

A ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AO PROFISSIONAL MÉDICO EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DO ERRO MÉDICO

OLIVEIRA LIMA, Lukas Thadeu de¹
CASTILHO JUNIOR, Christovam²

Resumo

Este estudo trata da aplicação da Responsabilidade Civil ao profissional médico, quando, no exercício de sua função liberal, oferece dano, por vezes suportado pelo paciente. Ressalte-se que a responsabilidade do médico será obtida pela avaliação da culpa, dentro de seus qualificadores, por exemplo, negligência, imprudência ou imperícia. Via de regra a responsabilidade do médico será de meio, e não de resultado, uma vez que utilizará dos preceitos técnicos para o tratamento de determinada enfermidade. Contudo, destaca-se que, ao médico incumbe realizar aquilo que for necessário – dentro de preceitos e protocolos clínicos estritamente técnicos – desde que importe em risco iminente de vida do paciente, ao passo que poderá ser responsabilizado se não o fizer. Observa-se que, diante das possibilidades de qualificação do dano – moral, estético, material – será passível de reparação indenizatório, que poderá ser arbitrada em parâmetros juridicamente preestabelecidos, a serem observados pelo magistrado, no momento de arbitrar a quantia indenizatória.

Palavras-chave: Direito Civil. Erro Médico. Indenização. Paciente. Responsabilidade.

Abstract

This study deals with the application of Civil Liability to medical professionals when, in the exercise of their liberal function, they offer damage, sometimes borne by the patient. It should be noted that the physician's responsibility will be obtained by assessing the fault, within its qualifiers, for example, negligence, imprudence or malpractice. As a rule, the doctor's responsibility will be for the means, and not for the result, since he will use the technical precepts for the treatment of a given illness. However, it should be noted that it is up to the physician to do whatever is necessary – within strictly technical clinical precepts and protocols – as long as it involves

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Santo Antônio da Platina/PR (FANORPI).
E-mail: lukaslimasap@yahoo.com

² Advogado, Conciliador do TJ/PR, Mestre em Direito, Professor do Curso de Direito da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos (FAESO); do Curso de Direito da Faculdade de Santo Antônio da Platina (FANORPI); e dos Cursos de Agronegócio, Jogos Digitais, Ciência de Dados, Segurança da Informação da Faculdade de Tecnologia de Ourinhos (FATEC).
E-mail: castilhojunior.estacio@gmail.com <http://lattes.cnpq.br/3815097029716383>

imminent risk to the patient's life, while he may be held responsible if he does not. It is observed that, given the possibilities of classifying the damage – moral, aesthetic, material – it will be subject to indemnity repair, which may be arbitrated in legally pre-established parameters, to be observed by the magistrate, when arbitrating the indemnity amount.

Keywords: Civil Law. Medical error. Indemnity. Patient. Responsibility.

Introdução

Na sociedade contemporânea coexistem as consequências relativas às práticas de quaisquer ações. Em razão dos efeitos por ela produzidos, por vezes de natureza lesiva, e em razão da relação social dos indivíduos, bem como aos reflexos das atividades humanas, incumbirá, ao Direito, implementar a pacificação, por meio de suas normas e técnicas, para solução dos conflitos existentes.

Nessa perspectiva, as pessoas são capazes de contrair direitos e deveres, bem como buscar o acesso a determinado serviço para que seja satisfeita a sua necessidade. Estes serviços, por sua vez, poderão ser prestados por pessoas jurídicas – empresas, por exemplo – ou por profissionais autônomos. Destes, o serviço que demanda a procura por parte da população é o serviço de saúde, seja ele público ou privado. Para que seja diagnosticada a enfermidade, as pessoas se submetem aos cuidados do profissional médico.

Assim, ao observar o progresso científico das últimas décadas, por exemplo, o avanço de pesquisas e tratamentos na área da Medicina, e os consequentes riscos vinculados ao evento do “erro médico”, ou ainda, “erro do médico”. Situações que decorrem da lesão causada à saúde de determinado paciente, ocasionada pelo profissional médico, que, em tese, mesmo diante das providências adotadas, amparadas por protocolos procedimentais, acaba por assumir os riscos inerentes à atividade.

RESULTADOS/ DESENVOLVIMENTO

1 Teoria Geral da Responsabilidade Civil

Neste capítulo serão estudados os aspectos gerais acerca da responsabilidade civil, desde sua matriz histórica, até as suas nuances principiológicas, a fim de que se contextualize doutrinariamente questões necessárias ao entendimento da responsabilização do médico pelo erro oferecido ao paciente, no exercício de sua função.

1.1 Aspectos históricos

A responsabilidade civil, historicamente, surge no princípio da civilização humana, período ao qual denominava o aspecto da vingança coletiva, dada a reação conjunta de grupos face a ofensa de determinado agente a um dos componentes daquele grupo.

Contudo, na civilização romana, houve uma evolução ocasionada pelo anseio individual, ao deixar de coexistir um interesse da coletividade, momento pelo qual os homens faziam, o que, contemporaneamente, chama-se de “justiça com as próprias mãos”, num período sob o arrimo da Lei de Talião – “olho por olho, dente por dente”.

De acordo com Gonçalves (2012, p. 24-25):

[...] dominava, então, a vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.

Neste contexto, ao poder público caberia intervir em momento oportuno, ao estabelecer que determinada vítima possuiria o direito à retaliação ao agente da ofensa, em mesmo grau de lesão sofrido inicialmente. A responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano, e, portanto, não se auferia o elemento de culpa por parte do causador da lesão.

Destaca-se, portanto, como o momento pelo qual o Estado assume a posição do indivíduo lesado, ao estabelecer os valores a serem atribuídos a cada uma das

espécies lesivas praticada. Ressalta-se, ainda, que a ideia baliza no preceito de que a retaliação geraria uma espécie de dano duplo, não resguardando, de fato, um equilíbrio jurídico, entre o dano e a reparação, prevalecendo a ideia inicial de reparação do mal com o mal.

Nos séculos XVII e XVIII surgiram os primeiros juristas que influenciaram sobremaneira o direito privado francês. Origina-se a teoria da responsabilidade civil com o jurista francês Jean Domat (1625-1696), ao estabelecer o princípio geral da responsabilidade civil, por meio da obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), que mais tarde fora adotada pelo artigo 1.382 do Código Civil francês.

Posteriormente, esse princípio fundamentou a formalização das demais legislações que também se pautaram no elemento da culpa, como, o Código Civil Italiano, bem como o artigo 159 do Código Civil Brasileiro de 1916, e artigo 186 do Código Civil Brasileiro de 2022.

1.2 Conceito de Responsabilidade Civil

Observa-se a responsabilidade como a atividade que culmine em prejuízo a outrem, ao passo que vislumbra o equilíbrio moral e patrimonial a ser restituído pelo autor da ofensa, ao antever, portanto, uma contraprestação, a fim de que se restabeleça o estado natural da coisa, ou seja, o status quo ante.

Para Gonçalves (2012, p. 21), “obrigação é sempre um dever jurídico originário [ao passo que] responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro.”, ou seja, para o autor, o entendimento predominante é de que a responsabilidade é o crepúsculo da obrigação, tendo em vista que a Lei imputará ao autor o dever contraprestacional, em razão da ofensa face à obrigação originária.

Desse modo, trata o instituto da responsabilidade civil de uma consequência jurídica, oriunda da licitude ou não, praticada por determinada pessoa, e culmina no dever de reparar, nos termos e nos parâmetros que o ordenamento jurídico, sob a análise do magistrado será arbitrado.

Além disso, para Tartuce (2021, p. 909):

[...] em regra e no plano civil e processual, a ação de responsabilidade civil pode ser comparada a uma corrida de duas barreiras. Cada uma dessas barreiras representa um ônus existente contra o demandante. A primeira barreira é a culpa e a segunda é o dano.

Diante desse liame existente entre um dever jurídico originário e outro sucessivo, depreende-se o conceito doutrinário da responsabilidade civil como a aplicação de medidas que incumbem a determinada pessoa reparar a ofensa moral ou patrimonial contra terceiros, diante do fato por ela praticado ou por quem ela responde, mediante imposição normativa plenamente vinculada.

