

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

NERI TADEU CAMARA SOUZA

Telefone: 330.8620 e 9958.2009

Rua Vasco da Gama, 585/202

CEP 90420-111

PORTO ALEGRE -RS

E-mail: resp@pro.via-rs.com.br

Site: www.direitomedico.com.br/neri

Graduação em Medicina

Residência em Clínica Médica-Gastroenterologia

Especialização em Administração Hospitalar

Coronel Médico RR da Brigada Militar

Bacharel em Ciências Jurídicas

- ADVOGADO -

**Não sejas muito justo,
nem sejas mais sábio do que é necessário,
para que não percas a razão.**

(Eclesiastes 7,17)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL	06
1.1 Introdução.....	06
1.2 Histórico	07
1.3 Conceito	08
1.4 Considerações Gerais	11
1.5 Teoria Subjetiva da Responsabilidade Civil	13
1.6 Teoria Objetiva da Responsabilidade Civil	15
1.7 Considerações Finais	17
2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO	18
2.1 Introdução.....	18
2.2 Histórico do Erro Médico.....	19
2.3 Teoria da Culpa no Erro médico.....	20
2.4 Natureza Contratual da Relação Médico-Paciente	32
2.5 Natureza Extracontratual da Relação Médico-Paciente	44
2.6 Responsabilidade Civil no Erro Médico por Fato de Terceiro.....	47
2.7 Responsabilidade Civil no Erro Médico por Fato da Coisa.....	49
2.8 Liquidação do Dano	52
2.9 Considerações Finais	59
CONCLUSÃO.....	64
NOTAS.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

INTRODUÇÃO

No Brasil, atualmente, vêm aumentando as demandas jurídicas impetradas por paciente contra os seus médicos. A legislação empregada tem sido a mesma que a utilizada para os casos de responsabilidade civil em geral e essa não tem, em nosso Código, um ordenamento preciso, muito menos no que tange à responsabilidade civil no erro médico. A doutrina tem se notabilizado, salvo um ou outro autor, por ter um enfoque médico e não jurídico, visto que a abordagem do assunto ocorreu, num momento inicial, mais por autores médicos do que por juristas. Nota-se uma mudança nítida nessa tendência, recentemente, embora ainda insuficiente para se considerar que já exista uma doutrina tradicional sobre o tema. Na jurisprudência, as discrepâncias ainda são significativas, tanto que, sobre casos iguais, podem-se esperar decisões judiciais diferentes, reformadas, ou não nas instâncias superiores.

Dentro desse quadro, será apresentada uma sistematização da doutrina, situando-a dentro da legislação existente, convenientemente identificada e, se possível, complementando com a jurisprudência que já tenha sido definida como majoritária.

Para tanto, divide-se o presente trabalho em uma parte geral, a qual aborda a responsabilidade civil no Brasil, objetivando definir os conceitos com que se vai lidar - exprimem a realidade jurídica nacional - em termos de responsabilidade civil.

A seguir, é abordado, especificamente, o tema do trabalho, ou seja, a responsabilidade civil no erro médico, nos aspectos peculiares da culpa desse profissional, a natureza contratual e extracontratual, sua responsabilidade civil por fato de terceiro e por fato da coisa, bem como a liquidação do dano, quando se caracterizar um erro médico.

Na conclusão, à luz do que for explanado, será feita uma síntese sobre os conceitos gerais, através dos quais, atualmente, a responsabilidade civil no erro médico se insere no ordenamento jurídico nacional.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

1.1 Introdução

Inicia-se pelo histórico, necessário para, partindo de uma visão universal da responsabilidade civil, situar a mesma dentro da realidade nacional, até porque sua evolução se insere dentro do desenvolvimento do país como sociedade.

A seguir, conceitua-se a responsabilidade civil, demonstrando o que diferentes doutrinadores consideram ser a responsabilidade civil, juridicamente falando.

A mesma responsabilidade civil é avaliada após, em seus aspectos gerais, tecendo-se, pois, considerações, de interesse doutrinário.

Definem-se, por fim, as características das responsabilidades subjetiva e objetiva, porque ambas são indispensáveis para a compreensão do tema aqui abordado, imprescindíveis para o entendimento da responsabilização civil.

1.2 Histórico

Nas Ordenações do Reino, o direito romano era mandado aplicar como subsidiário ao direito pátrio, ditado pelo artigo 2º da chamada **Lei da Boa Razão** (Lei de 18 de agosto de 1769), que dizia “*que o direito romano servisse de subsídio, nos casos omissos, não por autoridade própria, que não tinha, mas por serem muitas as suas disposições fundadas na boa razão*”. Essa foi a primeira fase do direito positivo brasileiro no que tange à responsabilidade civil.

A seguir, houve com o Código Criminal de 1830, o início da segunda fase, começando a se delinear, com o instituto da “satisfação”, uma concepção do que seja ressarcimento. Sobre isso diz José de Aguiar Dias¹ que estas regras, atualmente, seriam, para os tribunais nacionais, “*orientação segura para apreciar os casos de responsabilidade civil*”.

Uma próxima fase, a terceira, tem início pela genialidade de Teixeira de Freitas, o qual não concordava que a responsabilidade civil estivesse ligada à responsabilidade criminal. Ele observava, em seus escritos, que o ressarcimento do prejuízo ocasionado pelo delito passava a ser abordado como competência da legislação civil. Isso ocorria, segundo ele, em consequência da Lei de 3 de dezembro de 1841 ter derogado o Código Criminal, tendo revogado-lhe o art. 31 e o § 5º do art. 269 do Código de Processo. Nessa mesma época, portanto, o instituto da responsabilidade civil se consolida como independente da responsabilidade criminal, passando, também, a se fundamentar no conceito de culpa, desenvolvendo-se a teoria da responsabilidade indireta, sendo admitida a presunção de culpa no dano causado por coisas inanimadas. Desenvolve-se, na

mesma época, o princípio da responsabilidade dos funcionários públicos.

Dessas idéias e do Código Civil da França o Código Civil Brasileiro de 1916 não deixou de sofrer influência em sua elaboração. Nele, a **teoria da culpa** ficou consagrada no art. 159², mesmo que tenha estabelecido casos específicos de responsabilidade sem culpa.

1.3 Conceito

O conceito de responsabilidade civil é bastante debatido na atualidade. Mas algo pode ser afirmado com certeza, usando as palavras de Pontes de Miranda³: *“Quando fazemos o que não temos o direito de fazer, certo é que cometemos ato lesivo, pois que diminuimos, contra a vontade de alguém, o ativo dos seus direitos, ou lhe elevamos o passivo das obrigações, o que é genericamente o mesmo”*. E diz mais, sobre isso, Pontes de Miranda⁴: *“O que se induz da observação dos fatos é que em todas as sociedades o que se tem por ofensa não deve ficar sem satisfação, sem ressarcimento”*.

Pode haver a responsabilidade tanto no plano jurídico como no plano moral. No plano jurídico, pode ocorrer a responsabilidade jurídica na área penal e na área civil. A responsabilidade jurídica vai emergir quando se der um prejuízo. A reação a esse prejuízo se dá na área penal ou na área civil, conforme o ofendido, titular do direito violado, seja a sociedade ou um indivíduo. No caso de ser a sociedade, a responsabilidade será penal; caso seja um indivíduo, o ofendido, a responsabilidade será civil.

