

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

Leonardo Ribeiro Rodrigues

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E CONTRATO DE SEGURO
PROFISSIONAL COMO FORMA DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL**

Santa Maria, RS
2017

Leonardo Ribeiro Rodrigues

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E CONTRATO DE SEGURO
PROFISSIONAL COMO FORMA DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS) como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Rosane Leal da Silva

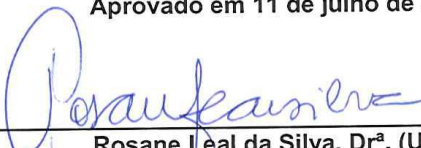
Santa Maria, RS
2017

Leonardo Ribeiro Rodrigues

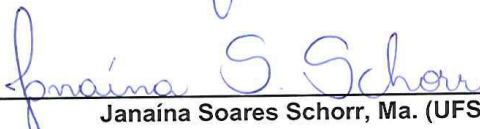
**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E CONTRATO DE SEGURO
PROFISSIONAL COMO FORMA DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito, da Universidade
Federal de Santa Maria (UFSM, RS) como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovado em 11 de julho de 2017:



Rosane Leal da Silva, Dr^a. (UFSM)
(Presidente/Orientador)



Janaina Soares Schorr, Ma. (UFSM)



Letícia Thomasi Jahnke, Ma. (ULBRA)

Santa Maria, RS
2017

RESUMO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E CONTRATO DE SEGURO PROFISSIONAL MÉDICO COMO FORMA DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL

AUTOR: Leonardo Ribeiro Rodrigues
ORIENTADOR: Rosane Leal da Silva

O presente trabalho versa sobre o instituto da responsabilidade civil, especificamente da responsabilidade do médico, em decorrência do erro médico e da dificuldade que as vítimas possuem em comprovar o erro na conduta. O trabalho procurou buscar uma solução eficiente para controvérsia apresentada, sendo o contrato de seguro de responsabilidade civil profissional um meio adequado e ágil para isso. O método utilizado para o estudo foi o dedutivo, por meio da pesquisa documental e bibliográfica nas leis, na doutrina e na jurisprudência para identificar como o Direito através da produção normativa e jurisprudencial pode colaborar para a efetiva reparação dos danos causados aos pacientes vítimas de erro. Sendo por imperícia, negligência e imprudência por parte destes profissionais que exercem a profissão. O estudo divide-se em três partes, a primeira dedicada a explicar a atividade médica, bem como a natureza contratual da relação médico-paciente. A segunda parte, um breve estudo sobre a evolução da responsabilidade civil e por fim, a terceira parte apresenta o contrato de seguro como forma de prevenir o problema através do contrato de responsabilidade civil profissional. Conclui-se que para efetiva reparação do dano causado à vítima do erro médico, os profissionais da saúde devem possuir um contrato de seguro de responsabilidade civil profissional, como estratégia para minimizar conflitos judiciais.

Palavras-Chave: Contrato de Seguro. Erro Médico. Reparação. Responsabilidade Civil. Médico.

ABSTRACT

CIVIL SOCIETY RESPONSIBILITY AND MEDICAL PROFESSIONAL INSURANCE CONTRACT AS EXTRA-JUDICIAL SOLUTION FORM

AUTHOR: Leonardo Ribeiro Rodrigues
ADVISER: Rosane Leal da Silva

The present work approaches the institute of civil responsibility, specifically of the medical doctor's responsibility, due to the medical error and the difficulty that the victims have in proving the conduct error. The work pursued an efficient solution to the controversy presented, being the professional indemnity insurance contract a suitable and agile implement for this. The method used for the study was deductive, through the documentary and bibliographic research in the laws, in the phenomenological-hermeneutic doctrine and jurisprudence, to identify how the Law, through normative and jurisprudential production, can collaborate for the effective reparation of the damage caused to patients victims (by medical error, or by malpractice, negligence and recklessness on the part of these professionals who exercise the profession under daily pressure). The study is divided into three parts, the first is dedicated to explain the medical activity, as well as the contractual nature of the doctor-patient relationship. The second part, a brief study about the civil liability's evolution and, finally, the third part brings how to prevent the problem through the professional civil liability contract. It is concluded that in order to effectively remedy the damage caused to the medical error victim, health professionals must have a professional indemnity insurance contract in order to avoid legal conflicts, as well as the protection of physicians' assets.

Keywords: Civil Liability. Doctor. Medical error. Repair. Insurance contract.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	A ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ÁREA DA SAÚDE	8
2.1	ASPECTOS RELEVANTES DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVÇOS NA ÁREA DA SAÚDE	10
2.2	NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	13
2.3	OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATUAÇÃO DO MÉDICO.....	19
2.4	OS POSSÍVEIS DANOS À SAÚDE DO PACIENTE E OS DEVERES DE REPARAÇÃO	20
3	EVOLUÇÃO HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	24
3.1	TRATAMENTO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	26
3.2	EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	344
4	FORMAS DE PREVENIR E RESPONDER AO PROBLEMA	433
4.1	O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS.....	444
4.2	PECULIARIDADES DO CONTRATO DE SEGURO E SUAS VANTAGENS.....	488
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	522
	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

É crescente em nossa sociedade e no mundo jurídico o tema da responsabilidade civil, e nesse aspecto o direito não deixou de lado nenhuma das profissões. Dentre as inúmeras classes de profissionais, destaca-se a do profissional liberal, onde se optou por falar da responsabilidade médica em decorrência dos erros médicos, tema que gera grande debate nos tribunais e está em obras doutrinárias. A sociedade a cada dia adquire mais conhecimento sobre seus direitos, o que traz questionamentos sobre os procedimentos adotados pelos profissionais da saúde. Alterando a concepção que existia no século passado, onde imperava a ideia de que o médico era uma figura dotada de poderes e que não aceitava que sua atividade fosse questionada. Dessa forma, a população procura muitas vezes o Poder Judiciário para satisfazer ou indenizar seus interesses e seus direitos lesados pela atuação do médico.

As discussões sobre esse tema são freqüentes e controvertidas. Será abordada a relação entre médico e paciente e a responsabilidade do profissional da saúde em face do paciente, inclusive nos casos em que se tratar de uma obrigação de resultado. Além disso, as principais teorias relacionadas do nexo causal, somadas as concausas.

Cabe salientar ainda, que será estudado se o dano causado, é sinônimo de erro da conduta médica, já que os médicos assim como qualquer outro profissional, são passíveis de erros, e que muitas vezes exercem sua atividade em condições precárias. Entretanto, será analisado ainda se os profissionais que exercem a atividade médica, agiram com imprudência, imperícia e negligência, causando danos aos seus pacientes, devendo as vítimas, ou familiares destes, serem justamente reparados quando da ocorrência de um evento danoso. Surgindo assim, o contrato de seguro profissional como uma possível ferramenta para reparar justamente o dano causado. Dessa forma, em função deste tema, gerador de discussões judiciais, que se definiu pelo assunto sobre o qual se expõe. A primeira parte do trabalho explica a atividade médica, bem como os princípios que regem o exercício da profissão, os aspectos contratuais da relação médico-paciente e os possíveis danos causados. Seguimos com a evolução história da responsabilidade civil, tratando dos pressupostos fundamentais, como a culpa, o dano e o nexo de causalidade, através da doutrina e do ordenamento jurídico. Por fim, é apresentado o contrato de seguro

profissional como forma de solucionar os conflitos advindos da responsabilidade médica. Juntamente apresenta os principais pontos deste tipo de contrato, suas vantagens como forma de garantir a reparação justa e rápida ao lesado ou seus familiares sem a necessidade da ação judicial.

2 A ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ÁREA DA SAÚDE

Durante muitos anos, o médico teve sua função revestida de caráter religioso, atribuindo-se à vontade de Deus a saúde e a morte. Nesse sentido, desarrazoado responsabilizar o médico, que apenas participava de um ritual, submisso à vontade divina. As primeiras atividades nesse campo, segundo Melo (2014, p. 3) não tinham uma preocupação de estudo das patologias, mas, principalmente de encontrar meios de cura, o que se fazia através do empirismo.

A partir do final do século passado e primórdio deste, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e menos ainda, a litigância sobre eles. De acordo com Miguel Reale o ato médico se resumia na relação entre uma confiança (do cliente) e uma consciência (do médico).

Atualmente, embora possuam uma formação baseada em princípios éticos, são cada dia mais capacitados a atuar no processo da saúde e doença, em seus diferentes níveis de atuação. Utilizando-se de novas técnicas e meios necessários mais complexos para recuperação e reabilitação à saúde. O avanço da medicina, trouxe diversas alterações na realidade do médico, tornando cada vez mais tênue a faixa dos males antes atribuídos à obra do destino.

Somado a isso, tem a precária estrutura dos hospitais. Muitas vezes não oferecem o suporte necessário aos médicos e as mudanças nas relações sociais que se modificaram a ponto de distanciar os agentes que cuidam da saúde humana. Haja vista, a mudança na denominação dos sujeitos da relação, como usuário e prestador de serviço, sob a ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais exigente quanto ao resultado e consciente de seus direitos.

Assim, com o avanço da ciência da saúde, e o aumento dos recursos disponíveis aos profissionais da mesma, os poderes de atuação do médico na prevenção e na cura das enfermidades cresceram expressivamente e com isso os riscos nos tratamentos médicos.

Nesse sentido, o professor, Nehemias Domingos de Melo (2014, p. 18) diz:

O desenvolvimento revolucionário da ciência médica, com a ajuda de novos medicamentos, novas técnicas e novos equipamentos, permite ao médico, cada vez mais, maior controle sobre a saúde, a vida e a morte do paciente. De outro lado, aumentam os riscos de erros que podem decorrer de inúmeros fatores, tais como os erros induzidos por resultados de exames falso positivo ou falso negativo, por manuseio errôneo do laboratório, da falta de equipamentos adequados postos à disposição do facultativo, pelo hospital, pela massificação do ensino com a conseqüente queda na qualidade da formação dos futuros médicos, da falta de remuneração adequada, o que obriga a maioria dos médicos a trabalhar em mais de uma unidade, em plantões extensos e fatigantes, da falta de especialização e conhecimentos adquiridos, em face da impossibilidade, dentre tantas causas.

Somada a mudança na denominação dos sujeitos da relação, a “tecnização” da medicina acaba por afastar o médico do paciente, estabelecendo relações superficiais e rápidas. Finda por interferir a formação do vínculo de confiança, ademais o exame clínico têm sido menosprezado e substituído por exames laboratoriais e testes, quando estes deveriam ser exames complementares. Nesse sentido, Kfoury (2015 apud ISMAEL, 2002, i-XXX), ensina que

[...] O problema é que quanto mais se “tecniza”, a medicina, quanto mais máquinas se interpõem entre o médico e o paciente, maior é a necessidade que essa relação seja humanizada [...]. [...] apesar do papel de Deus, que muitas vezes quase lhe é imposto, o médico precisa sentir-se na condição do doente, indefeso e vulnerável, para entender os seus medos e suas angústias. Por isso, a relação médico/paciente é, por suas próprias características, uma das mais complexas que podem existir entre as pessoas. Para entendê-la é preciso desmitificá-la dos clichês que historicamente a transformaram num embate entre o poder do médico e a ignorância natural do paciente sobre os aspectos científicos da sua doença. Por essa razão, o médico deve explicá-la em termos simples e acessíveis para ter no paciente um parceiro da cura, e não um ‘objeto’ ou órgão doente [...]. [...] É importante não esquecer que o médico, no seu relacionamento profissional, além de exercer suas funções, baseado no conhecimento científico e nas suas habilidades adquiridas, não pode abdicar do lado humano do seu ofício, procurando ter empatia com o paciente, mesmo porque um dia o paciente poderá ser ele.

Desse modo, mesmo com a disponibilidade da tecnologia para o diagnóstico e tratamento de doenças, o distanciamento da relação do paciente com os profissionais da saúde ainda encontra barreiras difíceis de serem quebradas. Os pacientes se consideram atingidos por diagnósticos e condutas errôneas destes profissionais, onde ficam muitas vezes sem o devido amparo legal para reparação da lesão sofrida, sendo necessário o estudo dos principais aspectos do contrato de prestação de serviços que regem a relação médico-paciente.