1.2.1 Os pressupostos da Responsabilidade Civil

Os pressupostos são elementos que visam atribuir características a determinado objeto, correlacionando ao nexos existente dentro da estrutura fática da conduta. Observam-se, desse modo, como pressupostos da responsabilidade civil a existência de uma ação, comissiva ou omissiva; a ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial; e a existência de um nexos de causalidade entre o dano injusto e a ação.

1.2.1.1 A ação

Assim, a existência da ação, ou melhor, conduta, por parte do agente, vincula-se ao ato ilícito ou lícito, que possui prévia denotação jurídica, ao passo que diante daquela ação praticada, perpendicular ao instituto da culpa, assume-se o risco.

Neste sentido, Diniz (2010, p. 37) salienta que:

[...] ter-se-á ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico, integrando-se na seara da responsabilidade extracontratual (CC, arts. 186 e 927), e se ela não cumprir obrigação assumida, caso em que se configura a responsabilidade contratual (CC, art. 389).

Em regra, no ordenamento jurídico brasileiro vigora o dever ao ressarcimento em razão da prática de determinado ato ilícito proveniente da culpa, ou seja, trata da situação de reprovabilidade e censurabilidade, quando em dado momento, o agente poderia ter adotado conduta diversa daquela que originou o fato danoso, qualificando-se, de fato, o ato ilícito pela ótica da culpabilidade, ao passo que viola o direito subjetivo individual de outrem.

O texto do Código Civil Brasileiro, especificamente, no parágrafo único, artigo 927, aduz à questão da indenização face ao direito violado, pois considera que, “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

Em contrapartida, a conduta ativa que violar norma jurídica que tutele direitos alheios ou direito individual e o infrator tenha conhecimento de tal violabilidade, que se deu dolosa ou culposamente, será objeto de responsabilização.

Oportunamente, a responsabilidade comissiva ou passiva do agente que se relaciona aos casos em que há a ocorrência de atos por terceiros, como, por exemplo, os filhos, tutelados e curatelados, resta juridicamente responsáveis por eles, os pais, tutores e curadores, respectivamente.

1.2.1.2 O dano

O dano injusto ao direito alheio nada mais é que a conduta ativa ou passiva praticada por determinada pessoa que provoque ofensa ao titular de um direito. Oportunamente, com base na ocorrência ou não do dano que irá se constatar a presença da responsabilidade civil. Não há como responsabilizar alguém por determinada conduta que não resultou em prejuízo a outrem. Para que o instituto responsabilidade civil seja aplicado, se faz necessária a presença da lesão.

Para Venosa (2017, p. 462): “somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem”.

Nesse sentido, observa-se que trata de dano que atingiu ou a moral – personalidade – do sujeito passivo, ou a sua esfera patrimonial, e que a responsabilidade somente originar-se-á diante da obrigação imposta ao ressarcimento, que está conexas à lesão provocada aos direitos do sujeito passivo.

Segundo Diniz (2010, p.62):

A responsabilidade civil constitui uma sanção, não há por que não se admitir o ressarcimento do dano moral, misto de pena e de compensação. [...] O dano moral que se traduz em ressarcimento não afeta, a priori, valores econômicos, embora possa vir a repercutir neles. O dano patrimonial compreende [...] o dano emergente e o lucro cessante, ou seja, a efetiva diminuição no patrimônio da vítima e o que ela deixou de ganhar.

Observa-se que a autora trabalha a ideia do dano que constitui lesão ao direito da personalidade e ao patrimônio, respectivamente, ao passo que pode-se atribuí-lo como dano individual, que será passível de ressarcimento quando pleiteada a ação indenizatória, em razão da violação de interesses salvaguardados juridicamente. Vale destacar também a Súmula 37, do STJ, ao atribuir a possibilidade de cumulação indenizatória do dano material e moral.

1.2.1.3 O nexos causal

Por fim, não existirá a responsabilidade civil sem o nexos de causalidade, entre a conduta danosa e a ação que a provocou. Desse modo, traça-se uma linha memorial para que ao fim, possa ser concluído se de fato houve o dano, e se o mesmo encontra-se configurado na estrutura de causalidade.

Para Diniz (2010, p. 111):

[...] o vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexos causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível... Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido.

Nessa sistemática, mesmo em se tratando da responsabilidade civil objetiva, não poderá isentar a relação causal entre o dano e a conduta do sujeito ativo, ao passo que se não for constatada a existência do dano diante do comportamento do autor da ação, não haverá relação de causalidade, não configurando, portanto, o dever de indenizar.

Destacam-se três teorias, abordadas por Tartuce (2021, p. 828): teoria da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes (*sine qua non*); teoria da causalidade adequada; e por fim, teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexa causa.

A primeira, não adotada no ordenamento jurídico brasileiro, aborda que todos os fatos presentes, culminam na responsabilidade civil do agente. Segundo Tartuce (2021, p. 828) “considera-se, assim, que o dano não teria ocorrido se não fosse a presença de cada uma das condições que, na hipótese concreta, foram identificadas precedentemente ao resultado danoso”.

A segunda, presente nos artigos 944 e 945 do Código Civil/2022, aborda que somente aquele evento danoso potencialmente relevante, ensejará a responsabilização civil do sujeito ativo, antevendo, a indenização sob as mesmas proporcionalidades do fato. Trata-se de teoria adotada por parte da doutrina.

A terceira – adotada pela doutrina majoritária – segundo Tartuce (2021, p. 828) leciona:

[...] havendo violação do direito por parte do credor ou do terceiro, haverá interrupção do nexa causal com a consequente irresponsabilidade do suposto agente. Desse modo, somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente.

Verifica-se, portanto, que as teorias da causalidade e dano direto e imediato vigoram entre a doutrina e, conseqüentemente, no ordenamento jurídico, ao passo que ambas se encontram dispostas no Código Civil de 2002.

1.3 As Excludentes do dever de indenizar

As excludentes suspenderão o nexo de causalidade, o que por sua vez, não constituirá o elemento da responsabilidade civil, em sua essência principiológica. Segundo Tartuce (2021, p. 830-831) existem três modalidades de excludentes: “por culpa exclusiva ou fato exclusivo da vítima, por culpa exclusiva ou fato de terceiro e por caso fortuito ou evento de força maior”. Assim, essas possibilidades serão trabalhadas nas próximas seções.

1.3.1 Por culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro

A espécie de culpa exclusiva trata-se da conduta lesiva praticada pela própria vítima da suposta ofensa sofrida, deve arcar com os prejuízos decorrentes de sua ação. Segundo Diniz (2010, p. 114), “o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo falar em nexo de causalidade entre a sua ação e a lesão”.

Entende-se que, a conduta praticada pela própria vítima e que resulte em dano a si, exime qualquer outra pessoa que, embora presente, não tenha dado causa ou auxílio para que aquele dano originasse, momento em que a vítima/autora deverá arcar com eventuais prejuízos.

Ainda, Tartuce (2021, p. 831) pondera que:

[...] primeiramente, percebe-se que foram destacadas as expressões exclusiva e exclusivo, pois, havendo culpa ou fato concorrente, seja da vítima ou de terceiro, o dever de indenizar subsistirá. A culpa concorrente, ou o fato concorrente, como exposto, apenas abranda a responsabilização, ou seja, atenua o nexo de causalidade, o que é incidência direta da causalidade adequada.

Assim, a culpa exclusiva da vítima romperá o nexo causal e afastará qualquer obrigação de indenizar proveniente por parte do agente da lesão. Nesse sentido, não há responsabilidade civil sem nexo causal – necessária tanto na responsabilidade subjetiva como na objetiva. Já no fato de terceiro, o dano é causado por ação ou

omissão de terceiro, que desde que verificada a conduta ativa ou passiva do mesmo, submete-se à síntese da lesão ao sujeito passivo.

1.3.2 Por caso fortuito ou evento de força maior

Com relação a caso fortuito ou evento de força maior, o professor Tartuce (2021, p. 831) define, “[...] como o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Já a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa.”