Eis, abordando o tema, a visão de Pontes de Miranda⁵:

“Há fatos que são, no direito penal, delitos, sem o serem no direito civil. Exemplo: a tentativa de assassinio, que constitui crime, mas a que falta o elemento dano para compor a figura do delito civil. Em geral, as contravenções de polícia. A lei civil, a que incumbe restaurar, individualmente (segundo o sistema de direito até agora adotado em linhas gerais, que é o do individualismo jurídico), as situações jurídicas é, pois, reparar danos, somente se preocupa com os danos que se realizaram, com o que efetivamente sucedeu. Não assim o direito penal, a que interessa o próprio dano possível, pois à sua missão social deve caber a vigilância da ordem social”.

Em seu livro “Responsabilidade Civil dos Médicos”, Jerônimo Romanello Neto⁶ diz:

“A reparação civil serve, e deve servir para reintegrar o prejudicado na sua situação patrimonial anterior, em razão do prejuízo experimentado. A reparação penal restitui a ordem social ao estado anterior do ilícito praticado. A responsabilidade civil tende à reparação, a responsabilidade penal tende à punição”.

O dever jurídico da responsabilidade pode basear-se em contrato, fato ou omissão, advindo, assim, tanto da convenção como da norma jurídica. Pode, pois, a responsabilidade civil, singelamente, definir-se como a obrigação de reparar o prejuízo causado a alguém. A responsabilidade civil visa à reparação amparada no princípio *naeminem laedere*. É didática a explicação de Maria Helena Diniz⁷ :

“O vocábulo ‘responsabilidade’ é oriundo do verbo latino respondere, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. Tal termo contém, portanto, a raiz latina spondeo, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor dos contratos verbais”.

Pode-se complementar com o ensinamento de Irineu Antônio Pedrotti⁸:

“Na acepção jurídica responsabilidade corresponde ao dever de responder (do latim respondere) pelos atos próprios e de terceiros, sob proteção legal, e de reparar os danos que forem causados”.

Isso exposto muito ajuda no entendimento e conceituação do que é a responsabilidade civil. A mesma Maria Helena Diniz⁹ define:

“A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

Portanto, havendo um dano, prejuízo, há de ser responsabilizado o causador do mesmo, para que indenize o lesado. Assim, se, por um lado, encontra dificuldade a doutrina para conceituar responsabilidade civil, por outro lado é fácil o entendimento das conseqüências práticas que a mesma faz surgir nas relações sociais. Surge para a pessoa física e jurídica o dever de reparar os danos que causar a outrem.

Bastante felizes foram Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira de Souza¹⁰ que, em seu livro, ao abordarem o conceito de responsabilidade civil, dizem: *“Em estreita síntese, a responsabilidade civil é o fenômeno jurídico que tem o seu nascimento sempre que houver violação de um dever jurídico preexistente, e dessa violação resultar um certo dano a outrem”.*

Não se pode, ao falar de responsabilidade civil, deixar de mencionar que René Savatier¹¹ considera-a como a obrigação que se impõe a certa pessoa de reparar o dano que porventura cause a outrem, por um fato próprio, por fato de outras

pessoas ou coisas que lhe sejam dependentes.

1.4 Considerações Gerais

Nos diversos ordenamentos jurídicos, em nível internacional, não é homogênea a postura frente à responsabilidade civil. Antônio Lindbergh C. Montenegro¹² em sua obra de responsabilidade civil alerta que:

“No estágio atual do direito a responsabilidade civil apresenta tendências diversas de acordo com o desenvolvimento cultural e social dos povos. Nos países do primeiro mundo, assim considerados aqueles de economia forte, verifica-se o fenômeno da diminuição do campo da responsabilidade, com o conseqüente agigantamento de órgãos coletivos de reparação e dos seguros sociais e voluntários. Nos países decadentes, ao contrário, dilata-se a área da responsabilidade civil, mercê de uma legislação demagógica e eleitoreira que, a despeito de proteger as vítimas, entrava o desenvolvimento empresarial, principalmente da pequena empresa”.

Hans Kelsen¹³ ajuda a entender responsabilidade civil dizendo que o indivíduo é obrigado a não causar a outrem qualquer prejuízo com sua conduta mas, no caso de, com essa causar a outrem um dano, tem que indenizar esse prejuízo. Na sua concepção, há dois deveres: como um **dever principal** – não causar prejuízo e como **dever subsidiário** – ressarcir os prejuízos causados. Portanto, o dever de ressarcir prejuízos não é uma sanção, mas toma o lugar do dever principal violado, o de não causar prejuízo a outrem. A indenização compulsória do dano surgirá quando o dever de ressarcir-lo espontaneamente não for cumprido, sendo imposta, como sanção, através do órgão aplicador do Direito.

Diz o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1518, que o causador do dano – ofensa ou violação de direito alheio – responde com os seus bens pela reparação

do prejuízo causado.

É também nele que vem inserta, em seu artigo 159, a noção de responsabilidade civil adotada em nosso ordenamento: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”*

Filiou-se, pois o Código Civil à teoria de que a responsabilidade civil surgirá a partir da constatação de culpa, atingindo a todos que de uma maneira ou outra estejam vinculados ao prejuízo – dano causado. Admite o Código Civil a responsabilidade sem culpa apenas em questões restritas, raras e especialíssimas.

A avaliação da responsabilidade, bem como a verificação da culpa, são reguladas pelo estatuído no Código Civil Brasileiro, nos artigos 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

A obrigação de indenizar surgirá no momento da ocorrência de três pressupostos:

1 – do dano – prejuízo;

2 – o ato ilícito, ou o risco – dependendo da lei exigir ou não a culpa do agente;

3 – o nexo causal entre os dois pressupostos anteriores.

Outro artigo de relevância do Código Civil pátrio é o de número 1056 (*“Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos,*

responde o devedor por perdas e danos”) no regramento dos efeitos da responsabilidade civil.

O fundamento principal da responsabilidade civil está na culpa. Essa, no entanto, tem se mostrado insuficiente para cobrir toda a variedade de prejuízos indenizáveis. Atualmente, os juristas estão convencidos de que a responsabilidade civil construída sobre o conceito de culpa já não satisfaz. Como bem nota Caio Mário da Silva Pereira¹⁴:

“Numa já previsível reforma legislativa, é de antever entre nós que além do ressarcimento fundado no procedimento antijurídico do agente, a ordem jurídica assentará os lineamentos de uma doutrina que comporte hipótese várias de responsabilidade a que é estranha a culpa do agente. E, na verdade, o Projeto do Código de Obrigações consignou duplo fundamento ao princípio da responsabilidade: a culpa, o risco objetivamente considerados. O Projeto de Código Civil de 1975, aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984, abrigou a solução que preconizamos”.