2.1 ASPECTOS RELEVANTES DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DA SAÚDE

As principais características do contrato de prestação serviço na área da saúde é o momento da formação do contrato, onde a aceitação se dá quando um solicita e o outro aceita prestar os serviços profissionais. Esse acordo pode ser realizado de diversas formas, tanto verbalmente como por escrito, ou de qualquer meio suscetível de prova. Para isso, basta a manifestação de vontade das partes, mesmo que de forma informal, como a consulta médica, momento que podemos considerar como fase inicial da contratação, embora não implique na prática de direitos e deveres entre as partes.

Para corroborar, Melo (2014, p. 74) diz que, o contrato de serviços médico é um contrato singular, pois para sua formação basta haver a convergência volitiva. Isto é, o encontro de vontades quanto às bases em que se desenvolverá a relação, não havendo nenhuma obrigatoriedade quanto a ser escrito, podendo se manifestar pelas mais variadas formas, inclusive de maneira rudimentar ou mesmo informal.

Assim, o contrato médico possui caráter *sui generis*, que se diferencia dos demais contratos, porque seria inviável exigir que fosse celebrado um contrato escrito com os pacientes devido a rotatividade dos enfermos, bem como a particularidade de cada um no seu tratamento. Nessa perspectiva:

Certamente, o contrato médico envolve caracteres, *sui generis* e que o diferenciam das demais modalidades. Em primeiro lugar, seria incomum exigir que fosse elaborado por escrito, tendo em vista a considerável rotatividade de pacientes e as evidentes dificuldades de, em situações de urgência ou de emergência, pensar noutra coisa que não a salvação da vida do paciente; aliás, pode haver até o ilícito penal da omissão de socorro na conduta do médico que deixa de atender imediatamente alguém em iminente posição de risco sob o pretexto da elaboração de pacto escrito para prestação dos serviços, ilustração, que felizmente, não sem sido verificada na prática (MATIELLO, 2014, p. 36).

Essa modalidade contratual, segundo Matielo (2014, p. 36), não tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro, sendo então, figura atípica, mas nem por isso com menor amparo legal. Como mencionado anteriormente, pode ser verbal ou escrito, uma vez que não é possível estabelecer um padrão especial. A forma como pode ser celebrado, é livre, desde que se prove a existência da relação entre as partes, gerando os direitos e as obrigações pertinentes a cada caso.

A contratação gera direitos e deveres, de acordo com o tratamento a ser ministrado ao paciente, e demais condições particulares do liame estabelecido. Cabe ao médico, empenhar-se para o restabelecimento do paciente, quando assumir obrigação de meio ou cumprir o objetivo certo, quando presente a assunção de obrigação de resultado. Além disso, compete ao médico, portar-se com lisura, mantendo o paciente e/ou sua família informada do quadro clínico, solicitando quando necessário a autorização para medidas mais severas, desde que tais procedimentos não sejam urgentes a ponto de suprimir o consentimento destes. Ainda, de acordo com o Código de Ética Médica (2009, p. 32) o médico, deverá qualificar-se e atualizar-se permanentemente para o exercício profissional adequado. Em contrapartida, o profissional da saúde, faz jus à remuneração pactuada que corresponda ao tratamento dispensado, exceto quando o atendimento é realizado pelo ente Público e independe da cobertura das despesas dele provenientes.

Ao paciente, conforme dispõe, Matiello (2014, p. 37), cabe o direito receber total atenção do médico, não como completa e exclusiva dedicação, mas no sentido de que o enfermo deve ser atendido de acordo com as necessidades de sua doença. Mesmo que o médico ou o próprio hospital utilizem terceiros para os momentos e atividades em que for dispensável a presença física do contratado.

Tal como o paciente tem direito a toda atenção necessária, os familiares também tem autorização de receber informações referentes ao quadro de saúde do mesmo. Bem como aspectos e procedimentos que serão adotados e no caso de o paciente ser submetido a uma intervenção mais invasiva, precisará o médico da autorização do paciente, ou no caso de impedimento da apreciação, de quem possa decidir por ele. Deste modo, o Código de Ética Médica, dispõe: “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte” (Res. CFM nº 1.931, Art. 22).

O dever de informar encontra amparo baseado na garantia dos direitos humanos e no respeito à autonomia da vontade do paciente. Influenciado pelo Código de Nuremberg, o qual Tribunal Militar Internacional, no fim da Segunda Guerra Mundial, que editou um código contendo o que seria permitido em experimentos médicos com humanos, traz consigo princípios e na sua primeira

cláusula diz que (1947, p. 2) “o consentimento informado do sujeito é absolutamente essencial”.

De acordo com Oliveira (1999 apud MELO, 2014, p. 121), este dever se funda no direito à integridade física e moral de cada indivíduo. Constituindo-se em uma das características mais importantes de sua proteção, de modo que o dever do médico em não praticar nenhum ato clínico sobre qualquer pessoa, sem a sua anuência, nasce antes mesmo de qualquer relação individual com o doente *in concreto*, antes mesmo de esboçada qualquer relação contratual.

O Código Civil de 2002, com fundamento no art. 15, diz: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2002, Art. 15), em consonância o Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 6º, informa que, um dos direitos básicos do consumidor é: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como saber sobre os riscos que apresentem” (Idem, *Ibidem*, Art. 6º).

Desse modo, os requisitos para que o consentimento seja válido e eficaz, é necessário que seja voluntário, pessoa capacitada para praticar o ato, após esclarecimento sobre o procedimento a ser adotado. Segundo, Miguel Kfoury Neto (2002, p. 285), a Corte de Cassação Italiana em 12.06.1982, firmou o seguinte entendimento:

[...] o cirurgião, antes de proceder à operação, deve obter o consentimento válido do paciente, essencial para a licitude do ato médico, a considera a gravidade da intervenção, sem prescindir de uma avaliação séria, científica, mas sempre em palavras acessíveis ao paciente, indicando-lhe as possibilidades razoáveis de sucesso, que justifiquem o ato médico como oportuno, e as eventualidades negativas que a desaconselhariam [...]

Entretanto, cabe ressaltar, que caso o paciente corra risco de vida, o profissional da saúde deverá tomar as providências emergenciais destinadas a salvar a vida deste, uma vez que muitas vezes, se faz necessário uma resolução rápida do caso, sem que haja ofensa aos direitos do paciente. Nessa situação, tal procedimento, embora suprimido o consentimento do paciente, tem predominância para permitir o emprego dos procedimentos imprescindíveis ao caso concreto, observando a natureza jurídica da relação médico-paciente.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A natureza jurídica da relação médico-paciente é um tema bastante discutido. Uma vez que o legislador incluiu o erro médico entre os atos que ensejam indenização em decorrência da ilicitude do ato, e não apenas como mera inobservância ou descumprimento de obrigação previamente assumida.

O art. 951, do Código Civil, diz: O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Segundo Matielo (2014), a inclusão original do dispositivo entre os que disciplinam a indenização por atos ilícitos sempre foi a alicerce dos que propugnavam pelo caráter extracontratual da relação estabelecida entre o médico e paciente. De tal maneira que somente há pouco com especial reforço representado pelo Código de Defesa do Consumidor, mostrou possível lançar argumentos para combater o arraigado entendimento, principalmente devido a dificuldade em saber se a natureza da relação é extracontratual ou delitual, essencialmente na perspectiva de indagação dos serviços prestados pelo médico quando constatado resultado diverso do pretendido.

Assim, verifica-se que durante muitos anos as questões pertinentes a responsabilidade médica, eram tratados como sendo de natureza delitual, cabendo ao paciente demonstrar ocorrência de ilícito penal, ou a inobservância de norteadores legalmente consignados e de seguimento obrigatório. Demonstrar o erro do médico em determinados casos, é uma tarefa quase impossível, tendo em vista a vulnerabilidade do paciente que na maioria das vezes, não possui conhecimento sobre o assunto, bem como o corporativismo dos profissionais da saúde. Em função disso, a aplicabilidade do dispositivo previsto no Código Civil, ficou restrita apenas a casos mais graves.

Igualmente, a simples inclusão do dispositivo prevendo a responsabilidade dos médicos, como parte complementar dos atos que ensejam a averiguação da culpa extracontratual, não pode ser por fechada, uma vez que as características

inerentes ao exercício dos profissionais da saúde. Soma-se a necessidade de salvaguardar os pacientes vítimas de erros médicos, causam mudanças no modo de encarar o liame formado entre médico-paciente. Embora a teoria aponta para uma relação extracontratual, na prática estavam presentes elementos contratuais, tais como, bilateralidade, onerosidade, etc.

Assim, com o decorrer dos anos, muda-se o entendimento da responsabilidade aquiliana para o da contratual. Facilitando à vítima a tarefa de ingressar e provar em juízo, a procedência das imputações, bem como o descumprimento do contrato livremente pactuado ou tacitamente aceito, pois a análise da responsabilidade contratual é realizado através dos elementos componentes do vínculo entre as partes. Apesar de a norma reguladora determinar como extracontratual, e a indenização com base na ilicitude da prática apontada como lesiva.

Sendo contratual relação, entende-se que a responsabilidade civil decorrerá do descumprimento de obrigação prevista em contrato, ou seja, a inexecução do contrato funcionará como justificativa para buscar junto ao causador do dano a recomposição pecuniária. Entretanto, se fosse admitida, a responsabilidade extracontratual ficaria sujeito à prova da ilicitude do ato praticado. Assim, entende-se que não se faz necessário apenas a ilicitude do evento para surgir o dever de recompor, bastando apenas o simples descumprimento obrigacional.

Nesse sentido, Matielo (2014, p. 34) explica que

O injusto difere do ilícito, na medida em que o fato de a conduta ser injusta ou irregular não faz dela necessariamente um ilícito *stricto sensu* (embora possa sê-lo), por envolver, esta definição bem mais profunda e severa. Toda ilicitude é reveladora de conduta irregular ou injusta, mas o contrário nem sempre corresponde a uma verdade inabalável, raciocínio que facilmente conduz a verificação de quão acentuada é a diversidade de efeitos entre o reconhecimento de culpa delitual (extracontratual) em comparação com a culpa eminentemente contratual, como fatores conducentes à indenização de vítimas de erros médicos.

Ainda sobre o tema, a responsabilidade do médico poderá ser aferida através da teoria da responsabilidade extracontratual, baseado no atendimento prestado pelo médico a alguém desmaiado na rua. Exemplo dado por Kfourri (2014 apud MATIELO, 2014, p. 35): “É claro eu poderá existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato: o médico que atende alguém desmaiado, *v. g.* A

obrigação de reparar o dano, entretanto, sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele”.

A invocação da responsabilidade civil, com fundamento no descumprimento contratual é possível. Atualmente existem contornos de matéria pacífica doutrinária e jurisprudencial, tendo o legislador função essencial para a construção jurídica, a fim de proteger com rigor o pólo menos privilegiado das relações judiciais.

Importante destacar um ponto contratual que gera grande debate jurídico e que se refere à inversão do ônus da prova nas ações de reparação decorrentes da atividade de profissional liberal. Nesse campo, o centro da discussão é quanto à obrigação classificar-se como de meio ou de resultado. A obrigação de meio se dá quando o profissional se compromete a empregar seus conhecimentos e técnicas para a obtenção de determinado resultado sem, no entanto, responsabilizar-se por ele. No caso de não alcançar o resultado almejado, a parte só terá êxito se comprovar que o médico não agiu com diligência necessária para tal procedimento.

Tem como regra que a atividade médica, assim como a atividade do profissional liberal, é uma obrigação de meio, na qual se obriga a utilizar os meios técnicos disponíveis e agir com diligência, prudência e a perícia indispensáveis à realização do contrato, sem se comprometer com o resultado final. Um exemplo é o médico que firma o contrato para tratar de um paciente com câncer, ele não se compromete com a cura, mas sim em empregar todo conhecimento, técnica e diligência necessária para minimizar os efeitos da doença e priorizando a cura. Entretanto se vier a óbito, o médico não será responsabilizado, a não ser que fique evidente a negligência, imperícia ou imprudência por parte do profissional de saúde. Para tanto é imprescindível a comprovação do ato, do dano e do nexo de causalidade.