Tratam-se de questões involuntárias ou possivelmente voluntárias, mas não pela conduta humano, sem a presença da subjetividade, ou seja, não é desejado pela parte, perece de objetividade da ação, ao passo que não é capaz de ser evitada, sendo, portanto, contrária à ação humana. O artigo 393, do Código Civil de 2002, aduz que:

O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (BRASIL, 2002).

Tanto a responsabilidade civil objetiva, quanto subjetiva trabalham aspectos distintos: a primeira baliza-se na teoria do risco; já a segunda, na teoria da culpa. Nessa perspectiva, limitam-se a análise de ambos os institutos, com a absorção do caso fortuito e força maior acarretam em dano a outrem, momento em que exoneram-se as possibilidades de recomposição e a pretensão indenizatória.

2 A Responsabilidade Civil Médica

Ao referenciar a abordagem histórica intrínseca ao instituto da responsabilidade civil, faz necessário mensurar aspectos históricos relacionados à Medicina. Essa é caracterizada pelo campo de atuação à vida humana e ao meio social, ao passo que

é regulamentada por princípios de ordem técnica, em relação aos seus Conselhos Regionais e Federal, bem como sob a égide do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Assim, a Medicina, historicamente, atrela-se à prática rudimentar do artesanato, dada a essência que possuía ao tratar as enfermidades sob o “dom” da cura, por vezes alcunhada de “dom divino”, ao passo que o conhecimento que determinado agente detinha, externalizado por meio de rituais de cura, era suficientemente capaz de abolir o mal sofrido pela pessoa.

Para Amaral (2014, p. 47): “os métodos e rituais de cura não sofriam questionamentos, e os médicos eram reverenciados como se fossem verdadeiros sacerdotes [bem como] o insucesso também lhes era cobrado na mesma proporção.”

Verifica-se que nos primórdios da civilização humana, havia a construção do alicerce, mesmo que precário e equivocado, de um raciocínio histórico de responsabilidade civil em relação ao instituto da reparação pelo dano causado pelo agente da conduta, por exemplo, em rituais e demais práticas rudimentares de cura.

2.1 A relação médico-paciente

De início, observa-se que ao profissional médico incumbirá, desde o início, prestar pelo zelo em relação às informações a serem repassadas ao paciente e também à família, desde as consequências observadas como normais sobre determinado procedimento terapêutico, por exemplo, sob o ponto de vista técnico, a fim de que esclareça ao paciente sobre o tratamento a que será submetido, seja ele cirúrgico ou não.

Nesta perspectiva, Venosa (2017, p. 597) complementa que:

Não se defenda, ademais, que deva o profissional, nessa informação, descer a minúcias técnicas incompreensíveis para o leigo. O paciente, ou alguém validamente por ele, deve concordar com o procedimento sugerido pelo médico. Nas hipóteses nas quais esse consentimento inexistente, ressalta-se a natureza extracontratual derivada da conduta.

Assim, destaca-se que caso o médico seja omissivo em razão do *feedback* para com o paciente, acarretar-se-á em responsabilização do profissional, ao passo que o

profissional deverá ser prudente em ministrar todas as informações que se façam necessários, devendo ser sopesadas em grau de periculosidade da conduta médica para tratamento, seja cirúrgico ou medicamentoso.

Desse modo, é possível suscitar a importância de se estabelecer a comunicação entre médico e paciente, em razão de todas as possíveis consequências em que a pessoa que busca pelo serviço especializado poderá se sujeitar, bem como aos cuidados pessoais que deverá observar.

2.2 A análise da culpa perante a Responsabilidade Civil do médico

Observa-se que a responsabilidade civil do médico – ao se tratar de profissional liberal – é abordada, pela doutrina tradicional, como subjetiva, ou seja, sustentar-se-á, caso fique constatada a intenção em ocasionar o dano ou a conduta negligente, imprudente ou imperita, a partir do momento em que restará como evidente o dever de reparar.

O artigo 951, do Código Civil Brasileiro de 2002, prevê a responsabilização, de maneira genérica, porém imperativa, aos profissionais liberais, sendo necessária uma análise minuciosa da ocorrência danosa.

Desse modo, é possível notar similaridade com o artigo anterior, haja vista que constará como provável a culpabilidade do profissional, ou ainda, presumir-se-á como culpa, caso estejam presentes as hipóteses de erro, negligência ou imperícia.

Assim, destaca a análise realizada por Kfoury Neto (2021, p. 87), ao relatar que:

[...] em tema de responsabilidade civil – frisam os civilistas franceses... Agindo o médico com culpa, em qualquer das suas modalidades, seja qual for a natureza – profissional ou não –, e independentemente da gravidade, mas desde que provocada, ver-se-á compelido a reparar o dano que eventualmente provoque.

No mesmo sentido, quando o profissional não observa preceitos estritamente técnicos, como protocolos procedimentais e habituais cuidados com o paciente – entre o período pré e pós-operatórios – em se tratando de procedimentos cirúrgicos, por

exemplo, esses elementos, dentro do nexo de causalidade, ou seja, entre a conduta e o resultado naturalístico, acarretará na materialização de indícios que poderão ensejar uma reparação.

Contudo, a atribuição da responsabilidade do profissional médico possa tender ao ponto de vista objetivo, ter-se-á como irrefutável a abordagem trazida pelo artigo 951, do Código Civil, em concorrência ao artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, ao objetivar, desse modo, a ótica subjetivista da conduta, ora praticada pelo profissional.

2.2.1 A culpa médica *stricto sensu*

Sob a conjectura da culpa em *stricto sensu*, ou seja, da culpa em sentido estrito, poderão ser analisadas sua subdivisão em três modalidades qualificadoras: a negligência, a imprudência, e a imperícia.

A negligência médica está atrelada ao elemento da culpa por omissão. Nas palavras de Amaral (2014, p. 64), a culpa “se exterioriza no momento em que o médico deixa de fazer o que deveria ter feito por motivação própria, seja por inércia, desleixo, inobservância ou descuido na execução do ato.”

Nessa sistemática, observa-se os artigos 186 e 951 do Código Civil Brasileiro de 2022 abarcam a teoria da culpa – em razão da responsabilidade profissional do médico. Desse modo, constatado o dano – que poderá ser atribuído como morte, ferimento e ainda, incapacidade – deverá a vítima prová-lo, face ao médico que tenha atuado com culpa em sentido estrito, para posterior ressarcimento.

No que diz respeito à imprudência, a mesma antevê a culpa comissiva, ou seja, uma conduta ativa. Desse modo, afere-se como imprudente a conduta injustificada do profissional, sob a inobservância da cautela. O Kfoury Neto (2021, p. 108) exemplifica que poderá ser caracterizado como imprudente o “caso do cirurgião que não espera pelo anestesista, principia ele mesmo a aplicação da anestesia e o paciente morre de parada cardíaca.”

Desse mesmo modo, diante da conduta médica por parte do cirurgião acima mencionada, relaciona-se também a impossibilidade de vaga em Unidade de Terapia Intensiva Adulto, na unidade hospitalar em que se opera o paciente. Assim, a realização da anestesia sem o acompanhamento e administração por parte do profissional especialista, compreende procedimento cirúrgico arriscado, portanto, imprudente.

Ao ato médico imprudente, observam-se ausentes os princípios norteadores ao procedimento seguro e eficaz, ou seja, tratam-se de condutas praticadas sem os devidos cuidados, ora ensejados pela falta do conhecimento técnico-procedimental, e inobservância de protocolos de qualidade e segurança ao paciente.

No que se refere à imperícia médica, trata-se da falta de observação de normas, ou do mero desconhecimento técnico inerente à atuação da profissão de Medicina, em síntese: o hábil despreparo para o ofício. Kfoury Neto (2021, p. 110) acrescenta que “também caracteriza a imperícia a incapacidade de exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão”.

A imperícia médica poderá prevalecer diante da condução médica, de forma errada e, equivocada, dada à inexperiência por parte do profissional, sob a área técnica de atuação. Para Amaral (2014, p. 66), a título exemplificativo, destaca-se a atuação: “de um ginecologista que sem preparo e estudo devido, decide realizar cirurgia estética ou implante de silicões em sua paciente”.

