal. Ou seja, para que haja o dever de reparar o dano experimentado, tem que estar presente a culpa.

Ainda nesse entendimento, o professor Nelson Rosevanld, entende que os pressupostos da responsabilidade civil são: o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo causal (2008):

Ato Ilícito – art. 186 CC (é uma cláusula aberta)

Conduta contrária ao ordenamento. O cerne do ato ilícito são a antijuridicidade e imputabilidade.

- Antijuridicidade: é o elemento objetivo do ato ilícito. É a conduta contrária ao direito, ofende a norma. É uma ação ou omissão que ofende a norma. *Neminem Laedere* (ninguém pode prejudicar o outro).

- Imputabilidade: é o elemento subjetivo. Significa atribuir, censurar. A imputabilidade implica no discernimento (maturidade + sanidade).

1. Não há responsabilidade civil contra o incapaz (absoluta ou relativamente). No ECA, a conduta praticada pelo menor é ato-fato, não se indaga o aspecto psicológico).

2. Responsabilidade civil por ato de terceiro ou responsabilidade civil indireta, art. 932 do CC. Ex.: pais quando respondem pelos danos causados pelos filhos.

3. Os pais que têm filho que causam dano a terceiros não podem alegar que o criou bem, *culpa in vigilando*. A responsabilidade dos pais é objetiva – Teoria da Substituição: os pais substituem os filhos, o tutor substitui o tutelado e o curador, o curatelado.

4. A responsabilidade civil encontra limite no patrimônio mínimo. É um limite humanitário da responsabilidade civil.

5. Se os pais não tiverem patrimônio suficiente para reparar o dano, mas o incapaz tem, este responderá, civilmente, por equidade (art. 928 do CC). Haverá um litisconsórcio sucessivo. O Código Civil pretende reparar o dano causado pelo incapaz. A reparação será subsidiária e mitigada. Subsidiária: o incapaz só responderá se os pais não tiverem condições de pagar em favor da vítima. Mitigada: o juiz utiliza da equidade e poderá diminuir o valor a ser pago pelo menor (prestigiando o princípio da proporcionalidade), art. 928 do CC, En. 39 CJF. Segundo os art. 928 c/c 932, I, CC, se um dos genitores não tiver a guarda não terá a obrigação de reparar o dano. Mas, por outro lado, o poder de família é do casal, tendo os pais responsabilidade solidária (posição minoritária).

6. O responsável não tem direito de regresso, art. 934 CC. Desta forma o código tenta evitar a quebra de harmonia entre pais e filhos.

Porém, o filho, terá que trazer à colação o valor da reparação prestada pelos pais, pois considera este valor como adiantamento de legítima.

7. O art. 942, § único do CC só é aplicado quando ocorrer uma das hipóteses do art. 932, III, IV, V, já que somente nestes casos haverá responsabilidade solidária. Como mais uma forma de proteger a vítima, os donos de escola respondem solidariamente com os pais, pois estes contribuíram para a educação dos filhos.

8. Quando ocorrer emancipação voluntária, o emancipado não responderá por ato ilícito. Os pais ainda responderão pelo ato ilícito praticado pelo então emancipado, uma vez que este ainda é dependente econômico daqueles. Neste caso, poderá haver litisconsórcio passivo facultativo, En 41 CJF.

9. Há casos em que o incapaz responderá diretamente. Quando o menor é condenado por ato infracional, art. 116 do ECA, ele responderá com seu próprio patrimônio. En 40 CJF.

O ato ilícito é gênero e tem como espécies:

1- ato ilícito *stricto sensu* ou indenizatório: é ato ilícito em que há dano, art. 186 do CC;

2- ato ilícito invalidante: quando o negócio jurídico é inválido, art. 182 do CC;

3- ato ilícito caducificante: art. 1638, 1992 do CC;

4- ato ilícito autorizante – art. 557, IV, e art. 475 do CC.

Outrossim, segundo o autor Cavaliere (2008):

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Neste toar, tem-se que, em relação à responsabilidade subjetiva, tão somente quando da ocorrência e da comprovação da culpa, em sentido *latu sensu*, que alguém pode pleitear a reparação do dano, como preconiza o art. 186 do Código Civil. Por outro lado, na responsabilidade objetiva, a propensa vítima não precisa provar a culpa, cabendo ao agente, por meio de todas as provas possíveis, eximir-se dessa responsabilidade.

Seguindo ainda o que prepondera o autor acima mencionado, CAVALIERE FILHO (2008):

Ao esboçarmos nas trilhas desse capítulo, estudando as modalidades subjetiva e objetiva da responsabilidade, compreendendo os seus elementos básicos e suas distinções na compreensão de podermos elevar na preliminar de pesquisa, os seus elementos que influindo na generalidade constitui, “uma verdadeira teoria geral da responsabilidade civil”.

Com o surgimento de novos entendimentos a respeito da responsabilidade civil, temos a divisão entre duas correntes: a responsabilidade civil objetiva, que nada mais é do que uma exceção, e a subjetiva, que impera como regra no ordenamento jurídico, como veremos adiante.

2.1 A Responsabilidade Civil Objetiva

Ao longo do século XX, houve vários momentos revolucionários em se tratando de responsabilidade civil, fazendo com que o Código Civil passe por profunda reformulação.

Para a efetivação da Responsabilidade Objetiva, não é necessário que a culpa esteja presente para que haja o dever de indenizar. Nesses casos, o autor da ação só precisará comprovar a ação ou a omissão e o dano que resultou.

Neste tocante, Silvio Rodrigues define a responsabilidade objetiva, (2002):

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o

ato do agente, surge dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Outrossim, preconiza Cavaliere Filho em sua obra, (2008):

Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e , principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adota pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, art 931 e outros, como haveremos de ver.

Seguindo o passo adotado por esta teoria objetiva, a vítima do dano só precisa comprovar três elementos para que tenha direito a indenização, quais sejam: o fato, o dano e o nexo causal. A culpa, conforme preconiza a responsabilidade objetiva, é um elemento “estranho”. Ou seja, não se discute a culpa. Ela é totalmente descartada, bastando que a vítima prove o fato, prove o dano e prove o nexo causal para que ela tenha direito à indenização. Porém, apesar da não comprovação do elemento culpa, não podemos confundir a responsabilidade civil objetiva com a responsabilidade civil por culpa presumida, que nada mais é do que uma subespécie da responsabilidade civil subjetiva.

Também é oportuno destacar que no código de civil de 16 só existiam dois tipos de responsabilidade, a subjetiva e a responsabilidade civil por culpa presumida. Foi com o advento do novo código civil de 2002, que passou 25 anos para ser promulgado, que todas as hipóteses legais de responsabilidade civil por culpa presumida passaram a ser hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

O novo código civil de 2002 traz uma inovação em seu art. 927, § único, instaurando uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, senão vejamos:

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito, 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 direito de outrem.