Contudo, a obrigação de resultado é aquela em que o profissional assume contratualmente uma determinada finalidade, comprometendo-se com o resultado final do procedimento. Nessa obrigação, para gerar o dever de indenizar basta a parte demonstrar que o resultado obtido não está de acordo com pactuado no contrato, invertendo ônus probatório ao profissional liberal, que deverá comprovar que empregou toda técnica disponível, bem como o cuidado necessário ou, ainda provar a existência de força maior ou caso fortuito que, em regra, afastarão o dever de indenizar. Como obrigação de resultado, o exemplo mais comum é da cirurgia plástica para embelezamento, de caráter meramente estético, pois se desprende a

ideia de que o paciente seja saudável e pretende com a intervenção a melhora na sua aparência. Logo, o médico fica obrigado a cumprir uma finalidade e se não for atingido o objetivo o médico será responsabilizado, eximindo-se apenas se comprovar uma das excludentes de responsabilidade. De acordo com exposto, é importante salientar decisão do STJ sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SÚMULA 83/STJ. POSSIBILIDADE DE O PROFISSIONAL DE SAÚDE ELIDIR SUA CULPA MEDIANTE PROVA. PERÍCIA QUE COMPROVA O NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. ANÁLISE OBSTADA PELA SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido. 2. A reforma do aresto no tocante à comprovação do nexo de causalidade entre a conduta médica e os danos experimentados pela recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do complexo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. 3. A revisão da indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula n. 7/STJ a impedir o conhecimento do recurso. 4. No caso vertente, verifica-se que o Tribunal de origem arbitra o quantum indenizatório em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pelos danos morais que a recorrida experimentou em decorrência do erro médico produzido pelo recorrente, que além de ter contrariado as expectativas da paciente com os resultados alcançados na cirurgia íntima de natureza estética a que foi submetida, gerou-lhe prejuízos em sua saúde. 5. Agravo regimental não provido (BRASIL, STJ, 2013, apud MELO, 2014, p. 143).

Ainda sobre o tema, abaixo julgado que versa sobre a cirurgia plástica, decorrente de uma obrigação de resultado, em que o médico não alertou o paciente sobre os riscos advindos de tal procedimento:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. 1. O requisito do pré questionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico. 3. No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a

análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial. 4. Recurso especial não conhecido (BRASIL, STJ, 2013, apud MELO, 2014, p. 143).

Em contrapartida, a cirurgia plástica de cunho reparador é considerada uma obrigação de meio, pois o médico compromete-se em usar toda técnica disponível. Bem como a diligência necessária para corrigir ou eliminar o defeito, não se comprometendo com o resultado final. Entendimento em acordo com a decisão do STJ:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS - TRATAMENTO DE DISFUNÇÃO ERÉTIL MEDIANTE A COLOCAÇÃO DE PRÓTESE PENIANA - COMPLICAÇÕES NO PERÍODO PÓS-OPERATÓRIO QUE CONDUZIRAM AO QUADRO DE GRAVE INFECÇÃO (SÍNDROME DE FOURNIER) E A NOVA CIRURGIA (QUINZE DIAS APÓS À PRIMEIRA) PARA REMOÇÃO DO TECIDO NECROSADO - TRIBUNAL A QUO QUE COM BASE NOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO DOS AUTOS DECLAROU NÃO CONFIGURADA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO - RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. INSURGÊNCIA DO AUTOR. Hipótese: Demanda indenizatória proposta sob a alegação de ter o autor sido vítima de erro médico decorrente de cirurgia de implantação de prótese peniana. Ação julgada improcedente pelas instâncias ordinárias, sob o fundamento que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, pois a cirurgia objeto da contratação (tratamento de disfunção erétil mediante a colocação de prótese peniana) foi de natureza corretiva, inexistindo prova do erro profissional nas complicações do pós-operatório que conduziram ao quadro de grave infecção. 1. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética. Precedentes. 2. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, de forma uníssona, com amparo no acervo fático e probatório reunido nos autos, reconheceram não se encontrar demonstrado o fato constitutivo do direito do autor, qual seja a ocorrência de erro médico. Reconheceu-se, na verdade, que o procedimento cirúrgico transcorreu dentro da normalidade, sendo certo que o paciente, por razões que não podem ser atribuídas ao médico, deixou de comparecer à consulta pós-operatória, procedendo, inadvertidamente, à retirada da sonda urinária. É certo, ainda, que, quando de seu tardio retorno, o recorrente apresentou quadro generalizado de infecção interna, com necrose do tecido da glândula, fato que ensejou a amputação de seu órgão genital. Incidência do óbice da súmula 7/STJ. 3. Insurgência no tocante à não atribuição de força probatória absoluta ao laudo pericial. Pelo princípio do livre convencimento motivado, o julgador não está adstrito a nenhum laudo pericial, podendo, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, desde que fundamentadamente, a teor do disposto no art. 436 do Código de Processo Civil. 4. Recurso especial não provido (BRASIL, STJ, 2013, REsp 1.046.632 apud Melo 2014, p. 82).

Ainda sobre o tema, segue abaixo julgado explicando que a relação médico paciente é de meio, devendo o lesado comprovar que o médico agiu com imperícia, imprudência ou negligência:

ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. SUMULA 07/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. 1. O acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide. 2. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado - responsabilidade subjetiva, portanto. 3. O Tribunal a quo, amparado no acervo fático-probatório do processo, afastou a culpa do cirurgião-dentista, e, conseqüentemente, erro médico a ensejar a obrigação de indenizar, ao assentar que não houve equívocos por parte da equipe médica na primeira fase do tratamento e que as complicações sofridas pela requerente não decorreram da placa de sustentação escolhida pelo profissional de saúde. Assim, concluiu que a conduta se mostrara coerente com o dever profissional de agir, inexistindo nexo de causalidade entre os atos do preposto da União e os danos experimentados pela autora. 4. Fica nítido que a convicção formada pelo Tribunal de origem decorreu dos elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 07/STJ. 5. Alegações de violação de dispositivos e princípios constitucionais não podem ser analisadas em recurso especial, por serem de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da Carta Magna. 6. Recurso especial conhecido em parte e não provido (BRASIL, STJ, 2013, apud MELO, 2014, p. 143).

Conseqüentemente se faz necessário essa diferença, uma vez que quando a obrigação for de meio, o ônus probatório fica a cargo do paciente, contudo, quando a obrigação for de resultado, o encargo de fazer prova em sentido contrário, no caso de descumprimento contratual, fica a cargo do profissional de saúde.

Além das obrigações acima, cabe salientar a obrigação de segurança implícita no Código de Defesa do Consumidor, em seus Arts. 8º, 9º e 10, que atribui aos profissionais liberais, no que tange a prestação de serviços, que os serviços não poderão trazer riscos além dos previsíveis ou que decorram da sua própria natureza, e ainda assim, o paciente deverá ser informado das circunstâncias que a cercam. De acordo com Senise Lisboa (2004, p.256):

É aquela que impõe ao fornecedor o dever de alcançar o resultado objetivado pelo consumidor, sem que ele venha a sofrer qualquer ofensa à sua vida ou à sua integridade física ou psíquica. Em regra a obrigação de segurança advém de uma responsabilidade contratual, mas nada impede que exista pelo simples fato do exercício da atividade profissional. Por essa obrigação, o prestador de serviço tem o dever de adotar todas as medidas possíveis e necessárias para que o consumidor não sofra, no curso da relação estabelecida, nenhum tipo de dano, especial o moral.

Baseado no fundamento da obrigação de segurança, presente no CDC, conclui-se que o médico, enquanto profissional liberal, não pode utilizar procedimentos que possam vir a causar uma lesão no paciente, a não ser que sejam previsíveis e tenham o consentimento do paciente. Pois a finalidade é a proteção do indivíduo em virtude da sua vulnerabilidade na relação, baseada em técnicas que muitas vezes podem trazer dano à integridade física e ou psíquica do paciente.

2.3 OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATUAÇÃO DO MÉDICO

O profissional da saúde exerce sua atividade sob a ótica do Código de Ética Médica, que é conjunto de normas que rege a perspectiva ética na prática médica, conforme dispõe no preâmbulo do referido código:

O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive no exercício de atividades relativas ao ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde, bem como no exercício de quaisquer outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da medicina (BRASIL, 2009).

Ainda sobre o tema, o código disciplina:

Este Código de Ética Médica é composto de 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei (BRASIL, 2009).

O preâmbulo refere, além dos princípios fundamentais, duas classes de normas: de diceologia e de deontologia, de modo que essa se refere ao estudo dos deveres, enquanto aquela ao estudo dos direitos. Através da leitura do código, constata-se, que referente aos direitos médicos foram inseridos apenas dez dispositivos, enquanto que para os deveres há cento e dezoito normas determinando condutas a serem observadas pelo profissional da saúde. Em decorrência dessa proporção, é nítido que o médico deve observar inúmeras obrigações no exercício de sua profissão, que se não forem cumpridas ensejam a responsabilização ético-disciplinar. Dentre as cláusulas que tratam da deontologia, ou seja, dos deveres médicos, encontra previsão no capítulo III, do Código de Ética Médica (2009), que versa sobre a responsabilidade do profissional da saúde, conforme, “Art. 1º: Causar

dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida”. Ainda o, “Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal”. O Código de Ética Médica estabelece expressamente que a responsabilidade médica é pessoal, de modo que cada médico deve assumir seus atos e procedimentos adotados com o paciente. O código também deixa explícito a vedação de causar dano ao paciente em qualquer modalidade de culpa, além de proibir a assunção de responsabilidade por outro profissional, bem como transferir a responsabilidade dos seus atos a outras pessoas ou a circunstâncias externas.

Além das previsões do Código de Ética Médica, existe a responsabilidade civil, prevista no Código Civil, conforme dispõe o artigo 186, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e artigo 927, “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Dessa forma, aquele que causar dano ao próximo fica obrigado a reparar o mal causado. Contudo, para que seja atribuída a responsabilidade civil devem estar presentes elementos como a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Dessa forma, o médico que não exerça sua profissão em atenção aos princípios médicos e direitos assegurados ao seu paciente, poderá ser responsabilizado sendo obrigado a reparar os danos causados. Podendo ainda o profissional da saúde, ser responsabilizado em três esferas: administrativa, civil e penal, conforme será abordado na sequência.

2.4 OS POSSÍVEIS DANOS À SAÚDE DO PACIENTE E OS DEVERES DE REPARAÇÃO

O avanço da ciência em geral, principalmente no ramo da medicina, trouxe consigo significativas mudanças na realidade do profissional da saúde. No século passado a medicina estava submetida mais ao aspecto moral do que propriamente a regramentos, que hoje a norteiam, como princípios jurídicos e éticos que se moldam através das constantes mudanças da sociedade. Dessa forma, o profissional da

saúde, que antigamente não admitia dúvida sobre o procedimento adotado, passa a ser alvo de investigação, desconfiança e demanda forense.

Assim, um dos principais pontos para aferir na responsabilidade civil do médico é o dano, pois sem ele não é possível falar em indenizar, recompor ou compensar. Em vista que não existe responsabilidade civil sem dano. Para corroborar tal entendimento, Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 70) sustenta que, “não haveria que se falar em indenização, ressarcimento, se não houvesse dano”, e posteriormente afirma que, “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.

Assim, conforme dispõe Nehemias Domingos de Melo (2014, p. 34):

Dano é agressão ou a violação de qualquer direito, material ou imaterial que provocado com dolo ou culpa pelo agente (responsabilidade subjetiva) ou em razão da atividade desenvolvida (responsabilidade objetiva), cause a uma pessoa, independente de sua vontade, uma diminuição de valor do bem juridicamente protegido, seja de valor pecuniário, seja de valor moral ou até mesmo de valor efetivo.

Nessa perspectiva, o profissional da saúde responderá, enquanto profissional liberal em face do exercício de sua profissão, mediante a apuração de sua culpa (imprudência, negligência ou imperícia), nos termos do Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e do Art. 951 do Código Civil.

O comportamento do profissional da saúde e os resultados da sua atividade, serão analisados com cuidado, pois nem sempre é possível atribuir a responsabilidade ao médico, uma vez que determinadas situações independem de sua vontade ou competência. Muitas vezes os pacientes abandonam o tratamento médico prescrito, ou, embora realizado o procedimento adequado, o médico não possui a autoridade para decidir sobre a vida ou morte do paciente.

Por esses motivos a exceção contida na norma consumerista desloca para o lesado o ônus de provar que o médico praticou conduta contrária a sua atividade, causando danos que devam ser indenizados. Baseado nisso, Ulderico Pires dos Santos (1984, p. 50), defende que

para responsabilizá-lo pelos insucessos no exercício de seu mister que venham a causar danos aos seus clientes em consequência de sua atuação profissional é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento dano se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro sua parte

Entretanto, ainda que o dano deva ser sempre provado, esse paradigma tem sofrido abrandamento. Em decorrência da jurisprudência, que em face das chamadas “máximas de experiências” passou a considerar presumido o dano em determinadas circunstâncias.