De tal modo, embora o procedimento médico possa parecer plenamente seguro e eficaz, sob resultado notoriamente visível, verificar-se-á que a atuação procedimental por parte do profissional violou preceitos de ordem técnica, ao passo que também, dada à sua inexperiência e/ou ao não conhecimento técnico dos procedimentos cirúrgicos, sobretudo a especialidade exigida, expusera a risco, a paciente.

2.3**2.4 A Análise do Erro Médico**

Comumente observa-se a judicialização de demandas face ao profissional de medicina, por vezes, motivadas por algum dano/sequela que foi obtido pelo paciente, quando submetido a determinado procedimento cirúrgico e/ou terapêutico – como no caso do uso de drogas medicamentosas. Destaca-se, também, que, quando o paciente busca o auxílio profissional para o restabelecimento de sua saúde, há de se depositar no médico e demais profissionais da área da saúde, a expectativa e posterior responsabilização por completo de suas condutas.

Nessa perspectiva Giostri (1999, p. 136) argumenta que, o erro médico pode ser analisado como, “uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional”. Assim, a falha do médico está vinculada a inobservância da conduta técnica – dada a análise adequada do caso prático – podendo, por vezes, ser afastada, caso da conduta, embora produza dano, adotou para o tratamento de um mal maior.

Dessa maneira, é importante citar que os erros médicos contemplam duas subespécies principais. O primeiro aborda o erro de diagnóstico, ou seja, o dano vinculado ao ato da identificação de determinada enfermidade. O segundo aborda o erro de tratamento, ou seja, quando da conduta inerente ao tratamento da enfermidade diagnosticada, portanto, há que se falar em abordagem terapêutica da doença.

2.4.1 O erro de diagnóstico

Origina-se na identificação da moléstia acometida por certo paciente, que busca pelo auxílio profissional, e o médico, ao elaborar os questionamentos iniciais para prévio conhecimento da sintomatologia do enfermo, e para posterior validação, solicita a realização de exames, e sob a análise equivocada, adota tratamento terapêutico errôneo ou diverso daquele que deveria ser proposto.

Amaral (2014, p. 130) assevera que:

[...] normalmente, o médico ao atender o paciente pela primeira vez, faz uma análise dos sintomas e reações reveladas pelo paciente, para formar sua convicção e dar início ao tratamento de acordo com o diagnóstico da doença [ao passo que] atualmente, os médicos não se arriscam a diagnosticar o paciente sem antes submetê-lo a uma série de exames, de forma a obter o diagnóstico mais preciso quanto possível.

Verifica-se que a falha técnica do profissional não deveria ocorrer, haja vista que trata de quem não poderia ou não se deve esperar infalibilidade. Ainda, sob a ótica da doutrina tradicionalista, não se deveria imputar responsabilização, salvo diante de erro grave.

Em tempo, denota-se que, quando atendidos os procedimentos, e desde que cumpridos corretamente, ou ainda, afastada a hipótese de uma conduta considerada como culposa, por parte do profissional médico, eventual erro não poderá ser atribuído a ele, ou seja, não há que se falar em responsabilidade do profissional.

2.4.1.1 A Iatrogenia

Em razão da ocorrência do erro de diagnóstico, ora abordado, destaca-se que poderão ser oferecidos danos pela análise errônea do profissional médico, ao passo que medidas terapêuticas empregadas incorretamente, ou seja, em razão do intervencionismo médico para o tratamento, originar-se-á a iatrogenia.

Nunes de Souza (2014, p. 155) assevera que:

Verificada a culpa médica no diagnóstico ou na terapia, o dano iatrogênico ensejará o dever de indenizar mediante a investigação dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil. Assim, a hipótese que impõe maiores dificuldades ao intérprete reside na lesão iatrogênica decorrente pela conduta médica plenamente adequada, denominada por alguns autores iatrogenia stricto sensu.

Analisa-se que poderão ser provocadas lesões motivadas pela conduta médica em si. Do mesmo modo, tem-se na Medicina uma gama procedimentos utilizados para

tratamento que poderão ensejar, conseqüentemente, em eventual lesão. Pode-se falar que, em determinado intervencionismo médico o dano seria certo, ao passo que deveria ser evitado qualquer outro dano maior.

Nunes de Souza (2014, p. 156-157) exemplifica que:

[...] a mastectomia (cirurgia para extirpação da mama) indicada à paciente na hipótese de câncer mamário avançado, ou a amputação de um membro recomendada em hipóteses como a doença vascular periférica, o diabetes, o trauma seguido de contaminação severa da ferida, dentre outras [pode] verificar-se a aceitação do dano pelo paciente – devidamente informado da relação custo-benefício de se submeter à intervenção cirúrgica – ou, ainda, o dever do médico de agir, mesmo contra a vontade do enfermo, nas hipóteses de risco de morte.

Nesse sentido, poderá ser afastada a responsabilização do profissional médico, caso adote a única conduta possível para que salve a vida do enfermo, bem como, quando por ele há prévio conhecimento e aceitação para adoção do procedimento cirúrgico recomendado. Pondera-se que ao médico incumbe agir de modo a garantir a vida do paciente.

Do mesmo modo, embora a ação do profissional possa não parecer recomendada ou imprecisa para determinada enfermidade, a ausência dela poderá agravar o estágio da doença ao paciente.

2.4.1.2 O erro médico em tempos de pandemia da Covid-19

Em relação ao mundo contemporâneo, e ao surgimento do vírus SARS-CoV-2 (causador da Covid-19, comumente conhecido como Coronavírus) que foi capaz de questionar a aplicação da Medicina atual, foi posto em xeque todo o conhecimento do profissional de Medicina, bem como a atribuição de sua responsabilidade civil.

Kfoury Neto (2021, p. 131) alega que:

A situação sem precedentes vivenciada pelos médicos e demais profissionais nesse período, impõe um olhar ainda mais atencioso e

flexível aos critérios de incidência de responsabilidade. Dadas as condições de crise e situações sem precedentes criadas pela pandemia, médicos atuaram desprovidos dos recursos necessários e em ambientes perigosos, com dispositivos médicos para uso não aprovado, materiais alternativos e drogas *off-label* para tratar os doentes.

Diante da análise pormenorizada do autor, é possível compreender a dramaticidade que a área assistencial em saúde como um todo sofreu com o colapso da pandemia. Ademais, dado ao alto número de pacientes para o quantitativo desproporcional de profissionais para tratá-los, ao passo que a responsabilização da atuação do profissional médico pode ser avaliada como crucial.

Outrossim, ao analisar a equivalência entre a proporção e o excesso, no sentido de auferir a culpa do médico, a indenização caminhará concomitantemente com o grau de gravidade da imperícia, ou negligência, ou imprudência, motivada pelo agente passivo – no caso o médico.

2.5 O dano médico

Trata-se do dano resultante da atuação do profissional médico e analisado como inadequada, podendo ainda ser qualificada, como visto anteriormente, em: negligente, imprudente e imperita. Nesta sistemática, para que se configure o dano, Kfoury Neto (2021, p. 143), pondera que: “deve existir um dano ao paciente, de qualquer tipo ou espécie: lesão a um direito (à vida, à integridade física, à saúde), lesão de um interesse legítimo, danos patrimoniais ou danos morais”.

Sob a análise da afirmação apresentada pelo autor, é possível observar que os danos médicos em geral, poderão ser qualificados como físicos ou corporais (por estarem relacionados com a integridade física da pessoa humana), materiais (como as despesas médico-hospitalares) e morais (como os danos estéticos e eventual descontentamento/frustração diante da sequela produzida, por exemplo, ora vinculados aos direitos da personalidade).

2.5.1 A relação entre o dano estético e o dano moral

Verifica-se que o dano estético é a ramificação parcial do erro médico em si, haja vista que se trata da lesão à harmonia corporal da pessoa humana, e que se mantém por período de tempo duradouro que venha ocasionar em prejuízo à moralidade e a personalidade – integridade física e estética – do paciente lesado.