(grifo nosso)

Um dos casos específicos que o próprio código civil faz menção é o caso do art. 187 que trata do abuso de direito. A doutrina majoritária no nosso país, quase que unânime aponta que, no caso de violação de abuso de direito, que não deixa de ser uma espécie de ato ilícito, a responsabilidade do causador do dano é uma responsabilidade objetiva, vejamos:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Outras hipóteses de responsabilidade civil objetiva seriam a do transportador, seja no contrato de transporte de pessoa, art. 734 CC , seja no contrato de transporte de coisa, art. 750 CC, dentre outros que existem dentro de nossa renomada legislação.

Ademais, o artigo que melhor exemplifica a responsabilidade objetiva, que tem maior incidência no âmbito jurídico, são as hipóteses elencadas pelo art. 932 do código civil, senão vejamos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Ainda encontramos a responsabilidade civil objetiva nos presentes artigos:

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

O artigo 927 do CC, além de mencionar os casos previstos em lei, relata também que haverá o dever de indenizar objetivamente quando, a atividade normalmente desenvolvida pelo autor, implicar risco para outrem. A matéria ainda é nova em nosso ordenamento, tendo sido trazida do direito italiano e do direito francês, que trabalham com a questão da atividade de risco, merecendo destaque a máxima de que neste país ainda é pouco desenvolvida, tanto que alguns autores chegam a sugerir que sejam utilizados os mesmos critérios utilizados na Itália e na França para determinar se uma atividade é de risco ou não, ou seja, se o critério é quantitativo e qualitativo. Neste ínterim, para fins de aplicação do artigo acima transcrito, o risco deve ser um perigo fora do comum, extraordinário.

Porém o estudo requer uma atenção especial, o que não é o caso dessa monografia.

2.2 A Responsabilidade Civil Subjetiva

Como já mencionado, o Código Civil de 2002, em seu artigo 186, manteve a culpa como o fundamento da responsabilidade civil subjetiva, ela é a regra. Em nosso ordenamento jurídico, a cláusula geral da responsabilidade subjetiva está prevista no artigo acima descrito culminado com o art. 927, ambos do Código Civil.

A partir da leitura dos artigos mencionados, conclui-se que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia cause dano a outrem, fica a obrigação de reparação.

Verdade seja dita, é importante frisar que nem todo ato danoso é ilícito, assim como nem todo ilícito é danoso, por isso só haverá indenização quando o agente praticar ato ilícito, e dele emergir dano à esfera patrimonial de alguém.

Diz Sergio Cavaliere Filho, que (2008):

Sendo o ato ilícito, conforme já assinalado, o conjunto de pressupostos da responsabilidade, quais seriam esses pressupostos na responsabilidade subjetiva? Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta involuntária; um elemento subjetivo, que poder ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses elementos, apresentados pela doutrina francesa como *pressupostos da responsabilidade civil subjetiva*, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber:

- a) *conduta culposa do agente*, que o fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão involuntária, negligência ou imperícia”;
- b) *nexo causal*, quem vem expresso no verbo causar; e
- c) *dano*, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem”.

Há de se presumir que estamos diante de um ato ilícito quando o agente viola direito de outrem, mediante conduta culposa, chegando a causar um dano. Portanto, a partir desse ato nasce o dever de indenizar, conforme art. 927 do Código Civil.

Ademais, relata ainda em sua obra Sérgio Cavaliere Filho (2008);

Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem.

Para a caracterização do ato ilícito, mister se faz a observância concomitante de dois pressupostos: a imputabilidade do agente e a culpa. O imputável seria, em tese, o agente capaz de responder pelo evento danoso, e o segundo pressuposto, a culpa, abarca tanto a idéia de dolo como a idéia de

imprudência, negligência ou imperícia que leve a um resultado não desejado, violando assim um dever jurídico, causando prejuízo a outrem.

Com o passar do tempo, o conceito de culpa vem se aperfeiçoando, passando a mesma a ser interpretada como erro de conduta. Isso quer dizer que, se alguém não tem o comportamento esperado em determinada situação, terá agido com culpa, em qualquer de suas modalidades.

Outrossim, usa-se nesse caso um molde de comportamento esperado, verificando a conduta concreta do agente que causou o prejuízo e o conduta que o “homem médio” teria adotado em situação análoga.

Tanto a jurisprudência como a doutrina adotam a responsabilidade civil subjetiva para o médico, em se tratando nas obrigações de meio.

Na responsabilidade civil, cabe ao médico a reparação do dano que tenha causado ao paciente, desde que, obviamente, estejam presentes o nexos de causalidade, a culpa ou dolo e o dano ao paciente.

Verifica-se no caso concreto que tem que ficar comprovado que a prestação foi descumprida, pois estamos diante de um pressuposto de responsabilidade contratual.

Apesar de todo esse resguardo na legislação, a jurisprudência e a doutrina vêm adotando posicionamentos que exigem cautela, como na hipótese de inversão do ônus da prova nos casos se entende que seria muito difícil para a vítima comprovar o nexos causal, presumindo culpa do agente causador do dano.

E é neste toar que é regido o presente trabalho, no qual será relatado que nas obrigações de meio dos profissionais da medicina deve ser aplicado a responsabilidade civil subjetiva, como poderá ser visto nos capítulos subsequentes.

2.3 A Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Como já mencionado, o dever da reparação que advém da prática de um ilícito se dá não só pela ofensa à norma jurídica ou violação de um direito, como também pelo inadimplemento de uma obrigação, quer seja ela contratual. E é com base nesse entendimento que a doutrina divide a responsabilidade em contratual e extracontratual.

Apesar dessa distinção e do Código Civil Brasileiro adotar essa definição, há doutrinadores que entendem que não haveria essa necessidade de distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, uma vez que os mesmos artigos usados para a responsabilidade contratual também são usados para a responsabilidade extracontratual, quais sejam:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Ademais, sobre esse aspecto muito bem preconiza Cavaliere Filho em sua obra (2008):

Os adeptos da teoria unitária, ou monista, criticam essa dicotomia, por entenderem que pouco importam os aspectos sobre os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, já que os seus efeitos são uniformes. Contudo, nos códigos dos países e geral, inclusive no Brasil, tem sido acolhida a tese dualista ou clássica.

Na responsabilidade extracontratual, também como ato ilícito aquiliano ou absoluto, não existe o vínculo obrigacional. Ela é proveniente de lesão do direito subjetivo, não havendo entre a vítima e o agente nenhuma relação ou obrigação jurídica. O que ocorre diferentemente com a responsabilidade civil contratual, que é proveniente de uma prestação obrigacional mútua, na qual há uma violação do dever jurídico preexistente. Percebe-se que a diferenciação de uma modalidade para a outra está na sede desse dever jurídico, pois na contratual esse dever tem que estar presente no contrato e haverá responsabilidade extracontratual se esse dever

jurídico não estiver presente no contrato e sim em forma de lei ou no ordenamento jurídico.

Ademais, feitas as devidas distinções sobre as duas formas de responsabilidade civil, o ilícito contratual ou relativo, como também é chamada a responsabilidade contratual, está presente nas obrigações de meio, realizadas por profissionais da área da medicina, que será mais aprofundada nos próximos capítulos, pois é do que se trata o presente estudo monográfico.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Após todo o intróito, chega-se ao um dos focos principais do trabalho em estudo, a responsabilidade civil do médico.