Desse modo, conclui-se que o dano precisa ser real e efetivo, embora seja possível falar em dano futuro para determinados casos, sendo necessária a sua prova, bem como a repercussão dos bens do lesado. A partir disso, a consequência jurídica produzida em decorrência do comportamento inadequado do médico gera danos, que pode ser percebido de acordo a gravidade de sua conduta. Baseados nisso, os danos podem ser classificados de acordo com Matielo (2014, p. 19) em:

- **Dano Material** - Corresponde ao dano patrimonial, referindo-se apenas ao dano que atinge o patrimônio da vítima, podendo ser quantificado e reparável por uma indenização pecuniária, incluído as perdas e danos, que junta o dano emergente e os lucros cessantes;

- **Dano Emergente** – O dano emergente decorre da injusta agressão, que acarreta diminuição do patrimônio da vítima. No caso do erro médico, pode ser verificado, no dano ao corpo ou a saúde que resulte em despesas realizadas para internação, medicamento e outros que visem o restabelecimento do lesado, ao estado anterior;

- **Lucros Cessantes** – Refere-se aos valores que o lesado deixou de auferir por conta do erro que possa ter diminuído sua capacidade laborativa por determinado tempo;

- **Dano Reflexo** - a ofensa é dirigida uma pessoa, mas quem sente os efeitos dessa ofensa, é outra pessoa, exemplo disso, é a Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal, que diz: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”. Esse entendimento se justifica porque o dano causado, pode refletir no patrimônio da vítima ou que dela dependam economicamente;

- **Dano Moral** - Aquele que atinge o âmago do lesado, causando-lhe, dor, sofrimento, angústia, vexame ou humilhação e por tratar-se do íntimo da pessoa, é impossível estimar um valor pecuniário adequado, razão pela qual, o objetivo é compensar o sofrimento suportado pela vítima.

Ao lesado, quando atingido por conduta ilícita, é possível verificar formas de recomposição, ainda que pecuniária, cuja a base está prevista no ordenamento jurídico, recaindo ao lesante o dever de integralmente repor a situação ao estado anterior, sem que isso gere enriquecimento ilícito por parte do lesado. O objetivo da reparação é que a pessoa não fique desassistida, e a reestruturação integral de tudo quando atingindo pela atuação irregular do profissional da saúde.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRIA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Na antiguidade, como mencionado anteriormente, não havia um estudo no campo médico. As soluções dos casos se davam através do empirismo, por meio dos curandeiros, sacerdotes e magos, que eram vistos como seres dotados de poderes sobrenaturais, atribuindo a Deus o resultado final.

De acordo com Melo (2014, p. 4), o primeiro código que previu a responsabilização do profissional foi o Código de Hamurabi, que continha artigos de normas gerais e outros mais específicos à atividade médica. Tais como o agir com cuidado e perícia no exercício da profissão, prevendo ainda penalidades severas, caso o médico não tomasse o cuidado necessário para determinado procedimento, como a amputação de sua mão.

Entretanto, a medicina tomou forma de ciência com os gregos, deixando o entendimento mágico que a cercava para ter um caráter mais racional das doenças, por isso, de acordo com Panisa (2006, p.34) Hipócrates, é considerado o pai da medicina, pois com ele, a atividade médica passou-se a ter um entendimento mais racional e científico.

Já no direito romano, havia previsão no texto de Ulpiano, onde previa que não se deve imputar ao médico a morte do paciente, porém responsabilizá-lo pela imperícia, uma vez que o erro decorria muitas vezes da falta de conhecimento ou habilidade para realizar determinado procedimento. A evolução do instituto da responsabilidade civil se deu principalmente no Direito Romano, conforme explica Melo (2014, p. 4), através da vingança privada, como forma de reação ao dano sofrido. Aumentando para composição com o ofensor, chegando à notável lei Aquilia que colocou a estrutura jurídica e a concepção da doutrina da responsabilidade civil fundada na culpa.

Após anos em que a reparação do dano causado ocorria pelo chamado “olho por olho e dente por dente” ocorre uma mudança com base nos fundamentos do Direito Romano e do Código Civil Francês, que serviu como base para elaboração dos códigos civis de muitos países, trazendo consigo o instituto da responsabilidade civil extracontratual, baseada na culpa efetiva e provada. Assim, conforme dispõe, Nehemias Domingos de Melo (2014, p. 5), “é exatamente no direito francês e na construção doutrinária e jurisprudencial que os autores e as Cortes francesas

formaram ao longo dos dois últimos séculos os fundamentos da responsabilidade civil do médico nos seus atuais contornos”.

Além disso, Miguel Kfoury Neto, referindo-se à obra de Newton Pacheco, salienta a cautela e a sensatez com que as Cortes Francesas analisaram a responsabilidade médica e de cuja análise observa o caso tido como revolucionário, datado de 1832, em que se destaca a atuação do Procurador Dupin. O caso, em resumo, foi o seguinte:

[...] o médico Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Somente lá se apresentou à nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como consequência a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante de tal situação a família Foucault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça Francesa. A sociedade francesa se dividiu. De um lado a Academia Nacional de Medicina da França pronunciou-se a favor do médico e, atendendo à solicitação do Tribunal, nomeou quatro médicos, dos maiores obstetras da época, que apresentaram laudo com as seguintes conclusões: (1) nada provado que o braço fetal estivesse macerado; (2) nada provado que fosse impossível alterar a versão manual do feto; (3) não havia razões recomendáveis para a amputação do braço direito e, muito menos, do esquerdo; (4) a operação realizada pelo Dr. Helie deverá ser considerada como uma falta grave contra as regras da arte. Apesar da imparcialidade do laudo, a Academia impugnou e outro é emitido por outros médicos, que chegam à conclusão contrária à primeira manifestação dos Delegados da Academia. O Tribunal de Comfront condenou o Dr. Helie ao pagamento de uma pensão anual no valor de 200 francos. Assim lecionou o Procurador Dupin - e a instrução ainda hoje revela-se vigente: do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação a responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa [...] (NETO, 2013, p.62).

Pode verificar que as primeiras normas relacionadas à responsabilidade médica surgiram no direito francês, no tocante a jurisprudência e doutrina, servindo de inspiração para outros países, como o Brasil.

Assim como é possível ver também o desenvolvimento da medicina ao longo da história, que deixa seu caráter místico do século passado para uma ciência baseada no estudo científico. Pondo diariamente a disposição da sociedade novas tecnologias e recursos, ampliando-se as possibilidades de cura e aumento da expectativa de vida. Entretanto, esse avanço faz com que o médico possua maior

controle sobre a saúde, vida do paciente, acarretando um aumento dos riscos de erros que podem decorrer de diversos fatores.

3.1 TRATAMENTO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A teoria adotada pelo Código Civil é o princípio da responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, conforme disposto no Art. 186 e 927, do CC, pela qual se faz necessário a presença do elemento culpa, liame de caráter interno a demonstrar a imputabilidade do resultado ao agente, gerando o direito a indenização da vítima. A culpa é a lato sensu, que contém, além da culpa stricto sensu, também o dolo.

De acordo com Matielo (2014, p. 14):

É dita, subjetiva, porque estratificada na convicção de que está presente, no caso concreto, a ligação psíquica do agente com o resultado danoso, de modo que este quer diretamente produzir o efeito que efetivamente veio a ser constatado, ou no mínimo se porta de modo a aceitar como perfeitamente viável a ocorrência do evento a partir da conduta assumida.

O art. 186 do Código Civil, determina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002, Art. 186). Baseado nisso, entende-se que ação ou omissão está relacionada com a vontade de agir ou se omitir do agente. Enquanto a negligência ou imprudência está inteiramente atrelada à culpa.

A primeira espécie chama-se dolo direto, ação ou omissão consciente direcionada ao alcance do resultado certo, que é praticar determinado fato contrário ao dever fixado na norma. Já no dolo eventual o agente tem consciência dos riscos que podem advir de determinado procedimento, porém acredita que tal fato não ocorrerá, enquanto a culpa deriva da negligência, imprudência e imperícia, em que o agente, embora não queira tal resultado, acaba praticando fato danoso a outrem.

Assim, entende-se como imprudência, a ação precipitada do agente, sem o devido cuidado para praticar tal ato, ao passo que a negligência caracteriza-se pela falta de atenção. Por exemplo, médico que esquece instrumento na cavidade abdominal do paciente durante a cirurgia. A imperícia, por sua vez, ocorre quando o

agente possui conhecimentos insuficientes, falta de qualificação técnica e isso conduz a um resultado nocivo.

Dessa forma, comprovar o erro médico e a responsabilização do profissional da saúde não se trata de tarefa fácil, porque embora exista o dano causado ao paciente, à dificuldade de demonstrar o erro é quase impossível, afastando assim o dever de reparação. Uma vez que cabe ao paciente o dever de confirmar esse fato por meio de provas admitidas em direito. Caso contrário, por falta de provas o sujeito perde a ação, pois conforme disciplina Mirabete (2003, p. 50):

Sendo subjetiva a responsabilidade pessoal do médico, como na realidade o é, não bastará o mero insucesso do tratamento, seja clínico ou cirúrgico, para ensejar o seu dever de indenizar. Caberá à vítima provar não só o dano e o nexo causal, como na responsabilidade objetiva, mas também a culpa do médico. Este ocorre quando empregados os conhecimentos normais da Medicina, por exemplo, chega o médico à conclusão errada do diagnóstico ou de uma intervenção cirúrgica, só a falta grosseira desses profissionais consubstancia a culpa penal.

Entretanto, para outra corrente doutrinária, o erro médico decorrente de falhas e os danos derivados da prestação de serviços médicos são consideradas normais, motivo pela qual os tribunais não eximem a produção de provas por parte dos pacientes. Nesse sentido, o professor Theodoro Júnior (1999 apud MELO, 2014), diz:

Como normal os riscos as falhas, e até mesmo o insucesso e as lesões decorrentes da prestação de serviços médicos, razão porque os tribunais em princípio, não são liberais com o ônus da prova a cargo do paciente ou de seus dependentes, quando se trata de ação indenizatória fundada em erro médico. Nenhum tipo de presunção é de admitir-se, cumprindo ao autor, ao contrário, o ônus de comprovar, de forma idônea e convincente, o nexo causal entre uma falha técnica, demonstrada in concreto, e o resultado danoso queixado pelo promovente da ação indenizatória (THEODORO Jr., 1999 apud MELO, 2014, p. 19).

Logo, se a culpa não existe (ou não resta provada) não tem o sujeito direito à reparação, o que ocorre mesmo que tenha sofrido um dano, fato que muitas vezes conduz a uma aparente situação de injustiça.

Ainda sobre o tema, tem se a culpa presumida que nasce na necessidade de atender as diversas demandas que surgem sobre a responsabilidade civil, buscando uma justa indenização para vítima. Por essa teoria, ao paciente bastava demonstrar o nexo causal entre o dano e o agente que praticou conduta ilícita, devendo ao

profissional, para se eximir do dever de reparação, comprovar que agiu com prudência, perícia e com a diligência necessária. Essa teoria permitiu que houvesse uma melhora substancial na posição da vítima frente ao Poder Judiciário, sendo uma teoria intermediária, entre a responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.

Entretanto, com a evolução normativa, o Código de Defesa do Consumidor, adotou-se a teoria objetiva, fundada no risco da atividade pela qual não importa investigar a conduta do agente causador do dano. Nesse aspecto, não se discutirá a culpa do agente, mas apenas demonstrar que a atividade exercida é de risco e o nexo causal, entre a conduta e o dano causado a outrem. A dificuldade está em saber o que é atividade de risco, uma vez que a liberdade cedida ao aplicador da lei admitirá que atividades já existentes, bem como outras futuras, possam ser enquadradas como a de risco, sendo assim, submetidas à teoria da responsabilidade objetiva com base no risco da atividade.

Aliás, é importante destacar que o Código de Defesa do Consumidor nasce a partir da expressa determinação constitucional, uma vez que o legislador elevou a defesa do consumidor como um dos direitos e garantias fundamentais, conforme previsão do Art. 5º, XXXII da Constituição Federal. Além disso, tem-se a previsão no Art. 170, o qual incluiu a defesa do consumidor como um dos princípios norteadores da ordem econômica. Somado a isso, o legislador constituinte determinou ao legislador ordinário que fosse elaborado o Código de Defesa do Consumidor, conforme disposição do Art. 48, do ADCT.