1.5 Teoria Subjetiva da Responsabilidade Civil

Nesta teoria a responsabilidade civil está embasada, em todos os casos, na presença certa de culpa por parte do agente do ato que causou o dano. Chama-se de subjetiva em virtude de estar caracterizada na pessoa um aspecto volitivo interno, ou, pelo menos, revelar-se, mesmo de uma maneira tênue, uma conduta antijurídica. O agente do prejuízo quer o resultado danoso ou assume o risco de que ele ocorra, ou ainda atua com imprudência, negligência ou imperícia. Ocorreria, no primeiro caso, dolo e no segundo caso, culpa. A legislação admite-os, na prática, como equivalentes, com o nome comum de *culpa*.

A conduta do agente responsável pelo dano estaria sempre viciada pela culpa. Está, assim, esse agente obrigado a ressarcir o prejuízo quando seus atos ou fatos sejam lesivos a direito ou interesse alheio, desde que possa ser considerado culposos – com culpa - o seu modo de agir.

Como ensina Oscar Ivan Prux¹⁵:

“A importância da culpa vem desde tempos remotos, sendo amparada na noção de que ninguém deve ser punido se não demonstrado que quis o dano (caso de dolo) ou que, por sua ação omissiva ou comissiva, deu ensejo a ele”.

A teoria subjetiva fundamenta a responsabilidade, pois, na culpa que, uma vez provada, ou em certos casos presumida, dá ensejo a uma indenização, encontrando respaldo, especialmente, no art. 159 do Código Civil Brasileiro. A essa teoria filiou-se o Código Civil pátrio. Por esse motivo, a princípio, a responsabilidade civil surgirá da comprovação de culpa, incidindo em todos aqueles que, de um ou outro modo, estejam ligados ao prejuízo causado.

Sobre isso acentua Caio Mário da Silva Pereira¹⁶:

“No desenvolvimento da noção genérica de responsabilidade civil, em todos os tempos, sobressai o dever de reparar o dano causado. Vige, ao propósito, pacificidade exemplar. Onde surge a divergência, originando as correntes que dividem os autores, é na fundamentação do dever ressarcitório, dando lugar à teoria da culpa ou responsabilidade subjetiva.

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características.

Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o

dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente”.

A culpa em um dado episódio danoso pode ser do lesante, do lesado, ou de ambos – lesante e lesado. Se houve uma parcela de culpa de cada um na ocorrência do prejuízo, pela teoria subjetiva aplicada ao caso, será atribuído proporcionalmente o ônus da recomposição, na medida exata da contribuição de cada um no resultado final danoso.

1.6 Teoria Objetiva da Responsabilidade Civil

A existência fática do dano, sem indagar a existência de culpa, como acontece na teoria subjetiva, é a característica da responsabilidade objetiva. Ou seja, não é necessária a presença da culpa a estabelecer o nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo por ele causado. O agente responsável por um ato lesivo, que colocar em risco algum bem jurídico de outrem, através desse ato, será, pois, considerado o elemento gerador de um dever de indenizar o dano que, porventura, causar ao lesado. Torna-se necessário, apenas, um nexo causal entre o ato do agente e o dano causado ao lesado. Em essência essa teoria está vinculada à idéia do risco – quem provoca uma lesão ao valor alheio é, *ipso facto*, responsável pelo ressarcimento do lesado. Essa obrigação pela recomposição do prejuízo independe da verificação – comprovação – de culpa na conduta do agente lesante. A culpa é presumida pela legislação ou simplesmente é dispensada a sua comprovação. É suficiente ter ocorrido o dano e sua associação à conduta que o causou, para haver a responsabilidade. Portanto, a responsabilidade objetiva se caracteriza por ser independente da presença de culpa, no agir do que ocasionou a lesão, mas não prescinde da presença dos demais elementos da responsabilidade

civil. Tem que haver nexos causal adequado entre a atividade do que causou o dano e a lesão. Essa teoria é conhecida como responsabilidade sem culpa. No Código Civil nacional, a excepcionalidade da presença da teoria objetiva é evidente. Como exemplo típico aparece a responsabilidade que cabe aos patrões e comitentes em caso de atos praticados por seus empregados e prepostos, que está expressa no Código Civil, em seu artigo 1521, inciso III: *“São também responsáveis pela reparação civil: III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522);”*.

Sobre isso é conveniente transcrever o que dizem Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza¹⁷:

“Importantíssimo que se tenha em mente, portanto, que a responsabilidade objetiva coexiste com a subjetiva, e que, não obstante a responsabilidade com culpa subsistir como regra geral, a responsabilidade objetiva vem crescendo no seio da sociedade moderna, em vários países do mundo, sendo que no ordenamento pátrio, encontra-se prevista em várias legislações especiais”.

Enfim, vale mencionar, também, o que, sobre a responsabilidade objetiva, diz Antônio Lindbergh Montenegro¹⁸: *“Na segunda hipótese, a responsabilidade (objetiva) se assenta na implantação de um determinado risco da coisa ou da empresa, em razão de um prejuízo injusto causado a outrem”*.

Por isso, a responsabilidade objetiva também é denominada responsabilidade pelo risco (teoria do risco). Sobre a teoria objetiva da responsabilidade civil, conclui-se com o didático – e sistemático - esclarecimento do mesmo Antonio Lindbergh Montenegro¹⁹:

“Há também os que preferem estabelecer distinção entre responsabilidade objetiva, responsabilidade pelo risco, responsabilidade sem culpa.

Na responsabilidade objetiva o fundamento da indenização decorreria da existência de um evento lesivo ligado ao agente por um nexo de causalidade.

A responsabilidade pelo risco teria o seu suporte em um risco específico, de perigo geral, produzido pela atividade do homem, de tal sorte que incidiriam a em seu campo de ação tão somente os riscos imprevisíveis ou excepcionais.

Para minimizar questões mais de ordem bizantina do que técnico-jurídica, a doutrina passou a empregar o termo responsabilidade sem culpa para abarcar todas as hipóteses que escapassem da órbita da responsabilidade subjetiva”.

1.7 Considerações Finais

O que se nota, em momentos distintos, no Brasil, é que houve uma modificação gradativa, ficando a responsabilidade civil, progressivamente, bem individualizada, indo de uma indefinição quanto a sua autonomia dentro do ordenamento jurídico nacional para uma posição isolada da responsabilidade penal. E, sempre espelhando-se, bastante, na responsabilidade civil, como encarada no sistema jurídico francês, definiu-se bem a distinção entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva. No Código brasileiro instalou-se, regra geral, a responsabilidade subjetiva – pela culpa - mas havendo legislações especiais com uso, na responsabilização do agente, da responsabilidade objetiva. Um bom exemplo é o Código de Defesa do Consumidor, que admite a responsabilização subjetiva, exigindo a averiguação da culpa dos profissionais liberais, vigendo, integralmente, porém, em relação aos demais fornecedores de produtos e serviços a responsabilidade objetiva nas relações de consumo.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

2.1 Introdução

A abordagem do tema erro médico, visando a uma sistematização no raciocínio se dará partindo do geral, antecedido por um breve histórico do erro médico, ou seja, expondo inicialmente como se caracteriza, conceitualmente, dentro dos conceitos jurídicos, a existência de conduta irregular do médico que faz nascer o dever de indenizar ao paciente que sofrer prejuízo. A necessidade da presença de culpa, no proceder do profissional médico, será objeto de avaliação.