Segundo Cavalheiro Filho (2008, p. 369), é sabido que:

As ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar, que antes eram raras em nossa Justiça, estão se tornando cada vez mais frequentes (...) Em uma década o número de processos por negligência ou imperícia encaminhados anualmente ao Conselho Federal de Medicina (CFM) aumentou sete vezes.

Dentro da responsabilidade legal, dar-se ênfase a responsabilidade civil médica, a que se aproxima do paciente ou de sua família. A responsabilidade civil é a responsabilização de todo indivíduo, que por negligência, imperícia ou imprudência, isto é, diante de uma conduta voluntária, causa dano, tanto material quanto patrimonial a vítima.

Outro ponto primordial é saber qual o tipo de responsabilidade que será comportada ao médico, pois ela tanto poder subjetiva quanto objetiva. Isso será um fator determinante para a defesa do médico, pois o tipo de responsabilidade nos processos em face deste profissional determina o grau de dificuldade para sua defesa.

Atualmente, a responsabilidade civil médica é um tema que tanto preocupa os médicos quanto pacientes. A responsabilidade legal do médico não é uma situação nova. O código de Hamurabi, já trazia sanções aos médicos pelo que chama-se hoje de “erro médico”. Essas sanções variavam desde uma multa até a morte do profissional, a depender do caso e da categoria social do paciente.

Importante destacar que por muito tempo houve discussão a respeito da natureza jurídica da responsabilidade do médico; se era contratual ou extracontratual. Hoje, não resta dúvida de que a responsabilidade médica é contratual subjetiva. É chamada de subjetiva, ou, teoria da culpa. Ocorre quando o profissional de saúde responde por seus atos mediante a comprovação de sua culpa. Nenhum médico pode assumir a obrigações de cura, pois a ciência médica

possui limitações e, além disso, não há como prever, com certeza, a evolução do quadro clínico. Contratual porque há relação de consumo entre o médico e seu paciente, ou seja, o médico é prestador de serviços e o paciente é o destinatário final desses serviços.

Ademais, o Ilustre doutrinador Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, elucida a natureza civil do médico (2008):

A responsabilidade médica foi muito discutida no passado quanto à sua natureza jurídica: se era contratual ou extracontratual; se gera obrigação de meio ou de resultado. Entendo que após o Código de Defesa do Consumidor essas discussões perderam a relevância. Hoje a responsabilidade médica/hospitalar deve ser examinada por dois ângulos: Em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação do serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc.

Porém, o objeto da presente monografia não comporta outras entidades médicas, ao não ser o próprio profissional da medicina, deixando para um estudo futuro os casos que comportem a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial, conforme descrito pelo autor.

Ao longo do tempo, em decorrência da atividade do médico ser suscetível a erro, os mesmos passaram a ser responsabilizados. Vale ressaltar que a ciência médica não é uma ciência exata, e sim uma atividade como qualquer outra profissional cujo objetivo é a conservação e a melhora da saúde humana.

O Direito passa a melhor observar o desenvolvimento acelerado da medicina, pois a ciência medicinal busca encontrar a cura das doenças, enfrentada pelos seres humanos, com o surgimento de novas técnicas e novas medicações.

O exercício da medicina, em regra, é uma obrigação de meio. Cabe ao médico exercer a medicina dentro dos mais elevados preceitos éticos e técnicos, sendo diligente no tratamento do paciente e esclarecendo, de forma técnica, sem falsas promessas, os resultados que podem ser alcançados, salientando, ainda, as principais complicações inerentes ao tratamento.

As teorias que amparam a responsabilidade civil exigem pressupostos essenciais para a reparação do prejuízo suportado pela vítima, quais sejam, a existência de três elementos: o dano, a conduta humana e nexo de causalidade.

E para que fique demonstrado que haverá indenização, o autor Rutowitsch fala (2009):

No entanto, para que ocorra a indenização tem que ficar demonstrado o liame entre a conduta do agente e o resultado. Ressalvando que a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou a força maior são excludentes de responsabilidade que impedem a responsabilização do agente. Logo, caberá ao autor fazer a prova do fato constitutivo do seu direito, para que lhe caiba a ação indenizatória.

Percebe-se ainda que a responsabilidade do médico não é a de obter a cura do paciente, mas sim de aplicar as melhores técnicas disponíveis, agindo com prudência e cautela.

Outrossim, Sergio Cavaliere Filho, convalida o entendimento acima descrito, ao dizer que (2008):

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.

Tratar de responsabilidade civil mediante o profissional de medicina é seguir por uma linha tênue, pois o que o difere das demais profissões é o fato de ter nas mãos, literalmente falando, a vida de outrem.

De regra, tanto segundo a jurisprudência quanto a doutrina, nas obrigações de meio, quando o médico não se compromete em curar o enfermo, aplica-se a responsabilidade subjetiva. Porém, na obrigação prestada, o médico tem que utilizar da melhor técnica disponível e de todo o seu conhecimento da medicina. O insucesso no tratamento médico ou até a morte do paciente, quando não há negligência, imprudência ou imperícia nos mesmos, não há que se falar em responsabilidade, visto que esta é baseada na conduta do profissional e não no resultado desejado.

A imperícia consiste numa deficiência de conhecimento técnico do médico, ele pratica determinado ato de maneira desastrada, de maneira errada, não recomendada pela técnica médica.

Já na imprudência, o médico cria para o paciente uma situação de perigo. É só imaginar que um médico queira, inadvertidamente, realizar uma cesariana em 10 minutos por conta de um compromisso pessoal inadiável. Ele pode ser o maior perito do mundo e tomar todas as cautelas. Ele não será negligente, porém será imprudente, pois estará criando para o para o paciente, como já mencionado, uma situação de perigo.

Outrossim, na negligência, é uma omissão de uma cautela que seria indispensável aquele caso. A sua face mais visível é o esquecimento, por exemplo, esquecesse tudo, às vezes no organismo do paciente, como bisturi, compressas, gases, dentre outros, ocasionando um dano. Mas não só existe esse tipo de negligência, o atraso do médico em seu plantão também é um ato negligenciador que culmina na responsabilidade civil do médico.

Uma questão que desperta muita dúvida, mesmo não sendo o foco do estudo dessa monografia, é quando se fala em procedimentos cirúrgicos estéticos, plásticos, questões embelezadoras. Neste tipo de procedimento, o médico tem a obrigação do resultado, bastando ao lesado demonstrar o descumprimento do contrato, com o não alcance do resultado pleiteado, além da existência contratual. Independe aqui as razões do médico, cabendo ao mesmo provar que não houve culpa, ou caso fortuito ou força maior para se eximir de tal responsabilidade.

Tem que haver uma distinção entre o erro médico e o mau resultado. O médico não consegue obter em 100% dos casos êxitos nos seus tratamentos na intervenção na terapia, enfim no cuidado que ele presta a seu paciente, porque a medicina não é uma ciência exata, é aleatória. Ela depende muito mais da reação

própria do paciente, do organismo do paciente, do que da intervenção da medicina, e por isso mesmo justiça intervirá nesse sentido, de reparar o dano causado pela atuação do profissional da medicina quando se caracterizar culpa do profissional: imprudência, imperícia ou negligência.