Com a elaboração da Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, criado expressamente por determinação constitucional, traz consigo no caput do Art. 1º tratar-se de uma norma de ordem pública e de interesse social, garantindo o seu emprego a todos os ramos do direito. Baseado nisso, sempre que existir uma relação de consumo, a norma a ser invocada será a lei consumerista, independente de ser contratual ou extracontratual, já que os princípios previstos no CDC permearão todo ordenamento jurídico vigente para garantir a sua satisfação frente a qualquer outra norma que com ela colida. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 15) diz: “não é uma mera lei geral; ele é uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar aplicável a todas as relações de consumo, qualquer que seja o ramo do direito onde vierem a ocorrer”.

Dessa forma, o objetivo do CDC é proteger o consumidor na relação jurídica e garantir a efetiva aplicação de responsabilidade aos fornecedores quando o direito do consumidor for violado.

O CDC adotou a responsabilidade objetiva como base da reparação dos danos provenientes dos acidentes de consumo, o fez com base na teoria do risco da atividade profissional como forma de pulverizar os riscos e de garantir a efetiva reparação dos danos causados ao consumidor. Pela teoria do risco da atividade ou risco proveito, aquele que pratica uma atividade com fins econômicos tem que assumir as responsabilidades decorrentes de sua atividade. Nesse aspecto, observado o art. 951 do Código Civil, o médico que atuar como profissional liberal, deverá indenizar a vítima pelos danos sofridos.

Por essa teoria, demonstra-se que todo prejuízo é atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de refletir idéia de culpa. Pode o agente estar sujeito a reparar o dano independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Assim, a modalidade de risco-profissional, é a probabilidade da ocorrência de fato lesivo que pode vir a acontecer no exercício de uma atividade profissional, ou seja, a responsabilidade civil é originária da atividade ou profissão exercida pelo lesado, na qual o empreendedor tem a obrigação legal de reparar os danos ou perda causados a terceiros, que advenham sua atividade.

É necessário salientar que o risco previsto no CDC está profundamente atrelado ao dever jurídico de respeitar a integridade física, psíquica e patrimonial da vítima, seja ela o próprio consumidor ou o utente e, quando violado este dever jurídico, nascerá ao lesado o direito a indenização. Nesse aspecto, independe a existência de culpa do agente, bastando apenas, a vítima demonstrar a ocorrência do dano e nexo de causalidade para ter direito a indenização, pois trata-se de responsabilidade objetiva. Por fim, aquele que desenvolve uma atividade profissional que causar dano a outro, será obrigado a reparar, independente da existência de culpa, assegurando a lei que haja uma devida indenização.

Além da responsabilidade objetiva, adotada pelo CDC, tem-se excepcionalmente a responsabilidade subjetiva, prevista quando tratar-se de relação com profissionais liberais, onde deve verificar a culpa, conforme disposto no Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Nessa modalidade, o consumidor deverá

provar, além do dano e do nexa causal, a prova da culpa do fornecedor do serviço, como: negligência, imprudência ou imperícia.

Considera-se profissional liberal aquele que pratica uma atividade sem vínculo empregatício, fazendo da sua profissão um meio de trabalho e sobrevivência, por exemplo, o médico, que age em nome próprio e pode arguir a exceção normativa prevista no Código de Defesa do Consumidor a seu favor. Porém, tal argumento não pode ser utilizado por aquele que está subordinado a uma pessoa jurídica. Nesse sentido, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1991, p. 80), ensina:

O Código é claro ao asseverar que só para a “responsabilidade pessoal” dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apurada objetivamente

Importante salientar o Art. 951 do Código Civil que prevê a responsabilização do profissional que no exercício de sua profissão, age com negligência, imprudência ou imperícia, tem o dever de indenizar: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.” Segundo Nestor Forster (2002, p. 52):

O Código Civil, em seu artigo 951, traz uma ampliação na responsabilidade indenizatória, principalmente no que diz respeito às hipóteses de morte, inabilitação para o trabalho e ferimento, trazendo como situação nova agravar o mal do paciente. E, no caso do ferimento, pode-se admitir também maior abrangência quando a responsabilidade refere-se também a causar lesão ao paciente, o que é mais amplo do que o ferimento. Essa lesão pode ser de qualquer ordem, já que não há restrição no texto mencionado.

Ainda para corroborar a afirmação da presença de culpa em um ato médico, pode ser demonstrada através do exemplo citado por Kfoury (1998, p. 76-77):

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença

diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.

Somado a isso, além das responsabilidades previstas no ordenamento jurídico brasileiro, é importante destacar a teoria da perda de uma chance, também surgida na França. Apesar de não existir previsão legal no Código Civil Brasileiro regulamentando a reparação pela perda de uma chance, pode-se considerar a concordância da teoria pela legislação brasileira baseada em uma interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos que regem a obrigação de indenizar, em especial o artigo 944, caput, que trata da reparação integral. Tal interpretação se alia aos princípios previstos na Constituição Federal, que permitem a vítima o apoio jurídico para pedir indenização em caso de frustração do atendimento médico que possa ter privado de alguma chance de obter ou buscar a cura.

Para isso, deve-se estar nítido a possibilidade de cura e relação de causalidade direta com os atos praticados pelo médico. Embora o profissional da saúde não tenha obrigação de curar o paciente, este deve empregar todo conhecimento e técnica para garantir a saúde do doente. Contudo, se o dispêndio do médico for falho ou deficiente, e o paciente perder a possibilidade de cura ou de sobreviver, o médico deverá ser responsabilizado. Nesse sentido, Rosado(1997, p. 122) informa que jurisprudência francesa admite a teoria da perda de uma chance como uma forma de superação da dificuldade quanto à prova do nexo de causalidade, pois cita o exemplo do caso que ocorreu na França, em um julgamento no ano de 1967, no qual o diagnóstico médico errado levou a um tratamento equivocado da vítima, privando-a da chance de cura.

Desse modo, para que ação de responsabilidade civil, baseada na teoria da perda de uma chance, tenha êxito, o lesado deve demonstrar que se o médico não fosse negligente o resultado seria outro que não a perda da cura. Assim, deixar que a vítima suporte a perda de uma chance que outra pessoa impediu que se realizasse cria um sentimento de injustiça e iria de encontro a esta visão solidarista da responsabilidade civil. Nas palavras de Sérgio Savi (2009, p. 194):

A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano (SAVI, 2009, p. 194).

Savi (2009) entende ainda que a recepção da teoria da perda de uma chance pelo ordenamento jurídico brasileiro se deu graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, conforme dispõe:

Graças ao desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, é possível hoje predeterminar, com uma aproximação mais que tolerável, o valor de um dano que, inicialmente, parecia entregue apenas à sorte, ao ponto de poder considerá-lo um valor normal, quase estável, dotado de uma certa autonomia em relação ao resultado definitivo. Sendo assim, o recurso à estatística e ao estudo das probabilidades proposto por Calamandrei, mostra-se bastante útil, na medida em que permite verificar se antes da ocorrência do evento danoso já existia uma possibilidade com certo conteúdo patrimonial positivo para a vítima, a qual, após o evento danoso, restou perdida (SAVI, 2009, p. 20).

Em concordância com a teoria da perda de uma chance, o Superior Tribunal de Justiça aplicou esse entendimento:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes. 2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. 3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional. 4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional. 5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada (BRASIL, STJ, 2013, apud MELO, 2014, p. 29).

Ainda sobre a perda de uma chance, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em consonância com a posição do STJ, aplicou o mesmo entendimento, conforme decisão abaixo:

APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO - ERRO DE DIAGNÓSTICO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - PEDIDO IMPROCEDENTE. (omissis)... 4 - Em casos em que não se pode estabelecer com segurança o nexo causal entre a culpa profissional e o dano, mostra-se útil a adoção da teoria da perda de uma chance, que busca reparar não a lesão em si, mas a perda de uma chance de evitar que o resultado adverso se produza. Transportada para a responsabilidade médica, a referida teoria se tornou conhecida como perda de uma chance de cura. 5 - O valor da indenização será proporcional ao prejuízo imaterial representado pelo tamanho da chance perdida. Assim, quanto maior for a chance, mais próxima a indenização será da compensação que seria devida pelo efetivo dano sofrido. (Des. José Marcos Vieira) (BRASIL, STJ, 2013, apud MELO, 2014, p. 29).

A indenização, baseada na teoria da perda uma chance não será integral, será parcial, já que não se estará diante de uma certeza absoluta, mas de uma probabilidade que foi retirada em razão da má atuação do profissional de saúde que, por imperícia ou negligência, não empregou o esforço necessário para restabelecimento do paciente. Em concordância com a teoria da perda de uma chance, o enunciado 444 do Conselho de Justiça Federal (BRASIL, 2012) disciplina:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

O dano pode ser patrimonial, causando prejuízos à vítima de caráter econômico, ou extra patrimonial que consiste, em uma lesão experimentada pela vítima de interesse não suscetível de valor econômico.

Outra teoria desenvolvida na escola norte americana, é a teoria *res ipsa loquitur*, aplicado quando as provas forem insuficientes para demonstrar a culpa do médico, porém o erro é tão evidente que independe das provas. É o caso da intervenção que numa situação normal não causaria danos ao paciente, demonstrando assim, a imprudência, negligência ou imperícia do profissional da saúde, podendo presumir a culpa médica em favor do paciente. Nesse caso, enquadra-se o exemplo do médico que deixa instrumento cirúrgico no corpo do paciente. Por fim, a teoria da perda de uma chance e a teoria norte-americana da

res ipsa loquitur tem objetivo de superar a dificuldade de provar a culpa médica e dar alguma satisfação para a vítima lesada.

3.2 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

O nexos de causalidade é a ligação entre o dano ocorrido e o responsável pela atividade. Assim, causa, é o fato que sem a sua ocorrência, o dano não existirá. Baseado nisso, o dano só poderá ser indenizável quando for possível estabelecer um nexos causal entre ele e o seu causador.

Como a teoria adotada pelo Código Civil é a teoria do risco, é de suma importância o estudo do nexos causal, porque pela teoria do risco o cerne da responsabilização está baseado, no dano e no nexos de causalidade, devendo a vítima provar o erro. Ainda que se fale, em responsabilidade objetiva é imprescindível também o nexos causal, porque para falar em dano indenizável deve existir uma relação de causa e efeito entre o descumprimento da obrigação e o prejuízo sofrido. Assim, devido às dificuldades de estabelecer essa ligação, somada a ocorrência de concausas, probabilidade sempre possível no campo médico, surgem algumas teorias para explicar o nexos casual, merecendo destaque a teoria da causalidade adequada e a dos danos diretos e imediatos.

Nesse aspecto o Código Civil Brasileiro, embora não tenha previsão para a teoria da causalidade adequada, uma vez que o único artigo que menciona regra expressa do nexos causal seja o 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 no disposto da lei processual”, a qual positiva a teoria dos danos diretos e imediatos. Em síntese, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outras causas.

Entretanto, a corrente dominante entende que a teoria adotada pelo Código Civil é a teoria da causalidade adequada, fundamentada no Enunciado 47, da I Jornada Civil do Conselho da Justiça Federal, que diz: “O art. 945 do novo Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada.”, ou conforme discorre Garcez Neto (1989, apud MELLO, 2014):

A teoria dominante, na atualidade, é a da “causa adequada”, segundo a qual nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes: só o são, é certo, em concreto, isto é, considerando-se o caso particular, não porém, em geral ou em abstrato, que é como se deve plantar o problema. [...] para aferir a responsabilidade civil pelo acidente, o juiz deve retroceder até o momento da ação ou da omissão, a fim de estabelecer se esta era ou não idônea para produzir o dano (NETO, 1989 apud MELLO, 2014, p. 55).

De acordo, com Diaz (1995), a causa adequada se liga a uma ação humana que tem como antecedente a potencialidade de causar determinado resultado, presentes as mesmas condições nas quais a pessoa atuou. Formula-se um juízo sobre a regularidade com que dois atos se sucedem. Há, nas palavras do autor citado: “uma troca do aspecto lógico da causalidade pelo teleológico” (DIAZ, 1995, p. 48).

Assim, a teoria da causalidade adequada, analisa o caso concreto, absorvendo os fatos irrelevantes, que são alheios a efetivação do dano, entendendo que mesmo na sua ausência a lesão aconteceria, ou seja, por existir uma multiplicidade de fatores causais eliminam-se os demais fatores, trazendo apenas o que de fato gerou o dano. De acordo com Caio Mario da Silva Pereira (1995, p. 79):

Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar os fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes dos danos. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer, que mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este expurgo, resta algum que, no curso normal das coisas, prova um dano dessa natureza. [...] A doutrina que se constrói nesse processo técnico se diz causalidade adequada, porque faz, faz salientar, na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade, eliminando os demais.