Desse modo, o Lopez (1980, p. 17) afirma que: “dano estético é dano moral [o que por sua vez, trata da] lesão à beleza física, à harmonia das formas externas de alguém”.

Nessa seara, é possível compreender que para que o dano, ora provocado, qualifique-se como “estético”, a lesão originada deverá se manter por período duradouro, ao passo que sua presença acarrete em “vergonha” pessoal, por parte da pessoa lesada com relação a si própria, o que por sua vez, culminará em um dano tratado como moral.

Indubitavelmente, é possível determinar que, caso o médico tenha agido de maneira culposa, responsabilizar-se-á, de imediato, em repará-lo. Oportunamente, Silva (1977, p. 249) argumenta que:

[...] as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos, ainda que mínimos e que pudesse implicar, sob qualquer aspecto, um “afeamento” da vítima ou que pudessem vir a se constituir, para ela, numa simples lesão “desgostante” ou em um permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos.

Assim, será parte legítima ao requerer o procedimento indenizatório somente a vítima do dano injusto – conforme preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Desse modo, com relação a uma deformação corporal, não é possível compreender o critério basilar do instituto da reparação – status quo ante – ao passo que a reparação material trará uma forma de contentamento patrimonial ao lesado, não a sua mera restauração antes do ocorrido.

Por outro lado, o dano moral estará vinculado diretamente ao dano estético, acrescido nesta via pela angústia e dor sofrida pela parte vítima da ofensa, dentre outras inúmeras formas de reações, ora vinculadas aos direitos da personalidade.

Neste sentido, e com base na argumentação do professor Kfoury Neto (2021, p. 147), o dano moral é:

Decorrente da privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.

Denota-se que a ofensa moral poderá por vez culminar em lesões psicológicas difíceis de serem lapidadas e sanadas, ao passo que a reparação, para este caso, embora seja material – pecuniária – busca estabelecer algum conforto à pessoa lesada.

2.6 As obrigações de meio e de resultado

Em breve síntese, a obrigação de meio poderá ser tratada como aquela vinculado ao meio de tratamento a ser adotado pelo profissional médico para a cura do enfermo, ou a redução do agravo de algum mal. Por outro lado, a obrigação de resultado originar-se-á na busca pelo resultado desejado pelo paciente, que busca pelo serviço médico especializado para satisfazer o seu anseio.

Destaca-se a proposição de Nunes de Souza (2015, p. 58) acerca do tema, argumenta que:

[...] a distinção, que aparta, de um lado, as prestações dotadas de um elemento subjetivo (um dever de ação ou abstenção) acompanhado de um elemento objetivo (a obtenção de um resultado) e, de outro lado, aquelas que apresentam apenas o primeiro [ao passo que] existindo também o dever de obter certo resultado, fala-se em obrigação de resultado; havendo somente o dever de agir ou abster-se, independentemente da obtenção do resultado, alude-se a obrigação de meios.

Assim, é possível entender de antemão que cada princípio obrigacional, ora demonstrado, está vinculado à sua função-finalidade. Sob essa ótica, Nunes de Souza (2015, p. 59) complementa que será necessário se: “atentar prioritariamente para as

finalidades contratuais e para as expectativas das partes que exsurgem do regulamento contratual”.

Cumprе enfatizar, portanto, que em relação entre as obrigações de meio e de resultado, deverão prevalecer sempre a diligência da conduta adotada pelo médico, que por vezes poderá ser auferida como o único objeto concreto possível de ser alcançado em cada caso.

Nessa sistemática, há que se destacar que, dentro da relação médico-paciente, e em se tratando de uma obrigação de resultado, a culpa do médico será produzida no ato da frustração da finalidade a qual o profissional se vincula. Desse modo, é possível observar que a responsabilização do médico estará ligada ao viés subjetivo, ao passo que, com base na teoria *res ipsa loquitur* a má aparência pós-operatório, sujeitará à qualificação do dano.

3 A Reparação Civil Face ao Processo Judicial

Neste capítulo serão abordadas as condições de reparabilidade do dano médico ocasionado ao paciente, sob o ponto de vista doutrinário. Além disso, foram analisadas inúmeras possibilidades de se atribuir ao médico a responsabilização pelo dano ofertado ao paciente, sob as nuances qualificadoras da lesão: negligência, imprudência e a imperícia.

Desse modo, cumpre destacar que a ele caberá o dever de reparar a fim de que restaure o status natural anterior à lesão provocada.

3.1 A liquidação do dano

Assim que constatada a culpa do médico, momento em que levou à evidenciação do dano, dá-se início ao período chamado de liquidação do dano, ao passo que vislumbra quantificar o valor a ser fornecido pelo profissional em favor do paciente, a título de reparação.

Para Amaral (2014, p. 80-81 apud SOUZA, 2006):

[...] a sentença poderá ser executada se for líquida e certa. Caso contrário, há que se liquidá-la, tornando-a certa quanto à sua existência, e determinada quanto aos reais valores da indenização devida pelo médico ao paciente.

Evidencia-se que a reparação dos danos enseja uma sequência problemática de razões que circundam o instituto reparacional em virtude do ressarcimento monetário à determinado bem não material, ou seja, não patrimonial, como o caso de ter sido ocasionada lesão estética à determinado paciente, ao qual, embora possa ser indenizado, sua aparência não retornará ao status quo ante.

Nesse sentido, Amaral (2014, p. 81) esclarece que, “é de grande dificuldade o arbitramento do quantum reparatório pelo dano moral, especialmente em caso de morte”. Cumpre ressaltar que a reparação deve ter em vista mitigar a dor dos familiares, amenizar a frustração de expectativa e atenuar eventual sofrimento ora motivado pelo dano sofrido.

Nesse caso, em observância ao que preconiza o artigo 949 do Código Civil, em concorrência ao disposto pela Súmula 562, do Supremo Tribunal Federal, quando evidenciado o ferimento ou qualquer outra modalidade de lesão à saúde da pessoa humana, o culpado, terá o dever obrigacional consequente de indenizá-la, a fim de que cubra quaisquer eventuais despesas com o tratamento, lucros cessantes, sob atualização monetária com base nos índices de correção.

No Brasil, vivencia-se a não individualização do dano moral e do dano estético, ou corporal, uma vez que com relação à judicialização de demandas de cunho reparatório, face ao médico, tudo parece circundar apenas ao redor da primeira modalidade de dano, ora citada: moral. Contudo, com relação a alguns julgados, quando constatada lesão estética factível, porquanto, irreparável, há que se falar em reparação judicial por dano corporal, mesmo que cumulada com dano moral.

3.1.1 Os meios de reparação

Por vezes, não será possível vislumbrar uma reparação “natural” face ao dano sofrido, pois, poderá não ser possível reconstituí-la naturalmente, ao passo que será

necessário aproximá-la proporcionalmente dentre uma situação material correspondente.

Segundo Diniz (2010, p. 110):

A reparação do dano moral [por exemplo] é, em regra, pecuniária, ante a impossibilidade do exercício do *jus vindicatae*, visto que ele ofenderia os princípios da coexistência e da paz sociais. A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas, de alegria, satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer, que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento.

Sob a aplicação da argumentação ora proposta face ao dano ocasionado pelo médico, há que se falar em reparação pecuniária ao paciente, nos termos da Lei, e sob a cognição do Magistrado, uma vez que arbitrará o valor indenizatório sob preceitos probatórios e princípios da reparação civil, sem que onere o devedor – médico – e enriqueça imotivadamente o credor – paciente.

3.1.1.1 A quantificação do dano moral

Para dar continuidade ao ato de reparação pelo dano ofertado pelo profissional médico ao paciente que fora submetido aos seus cuidados, e sob circunstâncias estéticas, fora lesado, o que supervenientemente acarretou em danos emocionais e psicológicos à pessoa observam-se alguns preceitos doutrinários.

Segundo Yagüez (1995, p. 58-59), no que concerne a quantificação, no caso de dano à pessoa e, em especial, do dano moral, não cabe falar-se propriamente de indenização, mas sim de valoração equitativa, em atenção ao considerável grau de apreciação subjetiva atribuído à sentença.