E para solucionar essas situações acima descritas, o judiciário é acionado.

3.1 A Relação Médico – Paciente

O vínculo existente entre o médico e o paciente, seja ele estabelecido a partir do momento em que há um ida ao consultório médico ou quando o paciente é atendido pelo mesmo nas emergências e/ou urgências hospitalares representa uma relação contratual, que nem sempre há de ser de forma escrita, não restando dúvidas nas diferentes formas de obrigações e deveres oriundos desta relação.

Não necessariamente precisa-se de contrato para se estabelecer uma relação jurídica, como diz Estefan Lessa em sua obra (2007):

Nesta relação não há necessidade de formalização do contrato, pois a lei só se faz a exigência quanto à forma escrita em alguns casos específicos, como, por exemplo, a compra e venda de bens e imóveis.

Sempre a relação médico-paciente se fundamentou na base da confiança, antigamente tinha-se aquele denominado médico de família, que pela confiança que era passada, era chamado para atender em casa, e, por conseguinte, era ele que fazia o parto, como cuidava das enfermidades e era o mesmo que assinada o óbito. Uma boa definição seria que esse médico era parte integrante da família.

A partir de 1966, quando houve a unificação dos institutos de previdência, e se criou o INAMPS e agora também o SUS, com essa proposta de universalização de assistência a saúde, aconteceu que, para a grande massa da população essa relação médico-paciente se despersonalizou, o que implica dizer que nem o paciente conhece “intimamente” o médico, como o mesmo já não é mais parte integrante da família. E por consequência, pelos fatos acima descritos, quando o resultado pelo paciente não é o pretendido faz com que ele ingresse na via judicial , o que tem gerado inúmeras demandas.

Todo procedimento, por mais simples que seja, gera uma situação de risco e isso pode não decorrer da falha do serviço.

Ademais, é neste tocante que um dos maiores doutrinadores de responsabilidade civil brasileiro, Sérgio Cavaliere Filho, preconiza ao dizer que:

Em princípio, o médico e o hospital não respondem pelos riscos inerentes. Transferir as consequências desses riscos para o prestador do serviço seria ônus insuportável: acabaria por inviabilizar a própria atividade. É nesse cenário que aparece a relevância do dever de informar. A falta de informação pode levar o médico ou o hospital a ter que responder pelo risco inerente, não por ter havido defeito do serviço, mas pela ausência de informação devida, pela omissão em informar ao paciente os riscos reais ao tratamento.

Na verdade, o direito a informação está no elenco dos direitos básicos do consumidor: “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam” (art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor). A informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar ou não, o consentimento. É o chamado consentimento informado, considerado, hoje, pedra angular no relacionamento do médico com seu paciente.

Uma das principais obrigações do médico é de aplicar todo e o seu melhor conhecimento técnico em favor do seu paciente, como prevê os artigos 57 e 59 do Código de Ética Médica:

Art. 57 – Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente.

Art.59 – Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo, quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

Mas não só é dever do médico, o dever de informar, há de se observar também que por ser uma responsabilidade civil contratual, o paciente também tem o

dever, a obrigação de informar, uma vez que o silêncio do paciente pode gerar danos ao mesmo.

A transparência e a confiança são a base dessa relação, é uma obrigação mútua, como toda a relação contratual.

O que vem sendo observado no ordenamento jurídico é que o profissional médico não será responsabilizado em nenhuma esfera se o paciente não informa-lo que faz uso de algum medicamento, ou que tem, por exemplo, alergia à alguma substância e isso comprometer, ou gerar um risco a sua saúde, desde que fique observado que o médico agiu com toda cautela ao realizar seus procedimentos.

Além disto, é obrigação do paciente seguir à risca todas as recomendações prescritas por seu médico, sem agir por conta própria se automedicando ou deixando-se influenciar por outras pessoas leigas no assunto.

Faz-se necessário, como última ponderação desse tópico, que o insucesso do procedimento adotado pelo médico não pode gerar sua responsabilidade, pois a mesma é baseada em sua conduta e não no seu resultado.

3.2 Erro Médico

Sabe-se que séculos antes mesmo de Cristo, o médico sofria várias sanções a médicos que ocasionavam eventos letais. O próprio código de Hamurabi já fazia menção a essas responsabilidades. Ao passar do tempo, Hipócrates de Cós, evoluiu a prática médica ao escrever centos e vinte obras, relatando o comprometimento que o médico tem que ter em sua profissão.

O erro médico tecnicamente falando é quando o médico age em desconformidade com o que estabelece a boa prática médica seria a má prática médica e é até preferível que usar esse termo, embora o erro médico seja um termo consagrado, mas para justamente diferenciar uma prática da outra, ou seja, o erro médico ocorre quando o profissional da medicina não observou as regras técnicas da profissão.

Através de uma influência midiática as pessoas conhecem o conceito de erro médico, e atrelam a isso a responsabilidade do médico, prova disso são os inúmeros casos que lotam o poder judiciário.

O erro é uma incorreção, definido pelo próprio dicionário, é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E o erro médico ou

também como é conhecido, a má prática médica, advém da imperícia, imprudência ou negligência do médico. Diante dessa situação, poderá se responsabiliza-lo civilmente, penalmente ou administrativamente.

Hilegarda Taggesell Giostri diz que (2010):

Erro médico pode, então, ser entendido como uma falha no exercício da profissão, do que advém um mal resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional.

Não há que se falar em indenização quando não demonstrado o nexo causal. A culpa médica somente pode ser presumida nos casos nos quais há um erro muito grosseiro, como já dito, quando há uma negligência, imprudência ou imperícia. Pois se os médicos demonstrarem que agiu com toda cautela, observando todos os procedimentos e adotando a boa prática médica, não tem como comprovar esse liame de causalidade.

A determinação de responsabilidade civil proveniente de erro médico para apreciação judicial é extremamente difícil, porque estamos diante de um campo técnico. E por se tratar de uma questão técnica, essa comprovação se dá através de uma perícia, por um perito nomeado pelo juiz.

O juiz, ao analisar o caso, é leigo, pois não possui formação em ciência médica. Por dominar tão somente a ciência jurídica, é importante a realização do estudo pericial, para elucidar as questões técnicas envolvidas na boa prática médica.

De bom tom salientar que existem vários outros tipos de erro na prática médica que podem acarretar a responsabilidade civil do médico, a exemplo do erro médico no diagnóstico.

Basicamente, o medico tem que ter exatidão no diagnóstico da doença. Esse será um fator determinante para estabelecer o tratamento mais adequado.

Ensina Miguel Kfourri Neto que (2003):

Diagnóstico consiste, pois, uma vez efetuadas todas as avaliações, na comissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente.

E além do diagnóstico preciso, outro ponto primordial quando se fala em erro médico é o prontuário, pois este assume papel fundamental para que se possa esclarecer a verdade, porque é um direito do paciente consultá-lo, assim como estabelece o art. 69 do Código de Ética Médica, e sua ausência é a comprovação de negligência.