Importante mencionar também a teoria da causalidade direta e imediata, em que o causador do dano será a última parte da cadeia causal, esta teoria diz que será responsável o último agente, pois a conduta deste foi responsável diretamente pelo dano, ou seja, o efeito ocorreu diretamente da última conduta. Para esta teoria o causador do dano responde apenas pelos danos ocorridos diretamente do ato, aqueles que ocorrem por outra ocasião, sem interferência direta, não são indenizáveis. Dessa forma, embora existam muitos os fatores que colaboram para a produção do dano, não deve ser considerado como causa todos eles, mas somente

aquele que liga diretamente a uma relação, sendo capaz de romper o equilíbrio existente entre as outras condições.

Embora exista corrente doutrinária divergente, os tribunais superiores em alguns casos vêm acolhendo a teoria da causalidade direta e imediata, conforme decisão abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA. 1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito). 2."Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa" (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves). 3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92; RE 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008) . 4. Recurso especial a que se dá provimento (BRASIL, STJ, 2008.)

Entende-se que essa seja a teoria mais correta, já que considera a causa aquela que gerou diretamente o dano, mesmo que esteja longe do resultado. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2010):

Com base nesse dispositivo, boa parte da doutrina e também da jurisprudência sustenta que a teoria da causalidade direta ou imediata acabou positiva, teoria essa que, em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva. Embora o Art. 403 fale em inexecução, o que é próprio da responsabilidade contratual, está consolidado o entendimento de que também se aplica à responsabilidade extracontratual (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 54).

Além do nexo de causalidade, deve-se falar nas concausas. Pois é uma pluralidade de causas concorrendo para o mesmo resultado, podendo ser uma causa preexistente, superveniente ou concomitante, mas que não têm a virtude de excluir o nexo causal desencadeado, pela conduta principal, nem de, por si só, produzir o dano. O agente, conforme Cavalieri (2012, p.80) suporta esses riscos porque, não fosse a sua conduta a vítima não se encontraria na situação em que o evento danoso.

Assim, quando a concausa for preexistente, embora concorra para o agravamento do resultado lesivo, esta não tem a pretensão de quebrar o nexo de causalidade. Respondendo o agente apenas pela sua conduta, independente de saber ou não da concausa antecedente que agravou o dano. Exemplo citado Cavalieri (2012, p.63), lesão leve que resulte em morte, em decorrência da vítima ser hemofílica.

No caso da concausa superveniente ou concomitante, o agente responderá de igual modo pelo dano que causou, como exemplo, o paciente transportado por uma ambulância, falece em virtude de uma epidemia de gripe. Há casos, entretanto, que quebram o nexo causal, pois a primeira causa não tem relação com o evento lesivo final, como demonstra o caso citado por Melo (2014., p.56) de um alguém seja vítima de trânsito de menor gravidade, ao ser levado para o hospital vem a falecer em decorrência de um aneurisma cerebral.

Como mencionado, o nexo causal é elemento imprescindível para responsabilização do agente, bem como se faz necessário saber, para caso o agente tenha sido envolvido num evento danoso, se deve ou não reparar o dano. Uma vez que podem estar presentes as excludentes de responsabilidade.

Desse modo, uma das excludentes de responsabilidade é por culpa exclusiva da vítima, isentando o agente de indenizar o lesado, pois se a ação em nada contribuiu para o evento, tendo sido tão somente o instrumento pelo qual o mal se materializou, não há que se falar em nexo entre o resultado e a ação praticada. Exemplo disso é o caso citado por Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 64):

Se "A", num gesto tresloucado, atira-se sob as rodas do veículo dirigido por "B", não se poderá falar em liame de causalidade entre o ato deste e o prejuízo por aquele experimentado. O veículo atropelador, a toda evidência, foi simples instrumento do acidente, erigindo-se a conduta da vítima em causa única e adequada do evento, afastando o próprio nexo causal em relação ao motorista, e não apenas a sua culpa, como querem alguns.

No campo médico será possível identificar casos de culpa exclusiva da vítima, o que ocorre quando o paciente não segue a recomendação médica, adotando postura que agrave seu estado de saúde, ou descumprindo as prescrições. Não alcançando restabelecimento, nesse caso não será possível imputar ao médico o resultado do tratamento. Uma vez que o resultado lesivo ocorreu em decorrência da conduta do paciente, não existindo nexos de causalidade entre o exercício médico e o evento danoso que se pretenda indenizar. Um exemplo é o caso citado por Neto (apud MELO, 2014, p. 58):

Um gineco-obstetra ao consultar uma jovem grávida recomendou-lhe perder peso como forma de evitar o risco de vir a sofrer toxemia ou eclampsia. Um mês depois do último aviso médico, a paciente não acorda e falta à consulta marcada para aquele dia. O marido, ao chegar do trabalho e verificando que sua mulher apresenta inflamações em diversas partes do corpo, dificuldades para falar e caminhar, recorre ao médico e este lhe pede que a paciente seja levada ao seu consultório na segunda-feira. Naquele dia, a gestante apresenta convulsões e é transportada para o hospital, onde a espera o médico, que logo, ao examiná-la, diagnostica eclampsia aguda. Resultado, o feto nasceu morto no dia seguinte e a paciente veio a falecer três dias depois. Inconformado, o marido acionou o médico por negligência. A defesa do profissional se fundamentou em três aspectos: (a) descumprimento da obrigação imposta, reiteradas vezes, de perder peso; (b) atraso culposo em informar prontamente ao médico o súbito agravamento de seu estado de saúde; (c) não haver comparecido à consulta marcada por estar dormindo, fato que impediu ao médico poder verificar em tempo hábil a deterioração das condições da saúde da paciente. O médico foi absolvido.

O Código do Consumidor prevê ainda em seus arts. 12, § 3º, III e 14, § 3º, II, a culpa exclusiva do consumidor entre as causas excludentes da responsabilidade do fornecedor. Já que se restar comprovado que o resultado lesivo ocorreu em decorrência de culpa exclusiva da vítima, não há que se falar em nexos de causalidade entre o dano sofrido e a atividade do fornecedor de produto ou serviço. Exemplo disso é quando o usuário resolve exasperar os riscos, que em condições normais não produziram o resultado danoso.

Nesse sentido, segue recente decisão dos tribunais:

INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. CÂNCER VAGINAL RARO. TRATAMENTO SUGERIDO DE ACORDO COM TÉCNICA MÉDICA ADEQUADA E ABANDONADO PELA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA. PRESUNÇÃO RELATIVA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Insurgência contra sentença de improcedência. Ausência de vício nos atendimentos e cirurgias realizados na

vítima. Abandono do tratamento antes de completo. Não verificação de culpa dos profissionais demandados. Ausência denexo causal entre conduta dos médicos e o dano experimentado que também afasta a responsabilidade do hospital. Recurso desprovido (SÃO PAULO, 2014, apud MELO, 2014, p.66)

Em consonância, com julgado do Tribunal do Estado de São Paulo,

RESPONSABILIDADE CIVIL – TRATAMENTO DE TUBERCULOSE – LAUDO PERICIAL COMPROVA QUE NÃO HOUVE ERRO MÉDICO – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ÓBITO DA PACIENTE E OS MEDICAMENTOS PRESCRITOS PARA A DOENÇA. A sentença julgou improcedentes os pedidos sob o fundamento de que o laudo médico foi conclusivo no sentido de ausência de nexode causalidade entre o óbito da paciente e os medicamentos prescritos para a tuberculose, ressaltando que a conduta médica foi adequada para o tratamento da doença, bem como para a agudização de sua doença hipertensiva quando a encaminhou para o tratamento hospitalar. Na hipótese dos autos, a médica tinha obrigação de meio, ou seja, busca através de sua habilidade, técnica, prudência e diligência atingir um resultado, sem, entretanto, comprometerse a obtê-lo, cabendo aos lesados provarem sua conduta ilícita, o que não conseguiram. Manutenção da sentença. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (RIO DE JANEIRO, 2007, apud MELO, 2014, p.72) T, 2

Além dessa excludente, tem ainda o fato de terceiro, a qual o resultado lesivo não decorre do agente nem da vítima, mas de um terceiro, excluindo o dever de indenizar do responsável, devido a sua imprevisibilidade e inevitabilidade, não tendo relação de causa a conduta com o resultado danoso. Portanto para que a responsabilidade seja excluída, não deve haver nexo causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima. O exemplo que caracteriza fato de terceiro, é o julgado abaixo:

HOSPITAL – MORTE DE PACIENTE INTERNADO QUANDO FOI VÍTIMA DE ATAQUE COM ARMA DE FOGO POR ESTRANHOS. A agressão a tiros que vitimou o paciente, pela excepcionalidade do evento, totalmente estranho ao cotidiano de um hospital interiorano, foi praticado por agentes alheios à falha do nosocômio, porém desafetos daquele. O fato não decorreu da falha do serviço próprio de um hospital geral, ultrapassando os limites de qualquer previsibilidade. Daí não se pode imputar insuficiência ou incúria da segurança ou da vigilância ordinária de tal tipo de estabelecimento, tanto mais que, nas circunstâncias noticiadas e pelos antecedentes da vítima, se houvesse prévio alerta, o caso seria de segurança policial. Ora, como ressei do testemunho dos ouvidos, os agressores teriam encontrado no prédio em circunstâncias normais, como acontece com todos os visitantes, dos quais são pedidas informações de praxe. Não havia motivos aparentes para suspeita ou até para cuidados especiais ao paciente que não fossem os ordinários para quem se encontrava em tratamento comum. Não foi em decorrência deste que aconteceu a morte do paciente. Nem se poderia exigir do nosocômio a adoção de providências de segurança e vigilância inadequadas a tal tipo de estabelecimento como pretendeu a Apelante. [...] Mas de responsabilidade objetiva também não há que se falar no caso, tal o inusitado contorno do brutal ataque. Por mais eficiente que fosse, o serviço de vigilância não teria sido evitado. O dever de zelar pela incolumidade física dos pacientes não

pode chegar a tanto. Daí que não pode ser invocado o CDC, como pleiteia a Apelante. Também como a douda sentença não vejo liame entre a apontada ação omissiva do Apelado e o evento que abateu seu paciente, ocasionado por ato de terceiros (RIO GRANDE DO SUL, 1999, apud MELO, 2014, p.72).

Outro fator é o caso fortuito ou força maior, que também são fatores de excludente de responsabilidade, porque rompem o liame entre a ação do agente e o resultado lesivo. A diferença principal é que o caso fortuito está relacionado com acontecimentos alheios a vontade do agente, enquanto a força maior, deriva de eventos naturais. Conforme dispõe Nehemias Domingos de Melo (2014, p. 60):

Para caracterização do caso fortuito ou de força maior é preciso que o evento possa ser classificado como inevitável e irresistível a qualquer esforço humano quando então, a sua ocorrência, fará cessar a responsabilidade de indenizar porquanto estes fatos excluem a culpabilidade do agente, visto que não se poderia atribuir a ele nem dolo nem culpa.