Outrossim, conforme relata o autor, resta evidente a tentativa de quantificar e atribuir grau comparativo entre a causalidade do dano e a posterior sequela moral, haja vista que não há nem sequer qualquer módulo de comparação, uma vez que não é possível deduzi-lo, pois adentra a personalidade da pessoa lesada, variando de pessoa para pessoa.

Denota-se, conforme preconiza Kfoury Neto (2021, p. 170):

O dano moral é decorrente da privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos [...] dano que afeta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade etc.).

Nessa sistemática, quaisquer afeições que vinculem a percepção dos sentimentos, sendo eles bons ou ruins, e em caso negativo, agreguem em abalo psicológico e comportamental da pessoa lesada, bem como ocasionem em danos à sua esfera subjetiva ou objetiva, sujeitar-se-ão à reparação, como preceitua tanto o artigo 5º, inciso V e X da Constituição Federal de 1988, cumulado com o artigo 186 do Código Civil de 2002.

3.1.1.2 A aplicação de pensão alimentícia

No que concerne os rendimentos obtidos pelo chefe de família, vítima da ocorrência de erro médico grave, com resultado morte, e a estipulação da pensão alimentícia, o professor Kfoury Neto (2021, p. 185), observa determinada análise jurisprudencial, do Superior Tribunal de Justiça, disciplina que pensão mensal, portanto, será de dois terços da renda comprovada da vítima, na data do evento. Para os assalariados, mister computar-se o 13º salário, que pode ser dividido em 12 parcelas, acrescentando-se o duodécimo à remuneração mensal. A pensão sempre será expressa, na sentença, em quantia certa, vedada a utilização, para tal fim, do salário-mínimo.

Observa-se que a título de indenização face à família da vítima – que era o detentor da remuneração, da qual subsistia o seio familiar – poderá ser arbitrado pagamento mensal de alimentos, levando-se em consideração a remuneração mensal que a vítima do erro médico possuía até então, sendo, portanto, salvaguardados a possibilidade de repasse aos seus dependentes.

Destaca-se que, o Superior Tribunal de Justiça instruiu as Súmulas 490 e 491 que versam sobre o pagamento de pensão alimentícia, em razão da ausência do falecido, detentor de boa parte, se não toda, dos rendimentos mensais da família, bem como se o falecido era menor, ou ainda vítima mulher, que não exercia determinada rotina de trabalho. Todas essas possibilidades são amparadas pelo STJ, com relação ao recebimento de pensão alimentícia mensal, a título indenizatório.

3.1.1.3 Lucros cessantes

Segundo observação doutrinária, com relação à conduta médica culposa que culminou em erro médico, e a partir desse dano, ao qual o paciente foi submetido, deixando de obter eventuais lucros, diante de sua impossibilidade momentânea, será passível de indenização, ao qual atribui-se como “lucros cessantes”.

Sob o entendimento de Kfourri Neto (2021, p. 196):

[...] a indenização pelos lucros cessantes abrange o lapso temporal que medeia entre o evento danoso e a retomada das atividades normais, após completa recuperação. O ofendido há que comprovar seus rendimentos, para se apurar a soma devida. Quando, para substituir a vítima em seus afazeres normais, ocorre a contratação temporária de outro trabalhador, tal despesa também será ressarcida pelo [médico] causador dos danos [estéticos].

Dessa maneira, possível notar que caberá ao magistrado observar as reais condições que a vítima foi submetida, uma vez que, conste como comprovada a atividade anteriormente por ela realizada, e que diante de sua condição atual, não possa fazê-la, conforme preconiza o artigo 509 do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Na hipótese de lesão corporal, Diniz (2010, p. 143):

[...] o ofensor deverá indenizar o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido [como preceitua o artigo 949, do Código Civil. Desse modo] como o dano estético pode

ser, em certos casos, corrigido in natura por meio de cirurgia plástica, esta se incluirá na reparação do dano e na sua liquidação.

Sob os moldes normativos do Código Civil, em especial o artigo 950, e sob o entendimento doutrinário de Diniz, quando da ocorrência de fato que inabilite, por determinado período, reduzindo neste interim a capacidade de trabalho da parte lesada, será possível que o mesmo pleiteie ação de indenização, a fim de que repare os custos com tratamento, seja médico ou terapêuticos, e demais lucros cessantes.

3.1.2 O Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova

A Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, é a instituidora do Código de Defesa do Consumidor, ao passo que dispõe imperiosamente acerca da proteção face ao consumidor de produtos e/ou serviços, caracterizado como o usuário final de determinada relação de consumo.

Dessa maneira, ressalta-se o disposto no artigo 14 desta Lei, uma vez que trata da responsabilização pelos danos causados aos consumidores de serviços fornecidos de maneira deficitária, ao dispor o seguinte:

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

Denota-se, todavia, um viés de responsabilização objetiva com relação àquele que presta serviço defeituoso. Nesse sentido, observa-se que o § 4º deste artigo, vislumbra a atribuição de responsabilidade aos profissionais liberais, como é o caso do profissional médico.

Nessa ótica, para Denarei (1991, p. 95):

[...] os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base

na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades.

Em que pese a relação ao dano médico, esse deverá ser apreciado sob o viés subjetivo do elemento culpa. No entanto, caso o ato lesivo ocorra dentro de unidade hospitalar custeada com recursos provenientes do Sistema Único de Saúde (SUS), há que se falar em responsabilidade objetiva da instituição de saúde, cumulada com responsabilidade subjetiva do profissional médico.

Em razão da hipossuficiência técnica do paciente-consumidor e desde que exista verossimilhança da alegação, sob a ótica do juiz togado, há que se falar em possibilidade de inversão do ônus da prova para com a relação médico-paciente, uma vez que para sua defesa poderá, o profissional, arguir sobre as excludentes de culpabilidade, ou que o serviço prestado não foi defeituoso, ou ainda, argumentar pela culpa exclusiva da vítima, nos termos do artigo 14, § 3º, do CDC.

No tocante à inversão do ônus, Nunes de Souza (2015, p. 74-76) aduz que:

[...] Da caracterização do paciente como consumidor decorre de modo quase automático a justificativa da inversão do *onus probandi*, se maiores considerações quanto ao vínculo concretamente estabelecido entre as partes. [...] Como boa parte dos casos de responsabilidade civil do médico se enquadra justamente na hipótese de produção de danos pelo serviço fornecido (a exata noção de acidente de consumo), esse posicionamento muito contribui para uma espécie de inversão automática do ônus da prova contra o profissional, sem se indagar, na prática, da verossimilhança ou da hipossuficiência (critérios ditos *ope iudicis*).

Dessa feita, com base nas alegações dispostas pelo doutrinador, há de se observar a distribuição do ônus da prova com relação ao ato culposo do profissional liberal, uma vez que a relação médico-paciente prescinde uma relação consumerista, e a parte alegante, diante da sua hipossuficiência técnica, repassa ao médico o dever de provar que não agiu com culpa/dolo, e que sua conduta foi pautada em protocolos procedimentais.

3.2 A teoria da “perda de uma chance”

Sob a ótica da análise do dano provocado pelo médico, seja por culpa – negligência, imprudência ou imperícia – ou ainda, pelo dolo, seja ele eventual ou não, em provocar o resultado naturalístico, observar-se-á que ao lesado caberá demonstrar que a culpabilidade do profissional.

Kfoury Neto (2021, p. 68-74) traz a perda de uma chance sob o amparo da jurisdição francesa ao ponderar que:

A jurisprudência francesa tem adotado, a partir de 1965, em casos de danos corporais indenizáveis, para proteger a vítima e obviar os inconvenientes na formação da culpa, a teoria da perda de uma chance de sobrevivência ou de cura. O elemento prejudicial que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. A reparação, no entanto, não é integral, posto que não se indeniza o prejuízo final, mas sim a chance perdida.