Assim, alerta o Adv. Esp. Marcos Coltri (2013):

O médico deve estar atendo às suas esferas de responsabilidade, devendo agir sempre com zelo na atenção ao paciente, evitando, a todo custo, a ocorrência do 'erro médico', sendo imperioso fazer o devido registro dos atos praticados e das informações prestadas ao paciente, minimizando, assim, a possibilidade de condenação civil, criminal ou ética.

Portanto, se feita à análise do caso concreto e ficar demonstrado a má prática médica, o médico estará sujeito aos processos e suas penalidades, que poder ser na esfera civil, penal ou administrativa. O que lhe acarretará o dever de indenizar, independente das sanções que serão impostas.

4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO

Pouco se ouve falar acerca das possíveis excludentes da responsabilidade civil do médico. Importante distinção tem que ser feita entre o erro médico e a iatrogenia e o erro inescusável.

Como já visto, a responsabilidade civil do médico é uma responsabilidade contratual subjetiva. Trata-se aqui das obrigações de meio, como já elucidado, na qual o médico não tem o dever de curar o paciente e sim de aconselha-lo, de aplicar a boa prática médica, enfim o dever de acautelar.

Porém, antes de adentrar em duas, das possíveis excludentes de responsabilidade civil do médico, é bom esclarecer que o que acontece no hospital e não tem intervenção direta do médico, a vigilância do paciente, a manutenção do paciente em suas instalações, essas instalações fixas do hospital, se o dano do paciente advir desse serviço prestado, que é um serviço extramédico, incide pelo Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade objetiva.

É assim nos casos dos prepostos do hospital, os empregados do hospital, quais sejam, os enfermeiros, os técnicos de enfermagem, dentre outros, aqueles atos paramédicos, que também não tem a intervenção do médico, se o dano advém dessa atuação também incide no Código de Defesa do Consumidor, ou seja a responsabilização objetiva.

Em ambas, fica clara que o médico, se agiu corretamente, eximirá a sua responsabilidade.

4.1 Iatrogenia

A palavra iatrogenia é derivada do grego: o radical iatro ('iatros'), que significa médico, remédio, medicina; geno ('genáo'), aquele que gera, produz; e ia, uma qualidade. Ou seja, qualquer atitude médica, ou do médico.

Pode-se dizer também que a palavra iatrogenia compreende os efeitos colaterais, ou até mesmo as complicações, resultantes ou causadas por algum tratamento médico, que consiste em uma má prática médica.

Como o termo iatrogenia é oriundo da medicina, a mesma modernamente a conceitua como um dano causado ao paciente pela ação médica ou sequelas

provenientes de um tratamento prescrito, o que exime a responsabilidade civil do médico. Ainda que o médico utilize das melhores técnicas e melhores diagnósticos acerca da doença para tratar do seu paciente, pode ele cometer a iatrogenia.

Porém, muito bem preceitua Marcos Coltri a importante distinção entre o erro médico e a iatrogenia, (2013):

Em sentido amplo, iatrogenia significa toda lesão causada pelo médico ao paciente, seja ela em decorrência de uma conduta correta ou não. Em sentido estrito, pode-se entender a iatrogenia como sendo a lesão causada ao paciente em decorrência de um atuar correto, isto é, dentro dos padrões técnicos da Medicina, afastando-se, nesta interpretação, do “erro médico”.

A responsabilidade do médico na maioria dos casos é feita sem que haja uma análise do comportamento do profissional. Não é estranho ver que, o paciente muitas vezes submetido a um tratamento correto, porém que teve um desdobramento infeliz é intitulado como erro, justamente pela confusão de conceitos que existe entre o serviço médico, que se esforça para obter a melhora desse paciente, querendo conseguir a cura, que é uma obrigação de meio.

Há uma falibilidade humana. Na iatrogenia o médico, mesmo tendo sido diligente com seu paciente, o aconselhando no melhor tratamento possível, aplicando-lhe as melhores técnicas para o caso concreto da doença, como também tendo ministrado os medicamentos mais atuais, há risco de que o mesmo sofra alguma alteração, que pode ser patológica, gerando assim um resultado indesejado.

O advogado especialista em Direito Médico e Hospitalar, João Bosco Araújo Ribeiro, faz breves ponderações a respeito (2013):

Outro fator a ser considerado é a imponderabilidade biológica que vem a ser a particularidade orgânica face ao comportamento de cada organismo humano, afinal, o corpo humano não é uma Ciência Exata, e por sua vez, suas características e reações nem sempre se assemelham. Não raro, a administração de um fármaco evolui satisfatoriamente em um organismo e causa efeito colateral em outro.

Ocorre, por vezes, ainda, em determinadas patologias ou procedimentos, que o paciente convalescente deve seguir uma dieta estabelecida pelo médico, com o devido acompanhamento de nutricionista, que o mesmo descumpra. Situação esta é observada em pacientes submetidos à cirurgia bariátrica. Eis que surgem as conseqüências não planejadas e jamais esperadas.

Ainda há de se observar também as predisposições genéticas do paciente, os efeitos secundários dos medicamentos, a anomalia anatômica.

Ademais, todas essas situações relatadas dão, erroneamente, causas a processos tanto disciplinares – junto aos Conselhos Regionais de Medicina -, como as ações judiciais.

Os entendimentos jurisprudenciais, em relação à iatrogenia, afastam a responsabilidade do médico, senão vejamos:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA. ANESTESIA EM LOCAL INADEQUADO. COMPROMETIMENTO DA CAPACIDADE LABORATIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL. NÃO COMPROVADO O NEXO DE CAUSALIDADE. **DANO IATROGÊNICO**. -Inicialmente, cabe destacar, que não se confundem a conduta do profissional médico com a do nosocômio aonde se encontra o paciente, conforme ressumbra o julgado do Superior Tribunal de Justiça, no Resp 258389, DJ 22/8/05, aplicável, mutatis mutandis, na hipótese enfocada. Há que se colocar em pauta, que a obrigação do médico é de meio, pelo que em seu atuar – dada a imperfeição da medicina – há a lesão previsível, a iatrogenia, ou dano iatrogênico, que corresponde ao dano necessário e esperado daquele atuar, afastando a responsabilidade civil respectiva, ipso jure o designado erro médico. -As digressões, em epígrafe, são plenamente aplicáveis, a fortiori, aos médicos que atuem na rede pública, pois não seria concebível que, passe-se o truísmo, que a obrigação do médico se transmutasse de meio em resultado, pela singela circunstância topográfica – funcional do seu atuar, devendo, mesmo que, assim não fosse, estar presente, para fins indenizatórios, o respectivo nexo etiológico. -Estabelecidas estas coordenadas, in casu, não há dúvida da seqüela sofrida pela autora, contudo, ao

contrário do sustentado, não restou comprovado o nexo de causalidade – compreendido como má execução dos serviços, ou escolha inadequada do procedimento – como sinalado na decisão primária. -Neste diapasão, a assertiva delineada, nas razões recursais, de que “Quando um paciente procura atendimento médico, este está sob a guarda do hospital e da equipe médica. O fato, conversando com um anestesista, este ressaltou que a anestesia pode ter ocasionado um Acidente vascular Encefálico. Que o único exame para excluir a responsabilidade do Hospital do INAMPS seria uma angiografia cerebral digital ou uma angiografia cerebral por cateterismo. Como também, uma causa de exclusão do erro médico seria a presença de um aneurisma cerebral.”, resta insulada no contexto probatório, inautorizando o trânsito da irresignação, o que conduz, como corolário, aa manutenção do decisum. -Assim sendo, apesar do lamentável episódio, inconfigura-se qualquer conduta dolosa, ou culposa do médico, restando afastado o necessário nexo etiológico, traduzindo a situação uma fatalidade, que não incursiona na seara da responsabilidade civil. -Recursos desprovidos. (TRF-2 - AC: 198251014363907 RJ 1982.51.01.436390-7, Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, Data de Julgamento: 15/02/2011, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::21/02/2011 - Página::330) (**grifo nosso**)