O Código Civil embora prevê no campo das obrigações, dispõe em seu Art. 393, “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior; se expressamente não se houver por eles responsabilizado”, conceito aplicável tanto na responsabilidade contratual quanto na responsabilidade extracontratual. Eles rompem o nexu de causalidade, não sendo possível falar em culpa pela ocorrência do evento danoso. Para que incida essa excludente, o fato deve ser imprevisível e inevitável, sendo necessário ainda, prova robusta de sua ocorrência, pois a matéria não é pacífica, tendo diversas correntes e entendimentos jurisprudências que se fazem presentes em cada caso. Sobre o tema, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpra ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexu de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo

acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (BRASIL, STJ, 2010, apud MELO, 2014, p. 66)

Ainda sobre o tema da excludente de nexos causal, segue abaixo entendimento do caso fortuito, isentando o médico da responsabilidade pelos danos sofridos ao paciente:

DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – ERRO MÉDICO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DO HOSPITAL – REQUISITOS – AFERIÇÃO MEDIANTE CULPA – OBRIGAÇÃO DE MEIO – CIRURGIA CESARIANA – ÓRGÃOS INTERNOS – ADERÊNCIA ESPONTÂNEA PÓS-CIRÚRGICA – INTERCORRÊNCIA IMPREVISÍVEL E INEVITÁVEL – CASO FORTUITO CONFIGURADO – EXCLUSÃO DO DEVER DE INDENIZAR. O médico assume responsabilidade de meio, e não de resultado, obrigando-se a um agir profissional normal, segundo as técnicas usuais de tratamento disponíveis na medicina e utilização do instrumento adequado. Se tal ocorrer, haverá cumprimento com sua obrigação e o objetivo terá sido alcançado, não podendo responder pela não consecução da cura do paciente, salvo hipóteses de cirurgia estética não reparadora, onde o resultado pretendido integra a obrigação assumida perante o cliente/paciente. Sob a égide do Código Civil de 196, pelos atos culposos de médicos que sejam seus empregados, ou de pessoal auxiliar, responde o hospital como comitente, na forma do artigo 1.521, inciso III, acrescentando que o nosocômio não responderá quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para a internação e tratamento de seus pacientes. Mesmo quando se trata de responsabilidade de seu preposto, não responde o hospital objetivamente, ainda após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, sendo preciso comprovar culpa daquele para somente depois se ter por presumida a culpa do hospital. Sendo imprevisível e não havendo possibilidade de impedir a complicação cirúrgica, o que vem a ser o caso da aderência espontânea de vísceras abdominais após cirurgia cesariana, a intercorrência que porventura tenha vitimado a paciente amolda-se ao caso fortuito (ou força maior, conforme enfoque doutrinário) que exclui (em) a responsabilidade civil. Negaram provimento ao recurso (MINAS GERAIS, 2010 apud MELO, 2014, p. 71).

Além dos casos mencionados, é relevante informar ainda, a previsão legal da culpa concorrente conforme dispõe o Art. 945 do Código Civil: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”, que ocorre quando o agente e a vítima concomitantemente colaboraram para o resultado lesivo, implicando em redução proporcional do quantum indenizatório. Ainda, de acordo com Melo (2014):

Embora o Código de Defesa do Consumidor não faça nenhuma menção à culpa concorrente, seja da vítima seja do terceiro, somos do entendimento de que é perfeitamente possível a aplicação de tal preceito com fito de

minorar o dever de indenizar por acidentes de consumo decorrentes do fornecimento de produtos ou serviços. Tal decorre do fato de que não há nenhuma incompatibilidade com as regras consumeristas a aplicação desta minorante (MELO, 2014, p. 65).

Assim, existindo culpa concorrente a doutrina e jurisprudência, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 45), recomendam que a indenização seja dividida proporcionalmente ao grau de culpabilidade de cada um dos agentes.

4 FORMAS DE PREVENIR E RESPONDER AO PROBLEMA

Devido à difícil solução dos conflitos para reparar os danos causados as vítimas de erro médico, somadas ao conhecimento da população sobre seus direitos, o tema gera caloroso debate. Isso decorre da massificação dos serviços médicos-hospitalares no país, da relação médico-paciente, cada vez mais distante e da conscientização da sociedade, desse modo, os profissionais se tornam cada vez mais expostos, não só pela legislação, mas também pelo fato de que determinadas profissões deixaram de ser consideradas culturalmente “intocáveis” pelos seus respectivos consumidores. A alteração de comportamento se explica por várias razões. Especialmente em função do distanciamento que passou a existir nos dias atuais entre os profissionais e os seus clientes - médicos e pacientes, notadamente; diferente, portanto, do sentimento que reinou nos séculos XIX e XX – através do qual o médico era um profissional quase que venerado pela família toda. O que o tornava praticamente inquestionável sob qualquer hipótese. A modernidade mudou isso, tem se um aumento na procura pela tutela jurisdicional para a reparação dos danos por erro médico, cujas proporções vêm recrudescendo gradativamente ano após ano. Conseqüentemente, o contrato de seguro de profissional surge como uma ferramenta para dirimir esses conflitos.

Independente da crise econômica e política, o mercado segurador ganha cada vez mais espaço no Brasil, representando de acordo com o Relatório de Sustentabilidade do Setor de Seguros (2015, p. 32), aproximadamente 6,2% do PIB brasileiro. A procura pelo seguro de responsabilidade civil profissional, tanto pelos médicos quanto pelos hospitais, é baixíssima, inclusive nos grandes centros urbanos e do seguro disponibilizados por inúmeras seguradoras. Comparado a outros países, segundo Carlos Roberto Gonçalves, (2003, p. 3) em que o contrato de seguro é bem disseminado, de tal modo que através dele há uma espécie de socialização dos encargos que recai sobre ombros da coletividade. Segundo texto publicado por Walter A. Polido em sua página na internet:

Nos EUA a participação da produção de prêmio de RC - no montante geral é algo expressivo, dado o seu elevado volume e também na União Européia a participação do RC no mercado é elevada, sem alcançar, contudo, a mesma proporção encontrada nos EUA. Cabe ressaltar, também, a voracidade 2013 que os europeus demonstram no sentido de tornarem obrigatórios os mais diversos tipos de seguros de RC, cujo procedimento

não teria a mesma repercussão positiva no Brasil., por uma série de razões. No mercado de seguros brasileiro – os números ainda não são nada expressivos, pois que hoje a participação de todo o segmento de RC é de menos de 10% da produção global do mercado nacional, incluindo o RCF-V (RC Facultativo de Veículos Automotores Terrestres), mais todos os outros ramos de seguros que cobrem, de alguma forma, uma parcela do risco de RC. A participação isolada dos seguros de RC Profissionais é insignificante, ainda (POLIDO, 2013, s.p.).

Contudo, no Brasil, não é muito conhecido ou utilizado, o que nos remete a uma nebulosa questão, uma vez que a indenização deve ser integral e completa. Por maior que seja o prejuízo e independente do grau de culpa, pode acontecer de um profissional ser obrigado a pagar um elevado valor à vítima, podendo alcançar seu patrimônio. Desse modo, para evitar essa situação, a solução adequada é a contratação do seguro de responsabilidade civil profissional.

Nesse sentido, Nehemias Domingos de Melo (2014) diz:

Esses fatos nos mostram que, especialmente em se tratando de erro, o dano poderá se eternizar, restando confortar a vítima informando-a de que foi escolhida pelo destino para purgar a infelicidade”, e que o dano sofrido resulta de uma fatalidade à qual deverá se conformar para sempre. Ora a ordem jurídica, não pode compactuar com esse tipo de situação que revolta o injustiçado e afronta a sociedade como um todo. É preciso priorizar a posição do lesado e preconizar que todo e qualquer dano injusto necessita e deve ser indenizado (MELO, 2014, p. 299).

Nesse caso, uma solução efetiva e possível para uma adequada reparação do dano advindo de erro médico, poderá ser encontrada através do seguro profissional de responsabilidade civil.

4.1 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

O seguro de responsabilidade civil profissional para médicos foi desenvolvido para atender um segmento profissional que vê crescer diariamente a busca da tutela jurisdicional por parte dos pacientes ou dos familiares da vítima, para satisfazer seus questionamentos, decorrentes do erro médico. Apesar de ser uma realidade no país, a procura por essa modalidade de seguro é baixa. Isso devido à falta de cultura no Brasil, que não procura em relação ao baixo conhecimento e também pela falta de precaução em proteger seu patrimônio.

Esta modalidade de seguro tem como idéia inicial a diminuição do risco individual do profissional através da ampliação da base simultânea de contribuintes

e que terá um fundo que se responsabilizará pelas indenizações. Neste plano, é frequente a existência de apólices cobrindo diferentes tipos de responsabilidade, de exploração ou de produtos, entre outras, como responsabilidade civil produto, responsabilidade civil empregador, conforme previsão da Circular, n.º 336/2007 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

O risco segurado pode cobrir tanto a responsabilidade contratual quanto a extracontratual. O contrato pode ser individual como coletivo, pois depende das condições gerais de cada seguradora. Algumas aceitam o seguro para clínicas e laboratórios e outras apenas para pessoa física, mas em qualquer situação, é necessário persistir no fato de que a apólice seja suficientemente clara e abranja o maior número possível de ocorrências. Embora, o seguro profissional médico seja visto como uma solução para reparar os danos causados, o assunto suscita calorosos debates, pois existe outra corrente, entende que o seguro pode gerar uma indústria do erro médico, como existe nos Estados Unidos da América, devido aos altos valores das indenizações.

Porém, para Domingo Nehemias de Melo (2014, p. 299) é quase impossível comparar a realidade da medicina no Brasil com a dos EUA, onde a população possui um elevado nível de renda, bem como os médicos bem remunerados e os hospitais sustentados por grandes e influentes fundações. Além dos recursos próprios, recebem grande aporte de subsídios, inclusive do governo, tendo vastas condições de contratar apólices coletivas de seguro médico.

Assim, médicos bem remunerados podem pagar pela apólice de seguro médico, bem como os hospitais podem contratar apólices coletivas para o conjunto dos serviços médicos prestados. O próprio sistema custeia e alimenta, não sendo possível comparar a saúde brasileira que enfrenta grandes problemas, tais como a precariedade dos hospitais, má remuneração, entre outros.

Já no sistema argentino, de acordo com Domingos Nehemias de Melo (2014, p.300), o sistema funciona bem e possui algumas características. Por exemplo, o médico arca com um percentual da franquia, equivalente a 10% do valor da indenização, limitado ao valor contrato. A cláusula Clains Made, na qual seguradora responderá pela indenização, desde que a citação tenha ocorrido dentro da vigência da apólice, Após o fim da vigência, sem a renovação do segurado, a seguradora acompanhará a ações propostas durante sua vigência pelo prazo de 10 anos e

preços diferenciados, baseados na atividade exercida, além disso, as apólices não cobrem casos envolvendo transexualidade, aborto e esterilizações, etc.

Além disso, como mencionadas anteriormente, diversas entidades representativas da classe médica, alegam diversos fatores para que o seguro profissional não seja adotado como regra. Como, cobertura com valores limitados, atrelado ao baixo valor na cobertura de danos morais, afirmando ainda que muitas vezes os valores sustentados em juízo são maiores que os previstos na apólice, conforme carta disponibilizada no ano de 2003, no site do Conselho Federal de Medicina. Outros sim fundamentam que não é possível reajustar os valores da apólice, o que tornaria um fato inesperado e insuficiente, uma vez que a despesas seriam permanentes e não seria possível repassar o ônus financeiro ao paciente. Porém, por trabalhar na área de seguros, o que se verifica é que houve um avanço nesse sentido, já que o sistema das seguradoras permite que seja contratado um determinado valor, adequado a sua necessidade, observados os requisitos exigidos pela Circular Susep 336/2007.

Igualmente, os representantes da classe entendem que ao contratar o seguro, acabam incentivando a busca por ações judiciais, bem como o desinteresse em atuar em determinadas áreas devido o risco advindo da especialidade, conforme carta mencionada anteriormente. No entanto toda e qualquer apólice de seguro, é realizada como uma garantia mínima para um eventual dano, assim como não isenta o médico de contratar o seguro e se utilizar de todas as técnicas disponíveis, agindo com toda diligência necessária para tal procedimento.

O tema é tão pertinente, que já foi alvo de Projeto de Lei Complementar na Câmara Federal, tornando obrigatória a contratação do seguro de responsabilidade civil por danos pessoas às vítimas de erro médico através do PL 1.709 de 1983, de autoria do Deputado Nelson Carmo. No entanto, não prosperou devido à reação negativa das classes médicas. Posteriormente houve outro Projeto de Lei Complementar nº 137 de 1996, do Deputado Roberto Pessoa, que também não prosperou, tendo sido arquivado em 2007 devido ao parecer de inconstitucionalidade da Comissão de Constituição e Justiça.

Pode verificar a aplicabilidade na prática da importância do contrato de responsabilidade civil profissional médica, nos julgamentos abaixo:

CHAMAMENTO AO PROCESSO. Ação indenizatória. Erro médico. Contrato de seguro de responsabilidade civil. Indeferimento reformado. Inteligência do art. 101 II CDC. Possibilidade de chamamento ao processo da seguradora com a qual a fornecedora de serviços tem contrato. Permissão que favorece o consumidor. Recurso provido (SÃO PAULO, 2014, 2013, apud MELO, 2014, p. 304).