A jurisprudência francesa observa que diante da impossibilidade de se afirmar ou não se o dano ocorrido está vinculado a uma conduta ativa ou passiva do médico, uma vez que se escora na perda da possibilidade de cura do enfermo, ou melhor, no prejuízo que se originou por essa perda, ao passo que será passível de reparação indenizatória.

Faz-se necessário raciocinar que a atividade do médico e sua responsabilidade está vinculado à prática de eventual ilicitude praticada no exercício da função. Desse modo, não há que se falar em perda de possibilidade de cura, uma vez que, como já visto, a sua atribuição será de meio, e não de resultado, sendo que a cura poderá se originar do tratamento efetivo, levando-se em consideração as condições clínicas do paciente, sendo que, meras hipóteses e suposições não serão suficientes para comprovar a falha do profissional.

Sob a ótica jurisprudencial brasileira, Kfoury Neto (2021, p. 71) transcreve parte do Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim relatado pelo Desembargador Araken de Assis:

Responsabilidade Civil. Médico. Comporta-se contra a prudência médico que dá alta a paciente, a instâncias deste, apesar de seu estado febril não recomendar a liberação, e, comunicado, posteriormente, do agravamento do quadro, prescreve sem vê-lo pessoalmente. O retardamento dos cuidados, se não provocou a doença fatal, tirou do paciente razoável chance de sobreviver. Também contribuiu a vítima à extensão do dano insistindo na alta.

Observa-se que na decisão de instância superior ora mencionada, prevaleceu a condenação do médico ao pagamento de custas indenizatórias, devido à efetiva ausência do cuidar terapêutico, ou seja, restando como configurada a imprudência – modalidade de culpa – por uma conduta omissiva, havendo, portanto, a perda de uma chance de tratamento, independentemente da provocação de alta feita pelo paciente.

3.3 A teoria do erro humano de James Reason

O exercício da Medicina se trata de uma prática humana, ou seja, de uma atividade realizada dentro do meio social humano, onde há obrigações de fazer – meio e resultado – e também a responsabilização da prática profissional adversa à normalidade.

Segundo Scaff (2010, p. 106):

[...] existe hoje uma série de fatores que contribuem para ocorrência do erro médico, dentre os quais, destacam-se a desumanização do atendimento, a mercantilização da Medicina, as péssimas condições de trabalho, o tempo reduzido para consulta, entre outros [ao passo que] no estudo do tema, permite concluir que nem todo resultado adverso é decorrente de culpa ou erro exclusivo do médico.

Destaca-se, que o desenvolvimento humano está atrelado à contextualização do fato, da ocorrência. Contudo, embora fazendo-se tudo certo, seguindo protocolos clínicos e preceitos técnicos de conduta procedimental, fatos indesejados acontecem,

sobretudo, os erros humanos, que posteriormente poderão ser submetidos à apreciação jurisdicional, quanto ao pleito de determinada reparação.

Acrescenta-se que os erros humanos originam-se de uma breve ramificação da capacidade cognitiva, manifestando-se de inúmeras formas. Dessa maneira, é possível suscitar que os erros são situações já esperadas, muito embora não se deseje concretizá-lo, são consequências originadas tanto pelo dolo, quanto pela mera culpa, ou ainda, independentemente de ambos.

Venosa (2017, p. 589) assevera que:

O médico obriga-se a empregar toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma, com honradez e perspicácia, na tentativa da cura, lenitivo ou minoração dos males do paciente [...]. Desse modo, como em toda responsabilidade profissional que representa risco, a responsabilidade do médico será, em regra, aferida mediante o cauteloso exame dos meios por ele empregados em cada caso. Em Medicina, como em Direito, há casos semelhantes, mas não idênticos. Mesmo porque não existem pessoas iguais, embora a ciência já admita produzir clones.

Nessa sistemática, embora o texto normativo induz à judicialização de demandas a fim de que se requeira a reparação do dano sofrido – para reparar o status quo ante – a aplicação da Teoria de James Reason remete à conclusão de que, apesar do dano causado ao paciente, não deverá, em todo caso, ser atribuído exclusivamente ao médico que o tratou, do contrário, depende-se da análise de todo o percurso adotado, se dentro desse meio houve qualquer falha que tenha prejudicado o agir médico, compelindo, assim, em danos concorrentes.

3.4 A teoria da “coisa fala por si”

Com relação ao estudo da teoria da coisa fala por si, ou ainda, *res ipsa loquitur*, observa-se que com relação a ocorrência de determinado fato danoso, surge a presunção de negligência em desfavor do médico. Subentende-se que o resultado naturalístico não teria existido se não fosse pela ação do médico.

Essa aplicação teórica, deriva, segundo Iturraspe (1979, p. 52), do direito de evidência circunstancial, e que se aplica quando não houver evidência de como e por que ocorreu o dano. Acredita-se que não teria ocorrido se não houvesse culpa, dentre suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. Trata-se de fato que recai sobre o médico que estava em tratamento com o paciente.

A análise *res ipsa loquitur* baliza-se, na ocorrência do dano, que não ocorreria, em tese, se a conduta do médico não extrapolasse o mínimo aceitável, bem como ter sido provocado pela pessoa do médico, ou por alguém sob sua ordem direcional, e também que o paciente não tenha concorrido para que o dano se configurasse.

Nesses termos, ao lesado, seria possível pleitear a reparação civil ao Poder Judiciário, ao ser adotado como meio de prova que se assemelha às presunções judiciais de culpa face ao demandado.

3.5 O seguro privado de Responsabilidade Civil

Como efeito da reparação civil, e posterior pagamento das custas indenizatórias, diante da fase de execução da sentença condenatória, ora liquidada, há que se falar acerca da possibilidade de se utilizar o seguro de responsabilidade civil do médico para custeio indenizatório com relação às demandas judiciais que determinem o pagamento de pecúnia ao paciente lesado.

Mas, o que seria o seguro privado de responsabilidade civil? Diniz (2010, p. 230-232) pondera que:

O seguro é outra garantia da reparação civil, a fim de aliviar o lesante dos riscos inerentes ao exercício de certas atividades lícitas e de assegurar a indenização ao lesado, nas hipóteses em que o ressarcimento do dano poderia perigar, por insolvência ou falência do responsável. O seguro de responsabilidade civil distingue-se dos demais por garantir uma obrigação, enquanto os outros direitos reais ou pessoais.

O objetivo do seguro obrigatório de responsabilidade civil é o pagamento, por parte da seguradora do crédito, das perdas e danos provocados pelo médico, ora

segurado, uma vez que possibilitará a intocabilidade de seu patrimônio, sem se submeter ao ressarcimento demandado pelo resultado da ação judicial de reparação civil.

Diniz (2010, p. 230) acrescenta que:

O contrato de seguro é aquele pelo qual uma das partes (segurador) se obriga para com outra (segurado), mediante o pagamento de um prêmio, a garantir-lhe interesse legítimo relativo a pessoa ou coisa e a indenizá-la de prejuízo decorrente de riscos futuros, previstos no contrato.

Ressalta-se que, sob a análise das considerações doutrinárias de Diniz, incumbirá ao segurador arcar com os riscos produzidos pelo segurado, que em contrapartida, possui interesse na conservação da sua responsabilização, como profissional liberal, como é o caso do médico, sob certa contribuição razoável e periódica ao segurador.

Segundo a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, ora instituidora do Código Civil de 2002, em seu artigo 787, encontram-se os fundamentos com relação à cobertura de custas por seguro de responsabilidade civil. Não obstante, no tocante à relação médico-paciente, quando se refere ao dano patrimonial indireto, há que se falar no interesse moral da vítima, ora garantido pelo artigo 948, do Código Civil, ao passo que ao dano estético, objeto dos artigos 949 e 950, trata da integridade corporal do paciente. Dessa maneira, será passível de cobertura de custas indenizatórias, o segurado que agiu danosamente, pelo segurador.

Contudo, Diniz (2010, p. 234-235):

O seguro obrigatório é uma garantia para cobrir o prejuízo sofrido pelo lesado, mas é preciso não olvidar que poderá não reparar o dano se for impossível identificar o causador do fato lesivo, se o responsável, apesar da obrigatoriedade do seguro, não o fez ou se houver a dissolução compulsória ou insolvência de sociedade seguradora.