Após, serão analisadas as características negociais da relação médico-paciente, através da demonstração dos aspectos contratuais e extracontratuais, porventura existentes nesta relação jurídica.

Devido às peculiaridades do trabalho médico abordam-se também suas ligações com terceiros e coisas, nos aspectos de responsabilidade civil, face ao ordenamento jurídico.

Por fim, serão alvo de análise aspectos da liquidação do dano no erro médico.

2.2 Histórico do Erro Médico

É lícito, por esclarecedor, iniciar-se pelo que dizem Delton Croce e Delton Croce Júnior²⁰:

“É assaz difícil convictamente falar que, nos primórdios da humanidade, no que pertine ao castigo da imprudência médica, existiam preceitos que regulavam de modo específico o dano, a lesão e o homicídio culposo, como forma de vingança privada, primitiva, selvagem, de reação contra o prejuízo sofrido, pois dominava então o materialismo no Direito, com a proclamação do princípio geral do castigo como conseqüência imediata do dano”.

Também são os mesmos autores que dizem que, em seguida, começaram os povos da antigüidade a elaborar legislação que regresse a conduta profissional da atividade médica. Assim, o Código de Hamurabi (1686 – 1750 a.C.) –elaborado pelo rei da Babilônia – em cujo art. 218 está a lei do Talião que previa penas severas como amputação das mãos, entre outras, aos cirurgiões que não tivessem sucesso nos seus procedimentos. Igualmente, tinham os cirurgiões punição prevista no Código de Ur-Nammu (2111 – 2084 a.C.) – em seu artigo 625 referia-se à responsabilidade do médico - no Código de Manu, da Índia, com data incerta de promulgação, mas calculada aproximadamente entre os anos 1300 e 800 a.C. , no Cho-King dos chineses, na Lei de Zoroastro, sendo econômica a penalização. O Talmude implantou a multa, prisão e imposição de castigos físicos. No Egito, ao lado da elevada posição que desfrutavam, os médicos tinham um livro com regras estabelecidas para seu exercício profissional. Se não as observassem eram punidos com a morte. A Lei *Aquila*, entre os romanos obrigava o médico a indenizar se um escravo morria sob seus cuidados; também o médico que agisse com imperícia ou negligência era exilado ou deportado. Persistiram na Idade Média as pesadas sanções aos médicos. No início do século XIX, o Código Civil Francês

introduziu a regulamentação dos atos humanos prejudiciais a outrem. A obrigação de indenizar passou a ser conseqüência de qualquer ato humano, quando causasse dano e, por analogia, os médicos passaram a ser incriminados por sua imprudência ou negligência. Em 1829, a Academia de Paris proclamou a exclusiva responsabilidade moral e não econômica, quase extinguindo a necessidade do médico indenizar os seus erros – salvo erro grosseiro e inescusável. Isso não durou muito e em 20 de maio de 1836, na França, a jurisprudência sobre responsabilidade médica tornou-se palpável através do aresto de André Marie Jean-Jacques Dupin, Procurador-Geral da Câmara Civil da Corte de Cassação de Paris, que estabeleceu bem a necessidade de se submeter à apreciação judicial a possibilidade do erro médico e afirmava: *“Cada profissão encerra em seu seio, homens dos quais ela se orgulha e outros que ela renega”*.

2.3 Teoria da Culpa no Erro Médico

Tem-se que concordar com o que diz Hildegard Taggesell Giostrì²¹, em seu livro *Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada* pois, fora de dúvida, a responsabilidade no erro médico segue os mesmos ditames gerais da responsabilidade civil genérica, ou seja, é obrigação de quem, consciente e capaz, praticar uma conduta, de maneira livre, com intenção de fazê-lo ou com simples culpa, ressarcir obrigatoriamente os prejuízos decorrentes do seu ato.

Mas, em se tratando de responsabilidade civil no erro médico é indispensável uma prova inequívoca de que houve culpa no proceder do médico. É atribuição do paciente (autor, vítima) fazer prova de que o profissional médico laborou com culpa.

Isso porque o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1545²² (e art. 159 do mesmo Código), adotou a teoria subjetiva – teoria da culpa - que depende da presença de culpa no agir do agente causador do dano, no caso, o médico. Daí a definição de erro médico dada por Júlio Cezar Meirelles Gomes e Genival Veloso França em sua obra “*Erro Médico*”²³:

“Erro Médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.

A imperícia, a imprudência ou a negligência, estando presentes em um ato médico que cause dano a um paciente, caracterizam a presença de culpa. Mas essa culpa tem que ser provada pelo paciente, é seu o ônus da prova. Como diz Miguel Kfoury Neto²⁴: “*Segundo a teoria subjetiva, esposada pelo nosso Código Civil especialmente em seus arts. 159 e 1.545, à vítima incumbe provar o dolo ou culpa stricto sensu do agente, para obter a reparação do dano*”. Sobre isso, é conveniente acrescentar o que diz A. Siqueira Montalvão²⁵: “*Para a caracterização da culpa médica, basta a simples voluntariedade de conduta, sendo portanto a intenção desnecessária, pois, a culpa ainda que levíssima obriga a se indenizar*”. Mesmo que, em se tratando de vida humana, não se admita culpa “*pequena ou levíssima*”, sem a prova desse elemento subjetivo da responsabilidade civil, a culpa, tudo há de ser debitado ao infortúnio.

Nesse sentido também comenta Vera Maria Jacob de Fradera²⁶:

“A consideração da natureza da responsabilidade médica como contratual não tem como efeito tornar presumível a culpa. É ao paciente, ou, se for o caso, a seus familiares que incumbe demonstrar a inexecução da obrigação, por parte do profissional. Provada a culpa do profissional com relação aos cuidados

dispensados ao doente, será aquele constrangido à reparação do dano causado”.

Em acórdão, do qual a ementa vai abaixo transcrita, evidencia-se a necessidade da demonstração, via de regra, da culpa na conduta do profissional em casos de erro médico:

*“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO ESTÉTICO. ERRO MÉDICO NÃO-CONFIGURADO. O tratamento ministrado a paciente sendo o adequado à moléstia apresentada, submetido com as cautelas recomendadas e não havendo prova de ter o profissional da medicina se equivocado, por imprudência, negligência ou imperícia, ao ministrá-lo, não há como pretender a obrigação de indenizar, porque não configurado comportamento culposos que implique responsabilidade civil. Recurso improvido”.*²⁷

Essa culpa, emergindo do artigo 1545 do Código Civil pátrio que abraçou a teoria da culpa, no que se refere a médicos, consiste num agir ou não agir consciente, voltado à busca de um resultado determinado (é um querer deliberadamente realizar certa conduta) ou quando a imprudência, imperícia ou negligência estiverem presentes nos atos desses profissionais. A negligência, do latim *neglegentia* (de *neglegera*) tem característica omissiva – é um ato de omissão aos deveres que um caso exigir – seria uma abstenção do comportamento indicado para aquela situação – um não agir (inação, inércia, indolência, preguiça psíquica); a imprudência, do latim *imprudencia*, tem característica comissiva – é um ato precipitado, intempestivo, irrefletido – seria um agir sem a cautela necessária no caso; a imperícia, do latim *imperitia* (de *imperitus*), se caracteriza por um agir sem conhecimentos técnicos suficientes ou com má aplicação dos conhecimentos que possuir – seria uma falta de maestria na profissão – é um agir incompetente, inábil. Uma dessas formas de culpa deve estar no agir do médico, em caso de erro, como diz o acórdão²⁸: *“Para efeito de responsabilização por erro médico, é cediço que a*

culpa, em uma de suas formas tradicionais, há que ficar devidamente comprovada”.