Ainda sobre o contrato de seguro de responsabilidade, existe a previsão nas condições gerais das seguradoras que veda os acordos realizados sem o seu consentimento, conforme decisão abaixo: tema:

RECURSO INOMINADO. CONTRATO DE SEGURO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE DENÚNCIAÇÃO DA LIDA À SEGURADORA. Acordo realizado em processo judicial sem a participação ou anuência da seguradora. Proibição legal e contratual expressa. Inexigibilidade da cobertura. Ação improcedente. Sentença reformada. (RIO GRANDE DO SUL, 2013, apud MELO, 2014, p. 304).

Ou ainda, decisão que requer a apresentação da apólice de seguro como requisito para apreciação das alegações da parte: ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. ALEGADO CERCEIO DE DEFESA PELO INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. INOCORRENCI. PEDIDO DE INTERVENÇÃO DA SEGURADORA. APÓLICE NÃO JUNTADA. DOCUMENTO INDISPENSÁVEL PARA A APRECIÇÃO DAS ALEGAÇÕES. RECURSO MAL INSTRUÍDO. ONUS QUE INCUMBIA AO AGRAVANTE. EXEGESE DO ART. 525, INC. II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. I – “Compete ao magistrado da causa, diante dos elementos coligidos nos autos, deliberar sobre a necessidade da prova pericial requerida, não havendo se cogitar de cerceamento de defesa, caso a entenda dispensável ao deslinde da controvérsia”. II – “Apresentando-se o contrato documento indispensável para o exame da controvérsia e deixando o agravante de proceder a sua juntada no agravo de instrumento, impõe-se, com fulcro no art. 525, inc. II, do CPC, o seu não conhecimento”. (SANTA CATARINA, 2013, apud MELO, 2014, p. 305).

Por fim, embora exista uma resistência por parte das entidades das classes médicas para contratação do seguro de responsabilidade civil profissional, devido às limitações de determinadas coberturas, é pertinente o estudo para avanço dessa modalidade contratual. Vez que ao comparar com outros países, como EUA e Argentina, o seguro de responsabilidade atende as exigências dos profissionais de saúde.

4.2 PECULIARIDADES DO CONTRATO DE SEGURO E SUAS VANTAGENS

O contrato de responsabilidade civil profissional possui algumas peculiaridades tais como, *trigger* da apólice, circunstância na qual fica configurada a competência de determinado contrato de seguro para indenizar efetivamente o sinistro no momento da ocorrência do dano durante a vigência da apólice. Nos seguros de responsabilidade civil profissional, essa questão tem particular alcance, já que a modalidade está ligada a sinistros de extensa cobertura, ou seja, o dano ou prejuízo pode ocorrer tempo depois da realização de um determinado ato ou da omissão do segurado. Apólices tradicionais, baseadas nas ocorrências dificilmente atendem perfeitamente este segmento de seguro. Em regra as apólices de seguro de responsabilidade civil profissional são contratadas na base de reclamações – Claims Made – com vários desdobramentos. É comum também apólices da espécie “Primeira Manifestação” ou da “Primeira Descoberta” do dano garantido pela apólice. Atrair a competência da apólice ao “ato cometido” também pode ser encontrado nos diversos modelos do mercado segurador. Entretanto, a apólice contratada a base de reclamações, tem se mostrado ser o melhor modelo para este segmento de risco, já que o dano ocorrido e reclamado durante o período de vigência da será indenizado nos limites das garantias contratadas na apólice.

Ainda, se faz necessário falar da perda de uma chance, risco nem sempre de fácil mensuração ou determinação dos prejuízos, pois muitas vezes, situa-se campo das hipóteses. Como saber se o tratamento e os remédios foram ministrados erroneamente, contribuindo para o resultado danoso, perdendo a chance da cura se outro procedimento tivesse sido utilizado, bem como perdas financeiras puras, que não são decorrentes diretamente do dano material e corporal.

Nessa modalidade de seguro nem sempre ocorrerá o acidente nos moldes ou na forma que tradicionalmente acontece nos seguros de danos e até mesmo em muitas situações de seguros de responsabilidade civil. Os prejuízos cobertos pela apólice podem ficar caracterizados apenas diante da constatação de um erro ou de uma omissão do Segurado, sem que tenha existido um acidente propriamente dito, com repercussão de danos materiais ou mesmo corporais. Assim como na modalidade RC Produtos, o segmento de riscos profissionais está sujeito aos denominados sinistros em série, os quais atingem inúmeros terceiros, de uma só vez, em decorrência de um mesmo fato gerador. Por exemplo, uma empresa de

auditoria, pode prejudicar uma variedade de clientes, ao mesmo tempo, em função de determinada interpretação e orientação errônea a respeito de uma norma tributária qualquer. Normalmente a condição geral das seguradoras, determina que todos os sinistros serão considerados como um único sinistro, qualquer que seja o número de reclamantes, dentro também de um mesmo e único limite de garantia. Se assim não fosse, poderiam acontecer sucessivas reclamações de sinistros, ao longo de anos, comprometendo várias apólices.

Embora não seja comum no Brasil, algumas apólices de seguro, prevêm ainda, o juízo arbitral, porém em outros países a estipulação contratual da arbitragem é muito comum neste tipo de seguro, uma vez que os sinistros se envolvem com questões delicadas e pertinentes a boa ou a má performance de profissionais, nas mais diversas atividades. Na maioria dos casos, o centro da regulação do sinistro está situado na questão de ter havido ou não erro no desempenho da atividade, cuja situação pode ser perfeitamente analisada por um juízo arbitral, composto por profissionais daquela determinada atividade profissional em discussão. A profissão precisa estar ainda, regulamentada de forma que o segurador possa mensurar e avaliar o risco.

Outra questão pertinente é o tempo do exercício da profissão, sendo uma exigência de que o profissional disponha de determinado período de experiência na atividade, de modo que a seguradora não assuma riscos desproporcionais, garantindo a aquisição de experiência ao profissional, por conta do seguro. Este período pode variar de três a cinco anos, dependendo da categoria profissional, sujeito ao questionário de risco de cada seguradora.

Ao mesmo tempo, podem ser encontrados alguns tipos de apólices, como do tipo global, no estilo "*all risks*", - incluindo os danos ou as perdas financeiras de forma geral e indiscriminadas. Tal modelo proporciona ampla cobertura. De outro modo, existem apólices do tipo "*named risks/perils*", através das quais os riscos cobertos são definidos claramente, objetivando as situações e os fatos efetivamente cobertos pela apólice. Nem sempre é possível a redação concreta deste segundo tipo de apólice, uma vez que é difícil prever todas as situações possíveis de coberturas, com base em determinada atividade profissional. A utilização de termos mais abrangentes, limitando a cobertura da apólice através de situações concretas de riscos excluídos tem sido o modelo mais adotado pelo mercado mundial de seguros de responsabilidade civil profissional.

Na maioria das apólices de RCP, tem a cobertura de despesas com a defesa do segurado e constituição de fianças, pois garante a cobertura de defesa e também a constituição de fiança que possa garantir a indenização futura, pois que muitos dos sinistros são reclamados na esfera judicial. Além disso, os danos decorrentes de cirurgia plástica e reparadora, garante apenas os riscos decorrentes de lesões ou mortes causadas durante a cirurgia. Abaixo alguns modelos de cláusulas, retiradas das condições gerais de determinada seguradora:

A – Objeto do Seguro

O presente seguro tem por objetivo pagar os valores relativos a condenações pecuniárias, acordos e despesas de defesa incorridas por conta de reclamação feita por terceiros contra o segurado, em razão da ocorrência de eventos cobertos pela apólice, relacionados a prestação de serviços do segurado, no exercício individual de sua profissão, ou quando contratado como pessoa jurídica;

B – Riscos excluídos – Reclamações decorrentes de serviços realizados com o uso de medicamentos ou substâncias proibidas pela Anvisa. Ficam excluídas as reclamações feitas ao segurado que decorram de serviços realizados com o uso de medicamentos e/ou substâncias proibidas pela Anvisa e comprovadamente constantes em portarias expedidas por este órgão, vigentes a época de sua utilização.

Desse modo, como a sociedade se conscientiza cada vez mais de seus direitos e busca essa reparação do dano, não podendo o judiciário e o legislativo desamparar as vítimas de erros médicos. Deve-se mudar a mentalidade dominante e defender um modelo de contrato de seguro profissional que resguarde o médico das incertezas e os riscos inerentes a sua profissão, permitindo assim uma efetiva e célere indenização as vítimas de erro médico.

Por essa razão, acredita-se que o seguro de responsabilidade civil pode operar positivamente no sentido de manter a incidência de erros médicos em níveis admissíveis, tanto no nível profissional individual quanto ao hospital e clínicas. Somado a isso, as seguradoras devem criar mecanismos para atrair o público alvo, médico, a adquirir essa apólice para proteção do seu patrimônio, reparando o dano causado ao paciente.

Abaixo algumas vantagens citadas por Melo (2014, p. 300), do contrato de seguro profissional:

- Melhor modalidade de liquidação do dano;
- Melhor condição de liberdade e segurança no trabalho;
- Assegura o equilíbrio social e a ordem pública;

- Livra médico e paciente de processos penosos e morosos;
- Corrige o aviltamento patrimonial da vítima;
- Contribui com o superávit do sistema em programas de prevenção do dano;
- Estimula a solidariedade social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo o estudo acerca da problemática do erro médico. Analisado sob a ótica da responsabilidade civil, apresentando a atuação médica desde os primórdios e sua evolução que acompanha as mudanças da sociedade, nas quais muda-se a concepção de que a atuação do médico não pode ser questionada, somada ao distanciamento da relação médico-paciente em virtude da “tecnização”. Essa relação deve ser pautada pela confiança e boa-fé, sendo que o paciente deve aceitar as recomendações e prescrições médicas, bem como o profissional da saúde deve agir com a diligência necessária, empregando as técnicas adequadas para o exercício de sua atividade, informando ao paciente os riscos advindos do tratamento a ser seguido. O médico, considerado um profissional liberal está sujeito as normas previstas no Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Vez que o paciente é consumidor e o médico o prestador de serviço remunerado. Desse modo, a relação médico-paciente está sujeita ao CDC, sendo classificada a sua responsabilidade como subjetiva, mediante a aferição do nexo causal, entre uma falha técnica e o resultado danoso.

Ainda existe a possibilidade da responsabilização pela perda de uma chance, que também deverá ser comprovada pelo paciente. Demonstrando que o médico recomendou tratamento inadequado ou medicação diferente da que deveria ser ministrada, impossibilitando a vítima de obter a cura ou restabelecimento de sua saúde. Além disso, o exercício da atividade médica, não está obrigado a obter determinado resultado, pois entre o médico e paciente existe apenas uma obrigação de meio, contudo, existe obrigação de resultado quando a procedimento cirúrgico for meramente estético, onde deve ser observada a finalidade assumida. Ao profissional da saúde, cabe alegar algumas das excludentes de responsabilidade. Fundamentada no nexo causal, que é relação de causa e efeito entre o descumprimento da obrigação e o dano causado, somado a isso, tem ainda as concausas, que estão sempre presentes e que interferem diretamente no resultado danoso..

Por fim, diante dos conflitos que envolvem esse tema e o dever do médico em indenizar a vítima pelo dano sofrido, o contrato de seguro profissional mostra-se como uma ferramenta adequada para solucionar o problema de forma extrajudicial, através de mecanismos contidos na apólice. Ademais, o trabalho não tem a

pretensão de encerrar as discussões, mas encontrar respostas com embasamento jurídico e doutrinário para as questões aqui discutidas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista Jurídica**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 122-147, jan. 1997.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. Juarez de Oliveira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. **Enunciado 444**. V Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. _____. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SUSEP. **Circular nº 336 de 22 de janeiro de 2007**. Disponível em: <https://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1020:&catid=3>. Acesso em: 29 jun. 2017.

Código de Ética Médica. **Resolução CFM nº 1.931/09**. 2009.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG. **Código de Nuremberg** [Versão em Português no Informe Epidemiológico do SUS Ano IV -1995]. 1947.

ARGO SEGUROS. **Condição Geral – Responsabilidade Civil Profissional – Área da Saúde**. 2017

GARCEZ NETO, Martinho. **Prática da Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Culpa Médica e Ônus da prova**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. v. 1. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 2. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REALE, Miguel. **Código de Ética Médica**, RT 503/47.

Relatório de Sustentabilidade no Setor de Seguros. Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Complementar e Capitalização. 2015.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **A responsabilidade Civil na doutrina e na Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Seguro de responsabilidade civil profissional para médicos, dentistas e/ou auxiliares da medicina à base de reclamações com notificação. – MAPFRE Seguros

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**. 3º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. V.2.