Como também:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA PARA REALIZAÇÃO DA “DUPLA TROCA MITRO-AÓRTICA” COM INSTALAÇÃO DE PRÓTESESS. SUPOSTO ERRO MÉDICO. AUTORIZAÇÃO PARA CIRURGIA. ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO. DANO IATROGENICO. - Ajuizou-se ação ordinária, em face da UNIÃO FEDERAL, na qual objetiva a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, e danos materiais (despesas de sepultamento e pensão mensal no valor der 2/3 do salário mínimo pelo período de 47 anos), decorrentes de suposto erro médico ocorrido dentro do Hospital dos

Servidores do Estado, que gerou a morte de seu filho. -A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. -Outrossim, cabe destacar, ainda, que não se confundem a conduta do profissional médico com a do nosocômio aonde se encontra o paciente, conforme ressumbra o julgado do Superior Tribunal de Justiça, no Resp 258389, DJ 22/8/05, aplicável, mutatis mutandis, na hipótese enfocada. Ainda, em sede de premissas, há que se colocar em pauta, que a obrigação do médico é de meio, pelo que em seu atuar – dada a imperfeição da medicina – há a lesão previsível, a iatrogenia, ou dano iatrogênico, que corresponde ao dano necessário e esperado daquele atuar, afastando a responsabilidade civil respectiva, ipso jure o designado erro médico. -As digressões, em epígrafe, são plenamente aplicáveis, a fortiori, aos médicos que atuem na rede pública, pois não seria concebível que, passe-se o truísmo, que a obrigação do médico se transmutasse de meio em resultado, pela singela circunstância geográfica do seu atuar, devendo, mesmo que, assim não fosse, estar presente, para fins indenizatórios, o respectivo nexu etiológico. -In casu, apesar do lamentável infausto, incorreu a alegada imprudência médica, na medida que, diante da documentação acostada aos autos, mais precisamente os laudos de fls.198-211 e 271-274, o procedimento adotado para o quadro clínico do menor foi o adequado, e em casos como do mesmo, com possibilidade de mortalidade, não sendo portanto, ocasionadas por nenhuma falha da equipe médica -E quanto não autorização da família para realização da cirurgia, a decisão de piso, também foi precisa: “Também não merece acolhida a alegação de que o autor ou o paciente não teriam ciência dos riscos nem autorizado a cirurgia. Em que pese não constar o documento com autorização e ciência expressa neste sentido, há verossimilhança no relato do médico do Hospital dos Servidores do Estado, bem como consta dos autos às fls. 53 a cópia do laudo médico para emissão de Autorização de Internação Hospitalar onde está bem definida a troca de valva mitral + aórtica, bem como há comprovação de que o filho do autor passou por todo o tipo de

avaliação pré-operatória, do anestesiológico (fls.54 em19/10/1999), do cirurgião (fls. 54-55 em 19/10/1999), do setor de enfermagem (fls. 61 em 19/10/1999.” -Deste modo, diante do episódio narrado, inconfirma-se qualquer conduta dolosa, ou culposa da equipe médica, restando afastado o necessário nexu etiológico, traduzindo a situação uma fatalidade, que não incursiona na seara da responsabilidade civil. -Recurso de apelação desprovido. (TRF-2 - AC: 200251010028499 RJ 2002.51.01.002849-9, Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, Data de Julgamento: 31/08/2011, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::09/09/2011 - Página::327)

E, não o bastante, o que se assemelha ao caso em concreto desse estudo monográfico, veja-se:

INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - IATROGENIA - ERRO ESCUSÁVEL - RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E DO HOSPITAL AFASTADA - PREQUESTIONAMENTO - CUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. 1) - POR SER A MEDICINA UMA CIÊNCIA DE MEIOS E NÃO DE RESULTADOS, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ERRO MÉDICO QUANDO HÁ SIMPLEMENTE ESCOLHA INADEQUADA ENTRE OS TRATAMENTOS POSSÍVEIS AO CASO, CARACTERIZANDO HIPÓTESE DE IATROGENIA. 2) - SE A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO É AFASTADA, DEVE SER AFASTADA TAMBÉM A RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL, JÁ QUE OS SERVIÇOS DA CASA DE SAÚDE FORAM EXECUTADOS EM CONFORMIDADE COM O RESULTADO E OS RISCOS QUE RAZOAVELMENTE SE ESPERAM DA ATIVIDADE MÉDICA. 3) - O PREQUESTIONAMENTO QUE SE EXIGE, POSSIBILITADOR DO OFERECIMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL, É TER SIDO A MATÉRIA QUE PERMITIRIA A APRESENTAÇÃO DOS RECURSOS LEMBRADA, VENTILADA PELAS PARTES, OU POR UMA DELAS, NÃO SENDO EXIGÊNCIA, PARA QUE ELA SE FAÇA PRESENTE, MANIFESTAÇÃO EXPLÍCITA DO ÓRGÃO JULGADOR SOBRE O TEMA. 4) - RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

A iatrogenia pode ser classificada de três formas, a que engloba as lesões previsíveis e esperadas, desde que essas lesões impliquem danos, sequelas no paciente, as que são previsíveis, porém inesperadas, e pela falha humana, no caso do médico no exercício da profissão, sendo essa última possibilidade passível de responsabilização do médico.

Já os doutrinadores Alex Pereira Souza e Antônio Ferreira Couto, preconiza em sua obra que (2008):

A iatrogenia deve ser vista sob dois aspectos, lato sensu e stricto sensu. A iatrogenia lato sensu é a denominação para quaisquer doenças ou danos causados a alguém por um ato médico, seja ele terapêutico ou cirúrgico. Ou seja, é o ato médico que causa dano ao paciente, seja realizado dentro das normas recomendáveis, seja proveniente de uma falha do atuar. Já a iatrogenia em seu sentido stricto sensu é exatamente aquela causada pelo atuar médico correto. Não existe apenas a intenção benéfica do médico, mas um proceder correto, preciso, de acordo com as normas e princípios ditados pela ciência médica.

A omissão, por parte do paciente de condições orgânicas fundamentais e desfavoráveis ao procedimento ou intervenção médica, pode ocasionar a iatrogenia, se já existe a doença no paciente. E pelo fato dessa omissão ser por parte do paciente, as possíveis complicações no seu quadro clínico não poderão ser atribuídas ao médico.