Nessa perspectiva, importante observar que não há solidariedade entre segurador e segurado, pois ao médico que agiu com culpa ou dolo, a ele será

conferido a responsabilização civil com relação ao seu ato – negligente, imprudente ou imperito. Por outro lado, à seguradora do crédito de responsabilidade civil, estarão vinculados, tão somente, os preceitos acordados em contrato, ora convencionado com o profissional médico.

Considerações Finais

O objetivo do desenvolvimento do presente trabalho foi desmembrar a gama de situações em que o profissional médico, atuante em prol da vida, da saúde da integridade física e mental, de determinado paciente causa-lhe determinada ofensa, diante de uma conduta inadequada, podendo agir, desse modo, com negligência, imprudência ou imperícia.

Pode-se subtrair o entendimento do erro médico, doutrinariamente, como a falha do médico, no ato do seu ofício, que, conseqüentemente, ocasionou prejuízos, momentâneos ou permanentes, brandos ou graves, ao paciente que estava sob seus cuidados, diante de uma conduta comissiva ou omissiva, inobservada pelos preceitos de ordem técnico-procedimental, da qual, poderá ser passível de reparação.

Sob a análise doutrinária e legal, restou como comprovado os qualificadores da responsabilidade subjetiva, diante do raciocínio criado entre a conduta lesiva, o nexo de causalidade, e o resultado naturalístico. Além disso, foram analisadas situações em que a responsabilidade se relaciona com outros institutos, como a área penal, contratual e extracontratual.

Outrossim, via de regra, restou evidente que a responsabilidade médica será subjetiva, podendo ser afastada diante das excludentes de culpabilidade, como, por exemplo, culpa exclusiva da vítima, fato provocado por terceiro, caso fortuito, evento de força maior. Podem ser acrescentados também o estado de necessidade, e o exercício regular da profissão.

Pôde-se trabalhar os aspectos que permeiam os institutos das obrigações de meio e de resultado, onde restou evidente que a obrigação será de meio quando

envolver meios que visam a pronta recuperação do paciente; será de resultado, quando versar sobre resultado estético específico e determinado.

Observou-se que diante da relação médico-paciente, há que se falar em relação contratual, sendo o médico prestador do serviço e o paciente, consumidor. Desse modo, coexistem inúmeras peculiaridades, que acabam por afastar aquelas existentes dentre outras profissões. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, diante da existência da relação consumerista, pode-se observar que ao médico haverá o dever de reparar independentemente da aferição de culpa por parte do profissional, como nos ensina o artigo 14, § 4º, do referido *codex*.

Foram trabalhos conceitos e noções normativas e doutrinárias no que tange a reparação civil do erro médico, ao paciente, seus métodos de aplicação, pelo magistrado, do quantum indenizatório, diante da liquidação dos danos percebidos (moral, estético, material), bem como teorias objetivas apresentadas por alguns doutrinadores e que permeiam a temática da condução profissional médica, além da possibilidade do pagamento das perdas e danos pela seguradora de responsabilidade civil.

Assim sendo, espera-se que o desenvolvimento desse artigo possa contribuir com o entendimento acerca da responsabilização civil a que o médico é submetido, quando provocada certo dano ao paciente, e o emprego de método reparadores que possam vir a amenizar o transtorno sofrido, a angústia, o abalo emocional e psicológico, saldando-o com o pagamento de custas indenizatórias (quando se tratar moral), ou liquidá-lo, cumulativamente, mediante cirurgia reparadora (quando se tratar de dano estético).

Referências

- ALEMANHA. [German Civil Code BGB]. **Código civil alemão**. Alemanha, [2013]. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3489. Acesso em: 30 abr. 2022.
- AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. **Erro médico: a responsabilidade jurídica pelos danos causados aos pacientes**. 22. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL. [Código Civil dos Estados Unidos do Brasil]. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código civil dos estados unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: RJ, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 01 maio 2022.
- BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.
- BRASIL. [Código Civil]. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.
- BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor]. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.
- BRASIL. [Código Penal]. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940. **Código penal**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2022.
- BRASIL. [Código de Processo Penal]. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. [Código de Processo Civil]. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial (REsp) nº 1790014 SP 2018/0180777-7. **Ação de indenização por danos morais e materiais. Erro médico cometido exclusivamente pelo anestesista. Responsabilização do médico cirurgião. Impossibilidade. Restabelecimento da sentença de improcedência da ação. Recurso provido**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sansaverino. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1229458501/recurso-especial-resp-1790014-sp-2018-0180777-7>. Acesso em: 02 jul. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF: CFM, 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. [Enunciado 451]. V Jornada de Direito Civil. Enunciado 451. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/385>. Acesso em: 01 maio 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. [Enunciado 590]. VII Jornada de Direito Civil. Enunciado 590. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/840>. Acesso em: 01 maio 2022.

DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANÇA. [Code Civil (1804)]. **Código civil francês de 1804**. França, [2016]. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006438819/1804-02-19. Acesso em: 15 abr. 2022.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 8. ed. São Paulo: BYK-Prociencx, 2003.

FRAZÃO, Ana. **Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado**. Brasília, vol. 77, n. 4, 2011. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28339/001_frazaopdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: 30 abr. 2022.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad civil del médico**. Buenos Aires: Astrea, 1979.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Responsabilidade civil na sociedade de risco**. São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/68396139/Responsabilidade_civil_na_sociedade_de_risco. Acesso em: 20 maio 2022.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. **O dano estético**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Editora Forense, 2010.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 0026408-88.2013.8.11.0002. **Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais e materiais. Erro médico. Esquecimento de corpo estranho no abdômen da paciente. Hospital estadual. Responsabilidade objetiva. Sentença mantida. Recurso não provido**. Relator: Des. Marcio Aparecido Guedes. Mato Grosso, 07 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/877571808/apelacao-apl-264088820138110002-mt>. Acesso em: 02 jul. 2022.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NALINI, José Renato. **A responsabilidade penal do médico. Direito & medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NUNES DE SOUZA, Eduardo. **Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. Estudo na perspectiva civil-constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 0000598-47.2008.8.16.0132 Peabiru 0000598-47.2008.8.16.0132. **Ação de indenização. Erro médico. Morte de recém-nascido. Sentença de improcedência dos pedidos iniciais. Falecimento em decorrência de anoxia grave. Ausência dos pressupostos da responsabilidade civil. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido**. Relator: Des. Marco Antônio Antoniassi. Paraná, 22 de abril de 2021. Disponível em: <https://tj->

pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1249593892/apelacao-apl-5984720088160132-peabiru-0000598-4720088160132-acordao. Acesso em: 02 jul. 2022.

PORTUGAL. [Código Civil Português]. **Código civil português**. Portugal, [2022]. Disponível em: <https://www.codigocivil.pt/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0005639-64.2018.8.19.0001. **Civil, processual e consumidor. Erro médico. Cegueira total e irreversível do olho direito. Dano moral e estético configurados. Recurso não provido**. Relator> Des. Lindolpho Morais Marinho. Rio de Janeiro, 29 de junho de 2021. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1283455606/apelacao-apl-56396420188190001>. Acesso em: 02 jul. 2022.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 0065223-35.2011.8.26.0576 SP 0065223-35.2011.8.26.0576. **Erro Médico. Responsabilidade civil. Pretensão indenizatória fundada em fratura de fêmur em recém-nascido durante o parto cesárea. Dificuldade na extração fetal. Recurso não provido**. Relator: Des. Alexandre Marcondes. São Paulo, 21 de março de 2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/441537946/apelacao-apl-652233520118260576-sp-0065223-3520118260576/inteiro-teor-441537969>. Acesso em: 02 jul. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Wilson Melo da. **Dano estético. Enciclopédia Saraiva de direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

SOUZA, Ana Paula Lemes de. **Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo**. Direito, arte e literatura: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil volume único**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2021.

VENOSA, Silvio de Savio. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



YAGÜEZ, Ricardo de Angel. **Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil: con especial atención a la reparación del daño.** Madrid: Civitas, 1995.