Ensina Miguel Kfoury Neto²⁹:

“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”.

É o que acontece no erro profissional, pois sendo o erro, intrínseco às insuficiências da profissão médica e às características do ser humano, como paciente, o erro existe e acontecerá. Nesse caso não pode a culpa pelo mesmo ser imputada ao médico. É escusável tal erro – e invencível. Há que se diferenciar entre um erro que resulte de algo imprevisível, tendo o médico, cômico de seus deveres, atuado com as precauções devidas, dentro do razoável para as circunstâncias, que pode-se chamar de erro honesto, daquele erro que vem acompanhado da culpa – erro culposo - resultando em lesão aos direitos do paciente, que teriam sido evitados com uma atitude profissional competente, ou seja, não caracterizada pelo agir com imprudência, negligência ou imperícia.

Compete ao juiz, pois, verificar se houve culpa e, sobre isso, é conveniente lembrar o que diz, em seu livro, Suzana Lisbôa Lumertz³⁰: *“Não é preciso que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa”.* Tem que haver certeza na presença de culpa, no agir do médico como, também, assevera o acórdão³¹: *“A atribuição de responsabilidade e condenação por erro médico exige elementos objetivos e seguros e não meras possibilidades ou conjecturas de que males que*

surgem após a intervenção médica sejam frutos dessa intervenção”.

Esse agir culposo do médico necessita do nexo causal, ou seja, deve ser o causador do dano ao paciente. Assim, tem-se os três pressupostos da responsabilidade civil, no caso, do médico, o **ato lesivo** (culposo), o **dano** e o **nexo causal**. Esses, quando ocorrem juntos, geram a obrigação de indenizar. Na falta de um deles, no caso o nexo causal, não há porque haver indenização, como bem ilustra o acórdão em sua ementa:

*“APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A AÇÃO DO MÉDICO E O RESULTADO. Ausente o nexo causal entre a ação e o resultado, resta afastada a responsabilidade civil do médico. Apelo desprovido”.*³²

Também nesse sentido há o acórdão³³: *“Entendo, assim, não ter agido com culpa o demandado em qualquer de suas formas. O nexo causal está ausente”.*

A teoria da *res ipsa loquitur*, ou *in re ipsa* ou *“de que a coisa fala por si mesma”* é aplicada quando ocorre prejuízo, por fatos que não causariam dano, a não ser que o agente lesante tenha obrado com culpa (qualquer forma). Nesses casos o juiz – diante da evidência de erro médico (podendo até mesmo serem dispensados os peritos) – chega à ilação e admite a culpa do profissional, como uma evidência circunstancial, de que tal fato não teria acontecido sem a culpa do médico. Isso ocorre, por exemplo, em caso de morte do doente ou amputação de um membro. Há, assim, presunção de culpa contra o médico, conforme o seguinte acórdão:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE MÉDICA. OFTALMOLOGISTA. CIRURGIA ELETIVA DE CORREÇÃO DE MIOPIA. SUBSEQÜENTE PERDA DA VISÃO. APLICAÇÃO DA DOCTRINA DA CULPA IN RE IPSA. DANOS MATERIAIS E

MORAIS. Merece ser acolhida pretensão de indenização (por gastos médicos e de terapia psicológica) e de reparação (por dano moral) de quem submetendo-se a cirurgia de eleição, para correção de deficiência em um dos olhos, vem a obter, como resultado, a perda de visão. Ainda que se não flagre aí uma obrigação de resultado, inegavelmente dessa se aproxima a denominada cirurgia funcional, merecendo ser responsabilizado o médico que, por razões insuficientemente comprovadas, não só não logra êxito - que não lhe era exigido - mas termina por deixar o paciente em situação extremamente pior do que se encontrava anteriormente, pois sem visão justamente no olho operado. Merece prestígio, em casos que tais, a doutrina da culpa in re ipsa, na medida em que o sistema de responsabilidade civil do médico é o da responsabilidade subjetiva (art. 1545 do Código Civil).³⁴

Também tem por objeto a avaliação da culpa a teoria da “perda de uma chance” (*perte d’une chance*³⁵). Admite-se, nessa teoria, que a culpa do médico tenha comprometido as possibilidades de viver do paciente ou a sua integridade. O juiz não precisa estar convencido de que o prejuízo – lesão – ao paciente foi causado por culpa do médico, pois, segundo essa teoria, é necessário apenas a dúvida de que isso aconteceu por culpa do médico. Há, assim, aqui também, presunção de culpa contra o médico. Os tribunais aceitam o nexos causal existente entre dano e culpa, pois ela se constitui no fato de não ter dado o médico todas as oportunidades ao paciente. O doente não teve todas as chances a que tinha direito de se recuperar. A referida teoria tem sua aplicação, em nossos Tribunais, bem demonstrada através da transcrição da ementa de acórdão que tem por relator conhecido jurista gaúcho:

“Responsabilidade civil. Falha do atendimento hospitalar. Paciente portador de pneumonia bilateral. Tratamento domiciliar ao invés de hospitalar. Perda de uma chance. É responsável pelos danos, patrimoniais e morais, derivados da morte do paciente, o hospital, por ato de médico de seu corpo clínico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomenda tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo, pois, deste modo, privou-o da chance (perte d’une chance) de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. 2. Apelação provida. voto vencido”.³⁶

A teoria da culpa nem sempre é conveniente na abordagem do médico em

sua atividade como profissional liberal, conforme nos explana Oscar Ivan Prux³⁷:

“A teoria da culpa não é adequada para ser aplicada em todos os casos de responsabilidade civil de ordem pessoal dos profissionais liberais. Nas obrigações “de resultado”, ela se revela inadequada e, nas agressões aos direitos dos consumidores que são perpetradas através de condutas e práticas de mercado (na oferta, na propaganda enganosa, na cobrança de dívidas, no uso de práticas e cláusulas abusivas, etc.) ela se revela além de inadequada, quase impertinente.

Exemplo: por dispositivo expresso do Código de Defesa do Consumidor (art. 38), havendo publicidade/propaganda que seja enganosa, quem tem de provar a veracidade da mesma é o fornecedor, logo a teoria subjetiva fundada na demonstração antecipada da culpa por parte de quem acusa, revela-se, nesse caso, ser totalmente inadequada até impertinente”.