Em suma, para que se afaste a responsabilidade do médico, por iatrogenia, deve-se observar cada caso em concreto, para que não assim a mesma não sirva para encobrir erros médicos.

4.1 Erro inescusável, ou Resultado Incontrolável ou Acidente Imprevisível

Assim como na iatrogenia, o erro inescusável não pode ser confundido com o chamado erro médico.

A despeito das variações de nomenclaturas aplicadas ao erro inescusável, tal instituto preconiza que pode haver resultado lesivo ao paciente, decorrente de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psicológica do paciente durante o ato médico, que não poderia ser previsto ou evitado por qualquer outro profissional, ou um dano decorrente da própria situação do paciente, e que a medicina, visto que não é uma ciência exata, não oferece solução.

Nesta exatidão, observados os requisitos mencionados, é que o médico não será responsabilizado.

O que não pode deixar de ser mencionado é que houve uma prestação de serviço, um bom atendimento, e todos os deveres médicos foram observados, como o devido aconselhamento médico para com o seu paciente, as melhores técnicas foram aplicadas, um diagnóstico preciso sobre a doença, porém o resultado pretendido não foi alcançado. Resultado esse que é alheio as vontades médicas, por isso que afastam a responsabilização deste profissional.

Assim, vejamos o que diz a jurisprudência acerca dessa temática:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. DIAGNÓSTICO DE CÂNCER NO PULMÃO. NA REALIDADE, ACOMETIMENTO DE CRIPTOCOCOSE. REALIZAÇÃO EXAUSTIVA DE EXAMES. CONVERGÊNCIA DOS FATORES PARA A PRIMEIRA DOENÇA. SINTOMAS PARECIDOS. EQUÍVOCO ESCUSÁVEL. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Em face do Direito Civil Brasileiro, a responsabilidade civil dos médicos, subjetiva enquanto profissionais liberais (art. 14, § 4o, CDC), oscila conforme a obrigação se afigure de meio ou de resultado. No primeiro caso, o profissional se compromete a empregar, na execução do serviço, as técnicas, cautelas e temperamentos de estilo, executando a obrigação de forma a envidar o máximo de esforços para a obtenção do resultado, sem, não obstante, comprometer-se a atingi-lo. No segundo caso, isto é, nas hipóteses de obrigação de resultado, o médico, em contrapartida, assume a tarefa de alcançar um efeito prático certo e determinado, à falta do qual haverá inequívoco inadimplemento contratual. A distinção guarda enlevo sob perspectiva probatória. Quando a obrigação for meramente de meios,

hipótese dos autos e que configura a regra, "cumpra ao lesado provar a conduta ilícita do obrigado, ou seja que o médico descumpriu com a sua obrigação de atenção e diligência, estabelecida no contrato" (corpo do REsp 594962). No caso avulta um erro de diagnóstico, contudo justificável, pois foram esgotados todos os exames tendentes à aferição da moléstia que atacava o autor, convergindo os dados para o câncer no pulmão, não tendo sido encontrado o criptococo que causava a infecção, apesar de efetuada análise de tecido específica para fungos. "Quando escusável, o erro diagnóstico não induz a responsabilidade do médico. Assim sempre se entendeu, não só porque a Medicina está longe de ser infalível como, também, porque o médico, ao prestar seus serviços, apenas se obriga a tratar do doente com zelo e diligência, utilizando os recursos da ciência e da arte médica." (TJSP, RT 569/93). (Apelação cível n. 50.653, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu) (TJ-SC - AC: 162701 SC 2000.016270-1, Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Data de Julgamento: 07/02/2006, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , da Capital.)

Claro está que o erro inescusável, também chamado de erro de diagnóstico inescusável, se refere a posturas ou condutas dos profissionais que ocorrem em virtude às limitações e o estágio evolutivo da própria ciência médica.

5 INVERSÃO DO ONUS DA PROVA

A responsabilidade do médico é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o mesmo é um profissional liberal, ou seja, cabe ao paciente provar que houve culpa por parte do médico, no procedimento adotado, a chamada responsabilidade subjetiva.

Quando o paciente se diz vítima do erro médico, está automaticamente aprontado um descumprimento da prestação devida, ou seja, um inadimplemento da relação contratual. E no âmbito de qualquer ação de indenização de responsabilidade contratual, cabe sempre ao autor o ônus de provar a culpa da quebra contratual ocasionada pelo réu.

Assim como prevê o artigo 333 do CPC, senão vejamos:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Porém, poderá ocorrer a inversão do ônus da prova, quando o juiz verificar que para alegar a culpa do médico pelo paciente for muito complexo, o que torna o paciente hipossuficiente tanto tecnicamente como economicamente.

6 CONCLUSÕES

Durante o trabalho foi delineado, primordialmente, o conceito de erro médico, iatrogenia e erro inescusável. Igualmente fora, expostas as suas origens e o seguimento doutrinário e jurisprudencial, evidenciando-se que, apesar de pouco divulgado, o assunto é bastante corriqueiro no ordenamento jurídico pátrio.

Com o breve resgate histórico, demonstrou-se que já eram aplicados aos médicos sanções por sua conduta inadequada, no resultado desfavorável com seu paciente. Igualmente destacou-se que pouco eram consideradas as possibilidades de excludentes de responsabilidade médica, atribuindo a qualquer ato deste profissional o chamado erro médico.

Aplicava-se a norma sem se importar com qualquer outra questão, apenas adequando o fato à letra de lei, com inexistência de compromisso de construção de um direito com plena observância de direitos fundamentais e basilares do ser humano.

Essa situação foi fatalmente alterada quando o ordenamento jurídico passou a “dividir” o conceito de responsabilidade civil médica em objetiva e subjetiva, em especial quando passou a diferenciar a responsabilidade oriundas de obrigações de meio e a atinente às obrigações de resultado. Eventos como as várias ações judiciais foram condição *sine qua non* para a transformação da atuação do Poder Judiciário, incentivando o nascimento de um Judiciário humano, comprometido com as questões humanas e a sua dignidade, que observa cada caso em concreto.

Por outro lado, a ânsia médica por justiça foi fermento para a construção das excludentes de responsabilização civil, seja através da iatrogenia ou do erro inescusável.

Tamanhas são as preocupações do profissional médico que, para desempenhar com lisura a sua profissão, deve possuir uma formação acadêmica exemplar e usar todos os conhecimentos técnicos e específicos para tratar seus pacientes, não podendo ser refém da sorte e da boa reação corpórea do seu paciente, que não raramente, pautados na falibilidade da ciência médica, questionam um atendimento regular com o objetivo de galgar injustas indenizações.

Em tal cenário, impõe-se a popularização dos conceitos dos institutos da iatrogenia e do erro inescusável, não só para a sociedade médica, como também para a população de um modo geral, pois só assim o paciente passará a entender

que nem sempre um resultado indesejável associado ao tratamento médico será oriundo de culpa do profissional, que só pode ser responsabilizado quando restar caracterizada negligência, imprudência ou imperícia pelo profissional da medicina e o nexo causal entre a conduta humana e dano sofrido.