No Projeto atual de Código Civil Brasileiro, a teoria da culpa é mantida. Nota-se porém, a supressão do art. 1545 do Código Civil Brasileiro vigente,³⁸ tendo a responsabilidade civil no erro médico, nesse Projeto, seu regramento englobado na legislação geral da responsabilidade civil. Nele os artigos que tratam deste assunto são: arts. 929 a 945, que regram a obrigação de indenizar e os arts. 946 a 956, os quais tratam da indenização nos casos de responsabilidade civil. O Senado Federal, ao analisar o projeto, no parecer de nº 842, de 1997, esquematizou o tema da seguinte maneira: *“Parte Especial Livro I - Do Direito das Obrigações, Capítulo I – Da Obrigação de Indenizar, arts. 926 a 942 e Capítulo II – Da Indenização, arts. 943 a 953”.*

Nota-se, pela leitura do Projeto, uma preocupação em aumentar a amplitude do conceito de dano – prejuízo – abrangendo também o dano moral. O vocábulo **dano**, etimologicamente, vem de *demere* que significa tirar, apoucar, diminuir. Assim, classicamente, seria como uma diminuição do patrimônio, tanto do ponto de vista material, como do ponto de vista moral.

Para satisfação do dano, na responsabilização do profissional médico na área civil, tem que ser feita prova da sua culpa. Mas há necessidade de lesão, pelo ato médico –nexo de causalidade - a um bem jurídico, contrariando assim o princípio: *neminem laedere*. As provas têm a função de fazer emergir esse liame. Tem que haver relação de causa e efeito entre o agir do médico e o dano verificado. Pelo Código Civil pátrio, somente os danos diretos e efetivos são passíveis de serem ressarcidos pelo causador do *damnum*. É necessária uma conduta com culpa em sentido estrito – e a previsibilidade (evitabilidade do procedimento antijurídico) constitui o ponto nuclear da culpa - sendo com esse proceder violada uma norma com um conseqüente resultado lesivo. Não havendo *damnum*, não haverá lugar para configuração de delito, salvo se a conduta do médico, por si só, já é prevista como fato punível. Caso contrário, para se configurar o delito precisa acontecer a transgressão ao dever de, na vida de relação, evitar danos a interesses e bens alheios. O agir com imperícia, imprudência ou negligência é a ação delituosa que a norma proíbe no caso de erro médico.

Há necessidade de ressarcimento de dois tipos de dano: a saber, o patrimonial e o moral. O Código Civil vigente refere-se às perdas e danos que nada mais são que os prejuízos decorrentes, para o paciente, do erro médico. A palavra **dano** tem significação ampla no Código Civil Pátrio atual, abrangendo tanto os danos materiais (lesão aos direitos reais e pessoais), como os danos morais (direitos da personalidade e da família). Nesses está incluído, como espécie, o dano estético³⁹. Se qualquer desses danos ocorre, por erro médico, há necessidade de averiguar-se qual a repercussão econômica negativa que causaram ao paciente – vítima do erro médico. Sendo o dano material (incluindo o dano emergente⁴⁰ e os

lucros cessantes⁴¹), será indenizável pelo valor da detrimência no patrimônio do paciente. Sobre os lucros cessantes, diz Jurandir Sebastião⁴²: *“Perspectivas de ganho futuro ou lucro potencial, hipotético e aleatório, não são contempladas”*.

O dano moral ficou, a partir da Constituição Federal de 1988, admitido explicitamente no art. 5º, inciso X⁴³, e será o valor da indenização determinado em juízo. Ensina-nos José de Aguiar Dias⁴⁴: *“Ora, o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada”*. É conclusivo o que diz Miguel Kfoury Neto⁴⁵: *“O dano moral puro gera obrigação de reparar à luz do art. 159, do C.C., que não distingue entre direitos patrimoniais e não patrimoniais”*.

Excluem a responsabilidade do médico o caso fortuito e a força maior, a interferência de terceiros, agindo com dolo ou culpa e não estando subordinados ao médico e a conduta com culpa do paciente, alterando assim, essas situações citadas, a relação de causalidade. Se houver culpa exclusiva do paciente a relação de responsabilidade, envolvendo o médico, desaparece.

Em caso de culpa concorrente – médico e paciente – não vai haver exclusão da responsabilidade, mas cada uma das partes, envolvidas no atendimento médico, vai responder por uma parcela da culpa que lhe couber. A responsabilidade vai ser bipartida entre o profissional médico e seu cliente. Nesse caso, o dever de indenizar, por parte do médico, pode diminuir, se o paciente contribuiu para a produção do evento danoso. Isso pode acontecer, por exemplo, no caso de o paciente não seguir as orientações médicas ou omitir ao médico informações importantes. O concurso de culpas caracteriza uma concorrência de

responsabilidades que justificam uma diminuição do valor da indenização – princípio da indenização proporcional nos casos de responsabilidade concorrente. Não consta no atual Código Civil, mas o Projeto do Código Civil, que tramita no Congresso, explicitou o princípio em seu artigo 947: “*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*”. Esse princípio se explica pela análise através da teoria da causalidade adequada⁴⁶, ou seja, o que é levado em consideração é o grau de causalidade bilateral – cada um é responsabilizado apenas pela parcela do *damnum* da qual foi o causador. Por ter força jurídica, por lógico e justo, a aplicação desse princípio da indenização proporcional, mesmo ausente no atual direito positivo brasileiro, tem aplicabilidade na prática judiciária. Portanto, a conduta do paciente é considerada na avaliação da culpa, como afirma o acórdão⁴⁷: “*Por óbvio tudo pode ser afastado ao longo do feito, posto que vários fatores deverão de ser examinados, desde a conduta dos agravados como também a cooperação positiva ou negativa da paciente para sua recuperação*”.

Exoneram, também, o médico, da responsabilidade civil, em caso de dano ao paciente, a força maior ou o caso fortuito. A força maior considera-se um fato natural, superior às forças humanas, não sendo possível ao ser humano evitar sua ação e conseqüências, apesar de identificada e previsível. Não se resiste a ele mesmo que se queira. Portanto, a força maior se caracteriza por ser um evento externo à relação médico-paciente, ao contrário do caso fortuito, em que a característica é haver um acontecimento inerente à pessoa humana. Por isso, Rogério Marrone de Castro Sampaio⁴⁸ chama a força maior de *fortuito externo*. Ao caso fortuito ele chama de *fortuito interno*. O caso fortuito é aquele fato que decorre

da conduta humana, tendo como característica não poder ser previsto e evitado pelos participantes da relação médico-paciente. Assim, independe a sua ocorrência tanto do médico, como do paciente. É obra do acaso – não esperado na conjuntura do que está ocorrendo em um determinado momento. Não há, em qualquer instante, a atuação culposa do profissional médico, tanto no caso fortuito, como na força maior. Ambos, caso fortuito e força maior causam a mesma ação de liberar o médico do cumprimento da obrigação contratual. Há exoneração da responsabilidade civil do médico se a lesão ao paciente é decorrente de caso fortuito ou força maior. O Código Civil Brasileiro incluiu ambos em seu art. 1058⁴⁹ pois, mesmo diferentes, suas conseqüências, seus aspectos práticos são os mesmos.

Há independência entre as responsabilidades civil e penal, é o que se depreende da abordagem que faz Fabrício Zamprogna Matielo⁵⁰ das repercussões da sentença penal na área cível. Mas, a culpa estando juridicamente determinada, advindo daí uma condenação em termos penais, há efeitos na área cível, tanto em uma ação por erro médico, como em qualquer outra causa de responsabilização civil por dano a outrem. Semelhante é a natureza jurídica da repercussão penal na área cível, quer se trate de erro médico ou ação de responsabilidade civil em geral. O art. 1525 do Código Civil assim dispõe sobre essa repercussão: “*A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime*”. No caso de uma decisão penal condenatória, transitada em julgado, esta será utilizada na área cível como um título executivo, ou seja, há dispensa da instauração de processo de conhecimento para decidir sobre a matéria, já que o mesmo se fez na área penal. Tem o paciente,

com a sentença condenatória na área criminal, em suas mãos, um título executivo judicial (art. 584 do Código de Processo Civil, em seu inciso II⁵¹). Cabe a execução desse, através do competente processo, para ser ressarcido dos danos que sofreu com o erro médico.

Caso a sentença penal for absolutória (dispõe sobre isso o art. 386 do Código de Processo Penal, em seus incisos de I a VI⁵²) por insuficiência de provas, cabe a devida ação cível por parte do paciente. Pode, através de um processo de conhecimento, demonstrar no juízo cível a validade da sua pretensão de ressarcimento por danos decorrentes de erro médico. Compete ao paciente provar a existência do fato, que lhe causou dano, e a culpa do médico em demanda no juízo cível. Nesse sentido, expõe-se a ementa de acórdão: *“Responsabilidade civil. Erro médico. Absolvição criminal. Desimporta, aos efeitos da perquirição da responsabilidade civil, que tenha sido o agente absolvido na esfera penal, especialmente se o foi com fundamento no inciso VI do art. 386 do CPP (insuficiência de provas). Danos materiais e lucros cessantes”*.⁵³

Na hipótese de sentença absolutória por comprovada inexistência do fato alegado pelo paciente, torna-se inviável juridicamente qualquer demanda cível. A coisa julgada, nesse caso, impede a pretensão, em termos de responsabilidade civil, conforme disposto na segunda parte do art. 1525 do Código Civil. Se for o caso de absolvição, por falta de prova conclusiva de que tenha acontecido o fato, aberto está o caminho para a lide jurídica. Na área cível caberá a demanda por ressarcimento, por parte do paciente. Caberá ao autor da ação fazer as provas da existência do fato.

Na eventualidade da ação penal concluir que o fato atribuído ao médico não se constitui num crime, danos porventura atribuídos, pelo paciente, como de autoria do médico, podem ter sua indenização reivindicada na área do juízo cível.

É válido citar, por ilustrativo, os casos de absolvição do médico por crime impossível (em que o paciente que sofreu danos pode, assim mesmo, pleitear ressarcimento na área cível), de falta de previsão daquela conduta do médico no Código Penal (o paciente também terá, sempre, o juízo cível como possibilidade para se recompor do prejuízo sofrido), de exclusão do dolo na conduta do médico (há possibilidade de ressarcimento no juízo cível), de presença de discriminantes putativas (também pode ser instaurada a devida ação civil de responsabilização civil) e de coação irresistível ou ordem hierárquica (o responsável pelo ressarcimento é o autor da ordem ou o responsável pela coação).

O prazo prescricional para ingressar com uma ação de indenização pelos danos sofridos por parte do paciente é regulado pelo art. 177 do Código Civil pátrio, que estabelece ser vintenária a prescrição. O prazo passa a ser contado da constatação do dano. Sobre isso manifesta-se José de Aguiar Dias⁵⁴:

“A duração do prazo prescricional da ação de reparação do dano é objeto de severas críticas por parte de muitos juristas, que censuram no legislador conservar, em face do ritmo da vida moderna, critério cabível nos remotos tempos em que as comunicações se resumiam na precariedade e na lentidão das viagens a cavalo”.

2.4 Natureza Contratual da Relação Médico-Paciente

A respeito da natureza contratual da relação médico-paciente, diz Fabrício Zamprogna Matielo⁵⁵ em sua obra *Responsabilidade Civil do Médico*:

“Durante longo período houve intensa discussão em torno da natureza jurídica da relação médico/paciente. Isso ocorreu porque o legislador inseriu o erro médico entre os atos que ensejariam indenização tendo em vista a sua ilicitude, e não como derivação da simples inobservância ou descumprimento de obrigação previamente assumida”.

Discussão que não mais existe, como nos ensina Rene Savatier⁵⁶, em tradução do autor:

“Entre o médico e o paciente estabelece-se um contrato. Do conteúdo desse contrato, depende a responsabilidade de um frente ao outro; se apresenta portanto como uma responsabilidade contratual. Após muito tempo decidindo o contrário, a Corte de cassação reconheceu esse princípio. E os tribunais e cortes de apelação são também unânimes em confirmá-lo”⁵⁷.

Como também afirma Miguel Kfoury Neto⁵⁸: *“Apesar de o Código Civil Brasileiro colocar a responsabilidade médica entre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar-se a responsabilidade médica como ex contractu”.*

Já em 1991, dizia o mesmo Reynaldo Andrade da Silveira⁵⁹:

“Primeiramente, impõe-se situar a responsabilidade civil do médico, como do tipo de responsabilidade contratual. Muito já se discutiu na doutrina, com reflexos na jurisprudência dos tribunais, sobre a responsabilidade do profissional da medicina seria contratual ou extracontratual. Hoje já não mais paira dúvidas a respeito dessa responsabilidade”.

Pensa assim, também, Pontes de Miranda⁶⁰: *“A responsabilidade dos médicos e cirurgiões é contratual”.*

De grande aplicação no sistema jurídico brasileiro, no que tange à atividade do médico, é importante observar no direito português, o que diz Carlos Ferreira de Almeida⁶¹:

“As chamadas ‘marcações’ de consultas e de análises, feitas pessoalmente ou pelo telefone, pelo doente ou por seu representante perante empregado do médico ou da clínica, envolvem portanto celebração de um contrato que, ficando desde logo concluído, obriga ambas as partes. O médico que não compareça no dia e hora marcados (com oscilações aceitáveis de harmonia com os ditames da boa-fé) ou que ‘adie’ a consulta incumpre esse contrato. O doente que não compareça ao exame ou consulta marcados coloca-se igualmente em situação de incumprimento”.

Isso é bem complementado pelo que se transcreve de acórdão⁶²:

“Desinteressa saber se o paciente teve contato ou não com o médico. No momento em que o médico assumiu o mister de fazer a cirurgia, há um contrato implícito com outras pessoas, ele assumiu o dever de empregar todo o seu conhecimento e o mínimo de cuidados que um cirurgião que se preza deve ter”.