Através do presente estudo, restou claro que não cabe só ao médico o dever de informar e ser o mais claro e objetivo na relação com o paciente. Ao paciente também está atrelada a obrigação de informar não só seu estado de saúde atual, ou se faz uso de alguma medicação específica, ou se possui alérgica à algum fármaco, pois a omissão destas informações acarretarão prejuízos, que poderão ser irreparáveis a melhora em seu quadro clínico, e até mesmo a sua vida.

Enfim, de tudo quanto fora dito nas linhas acima, depreende-se que a sociedade precisa ter em mente que a natureza da responsabilidade dos profissionais de medicina nas obrigações de meio tem natureza subjetiva. Por conta disto, somente uma análise técnica do caso concreto evidenciará o dever de indenizar, desde que constatada culpa do profissional.

REFERÊNCIAS

ARAUJO RIBEIRO, João Bosco. **Excludentes de Responsabilidade Civil do Profissional Médico**. XVII, nº 390. ed. Revista Jurídica Consule, 2013, p. 34-35.

ARRUDA, Viian Lacerda. **Culpa: O fio condutor na responsabilidade civil do médico** [Internet] www.emerj.tjrt.jus.br. Acesso em 04 de abril de 2014.

BRASIL, **Código Civil**. 5ª edição. VADE MECUM. São Paulo: Saraiva 2011.

BRASIL, **Código de Ética Médica**. 2013. Disponível em www.cremeb.org.br. Acesso em 04 de abril de 2014.

BRASIL, **Código de Hamurabi**. Disponível em www.coladaweb.com/direito/codigo-de-hamurabi. Acesso em 27 de março de 2014.

BRASIL, **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispões sobre a proteção do consumidor e da outras providências. 5ª edição. VADE MECUM. São Paulo. 2011

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Introgenia e Erro Médico sob o enfoque da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

COLTRI, Marcos. **Responsabilidade Médica – “O Erro Médico” e suas consequências**. Ano XVII, nº 390. ed. Revista Jurídica Consulex, 2013, p. 31-32.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008.

CROSE, Delton; CROSE JÚNIOR, Delton. **Erro Médico e o Direito**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. v.6.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

LESSA ESTEFAN, Paulo Assed. **Iª Jornada de Direito Médico**, Anais. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2007. p. 9.

MENEZES, Tula Rodrigues Ferreira de. **Erro Médico e Iatrogênia: causa de exclusão da responsabilidade médica?** Rio de Janeiro: 2010 [Internet] www.emerj.tjrj.ius.br. Acesso em 30 de maio de 2014

MORAIS, Irany Novah. **Erro médico e a Justiça**. 5ª edição. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 19 ed.; v. 4; São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; CHAVES DE FARIAS, Cristiano. **Curso de Direito Civil – v.2 – Obrigações**. 1ª ed.: rev., ampliada e atualizada: JusPodivm, 2008.

RUTOWITSCH, Isabella Larica. A Teoria da Perda de Uma Chance e o Direito à Sobrevida. Rido de Janeiro: 2009 [internet] http://www.emerj.tjrj.ius.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_2009/IsabellaLaricaRutowitsch.pdf . Acesso em 17 de maio de 2014.

.VELOSO DE FRANÇA, Genival. **In: Direito Médico**. 11. Ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ANEXOS

Rapaz fica tetraplégico após cirurgia e família pede ajuda em Anápolis, GO.

Jovem fez operação contra suor há 10 anos e meio; hospital foi processado. Justiça descartou erro médico, pois paciente teria omitido usar emagrecedor.

Do G1 GO, com informações da TV Anhanguera

O jovem Rogério Borges Teodoro, de 31 anos, ficou tetraplégico após passar por uma cirurgia para controlar a produção excessiva de suor, em Anápolis, a 55 km de Goiânia, e agora os pais pedem ajuda para cuidar do rapaz. O procedimento foi feito em outubro de 2003, quando Rogério tinha 21 anos, e deixou sequelas. Na época, a família chegou a processar o hospital responsável pela operação, mas o caso foi arquivado, pois ficou comprovado que o paciente não informou os médicos sobre o uso de remédios para emagrecer, e isso teria provocado as complicações.

Rogério foi diagnosticado com "hiperidrose", doença caracterizada pelo suor excessivo em determinadas partes do corpo, como mãos, axilas e rosto. Ele cursava direito, quando decidiu fazer a cirurgia. O procedimento foi realizado por meio de um pequeno corte embaixo das axilas, mas o rapaz teve uma parada cardiorrespiratória e falta de oxigênio no cérebro.

Com isso, Rogério entrou em coma. "Ele fez a cirurgia de madrugada e voltou para o quarto. À tarde, apresentou dificuldades para respirar e colocaram um balão de oxigênio [nele]. À noite, me ligaram dizendo que ele tinha apresentado um coágulo no pulmão e que precisaria de outra cirurgia. Depois do procedimento, ficou na UTI [Unidade de Terapia Intensiva] e entrou em coma", lembra a mãe, a dona de casa Abadia Silva.

Depois de 2 meses, o quadro foi revertido e o jovem recebeu alta médica. No entanto, estava tetraplégico e com paralisia cerebral. Desde então, a mãe luta para cuidar do filho. "Eu tenho problemas na coluna e, mesmo assim, me esforço muito para ajudá-lo", diz.

Com o filho tetraplégico, tudo precisou ser adaptado em casa. A porta do banheiro foi trocada para a passagem da cadeira de rodas, e o quarto recebeu uma cama hospitalar, onde Rogério passa a maior parte do tempo.

O pai do jovem, Solimar Teodoro da Silva, também é doente e precisou deixar o trabalho para cuidar do filho. O gasto mensal com alimentação e medicamentos chega a quase R\$ 4 mil, razão pela qual a família pede ajuda. "Ele entrou andando no hospital, feliz da vida, e saiu desse jeito. Só pode ter havido algum erro, pois se fosse um acerto ele não estava assim", afirma.

O Hospital Jardim América, onde foi feita a cirurgia, chegou a ser processado, mas a família perdeu a ação em primeira instância e o caso foi arquivado em 2012.

Segundo o advogado que representa o hospital, João Bosco Luz, a unidade deu toda a assistência financeira à família na época da operação, até que uma perícia comprovou que não houve erro médico. Ainda de acordo com o advogado, a análise do especialista comprovou que as complicações foram causadas porque Rogério fazia uso de remédios para emagrecer e não comunicou os médicos sobre isso antes da cirurgia. Por esse motivo, a Justiça deu ganho de causa para o hospital.

Sem perspectivas de melhoras do quadro físico de Rogério, a família tenta se conformar com as antigas lembranças de um jovem sorridente que tinha muitos planos, entre eles o de ser cantor sertanejo. O rapaz chegou a gravar um CD e a formar dupla com um colega, mas os projetos foram interrompidos em função das sequelas da operação.

Fonte: <http://g1.globo.com/goias/noticia/2014/04/rapaz-fica-tetraplegico-apos-cirurgia-e-familia-pede-ajuda-em-anapolis-go.html>