Tanto contrato é, que aceita transação entre as partes, como diz o acórdão⁶³:

“Ou seja, as partes envolvidas na relação jurídica médico-paciente resolveram transacionar e resolver a questão que estava a surgir, e que poderia terminar em conflito judicial, mediante recíprocas concessões, nos precisos termos do art. 1025⁶⁴ do Código Civil. Ou seja, realizaram um ato jurídico, fazendo-se concessões mútuas, objetivando evitar o surgimento de litígio, ante as obrigações recíprocas decorrentes do contrato de prestação de serviços médicos”.

Resta saber que tipo de contrato. É o mesmo Miguel Kfoury Neto⁶⁵ quem afirma não haver doutrinariamente consenso quanto ao tipo de contrato que se estabelece entre médico e paciente, já que as mais destacadas tendências

preconizam ser similar esse contrato a um mandato, contrato de empreitada, de locação de serviços, contrato inominado ou um contrato multiforme.

Encontram-se, nesse contrato, características como: ser *intuitu personae*, bilateral, oneroso ou gratuito, comutativo, aleatório e de caráter civil. Evidencia-se como um contrato principal, tendo na sua constituição contratos acessórios.

A reflexão de Fabrício Zamprogna Matielo⁶⁶ traz significativa contribuição ao entendimento dessa relação contratual:

“Essa espécie de contratação não encontra espaço particular na legislação nacional ou como previsão consagrada pela autonomia, sendo, então, figura atípica, inominada, mas nem por isso com menor tutela jurídica. Para vigorar não necessita de forma especial, nem de definição exata quanto ao objeto em suas minúcias, tampouco preço e condições de pagamento. A forma, como visto, é absolutamente livre, sendo suficiente que se prove a existência do liame das partes entre si, o que gerará os direitos e as obrigações pertinentes. Por objeto do contrato não se deve entender uma cirurgia, ou a ministração deste ou daquele medicamento, mas a atividade médica globalmente considerada, isto é, a aplicação zelosa de todos os meios que se fizerem necessários e estiverem razoavelmente disponíveis”.

Para melhor entendimento, Hildegard Taggeselli Giostri⁶⁷, em seu livro “Erro Médico – À Luz da Jurisprudência Comentada”, reporta à classificação das obrigações proposta nos anos vinte, pelo jurista francês René Demogue que, considerando o objeto e o conteúdo dessas obrigações, classificou-as em duas categorias: obrigação de meios e obrigação de resultado. Na primeira, o contratado se obriga a utilizar os meios adequados para alcançar um resultado – o comportamento do profissional, tecnicamente falando, o agir propriamente dito, é que é englobado na relação jurídica - cumprindo com a obrigação aquele que se obrigou se, na relação profissional que se processou, comportou-se de maneira

adequada, compatível com o que foi contratado. Na segunda, o compromisso é de realizar um determinado ato médico para obter um resultado preciso. Nessa relação, dentro da relação jurídica, se encontra o resultado, sendo esse devido pelo obrigado ao que o contratou, podendo esse resultado ser uma coisa ou não. A classificação de Demogue permite determinar quem tem o ônus da prova. Se for obrigação de meios, o ônus pertence ao paciente. Caso seja obrigação de resultado, vai ocorrer a inversão do ônus da prova, cabendo o mesmo ao médico.

O médico no referido contrato, assume uma obrigação de meios e não obrigação de resultado, ou seja, o médico não se obriga a curar, mas a atuar em conformidade com as regras e os métodos da profissão. Deve, por conseguinte, emvidar todos os esforços para alcançar a cura, mesmo que não a consiga. Uma prova de erro diagnóstico não pressupõe culpa no agir do médico ao atender o paciente. É a sua própria atuação o objeto do contrato, como bem descreve Marco Fridolin Sommer Santos⁶⁸:

“A não-obtenção do diagnóstico correto apenas demonstra que o resultado esperado não foi alcançado. Mas se o profissional, na busca do diagnóstico utilizou-se corretamente de todos os meios que o estado da técnica e as condições de trabalho lhe proporcionam, não há que se falar em culpa profissional.

O objeto da obrigação, que é a prestação de serviços médicos, não se confunde com a sua finalidade. O fim é a obtenção de um resultado correto. A não-obtenção do resultado esperado não se confunde com a violação da obrigação”.

Nesse sentido também se manifesta a jurisprudência, como no acórdão cuja ementa vem citada a seguir:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. MORTE POR ANEMIA APLÁSTICA SEVERA POR USO DE ANTIBIÓTICO. NEXO CAUSAL. INOCORRÊNCIA. Não restando provada a relação de causa-efeito entre o uso do antibiótico quemeticina e o

*surgimento de anemia aplástica, causa do óbito da paciente, não há como reconhecer a culpa do médico no evento. A obrigação do médico é de meios e não de resultado e, no caso, a doença fatal poderia ter sido ocasionada por diversas outras causas, não havendo relação direta com o uso de medicamento, altamente utilizado no combate à infecção apresentada pela paciente e de baixo custo se comparado a outras drogas da mesma espécie. Prova pericial e testemunhal a corroborar as alegações do requerido. Apelo provido parcialmente para julgar improcedente a ação indenizatória no tocante ao reconhecimento do erro médico”.*⁶⁹

Já na obrigação de resultado, o profissional médico fica obrigado a alcançar o objetivo certo – fim específico – a que se propôs e, aí, o que importa é o resultado de sua atuação, pois não o alcançando não terá adimplido a sua obrigação.

Com a afirmação que, em geral, a obrigação contratual do médico não é de resultado comunga José de Aguiar Dias⁷⁰:

“O que se torna preciso observar é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo de circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência, na fórmula da Corte Suprema de França”.

Em geral, nas especialidades que tenham por finalidade a cura direta do paciente, como, além de outras, em Medicina Intensiva, Gastroenterologia, Geriatria, Cirurgia Geral, Cardiologia, o especialista compromete-se com uma obrigação de meios. Por conseguinte, sua responsabilidade restringe-se à execução do ato médico, respeitando a *Lex Artis*, obrando diligentemente, sempre dentro do estado atual de desenvolvimento da Ciência Médica.

Por outro lado, há uma série de especialidades cujo objetivo definido é serem usadas para auxiliarem a alcançar a cura direta do enfermo. No momento, há juristas com argumentos para se considerar que os médicos especializados nestas

áreas, como, exemplificando, Bioquímica, Análises Clínicas e Radiologia, se comprometem com uma obrigação de resultado. Por si próprio o exame por eles realizado não leva à cura.

Já, no que se refere à atividade do médico cirurgião plástico, é predominante, na doutrina e jurisprudência, o entendimento de que esse ao executar cirurgias plásticas estéticas - embelezadoras, está assumindo uma obrigação de resultado. Como ilustra a ementa abaixo transcrita:

*“RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. CIRURGIA PLÁSTICA. ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. COBRANÇA DO SALDO DOS HONORÁRIOS. PRESCRIÇÃO. PROCEDÊNCIA, EM PARTE, DA AÇÃO E IMPROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO. A responsabilidade civil do médico, como sabido, é contratual, sendo a obrigação, em princípio de meio e não de resultado. Todavia, em se tratando de cirurgia plástica, a obrigação é de resultado, assumindo o cirurgião a obrigação de indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação. Demonstrado o inadimplemento, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao médico a obrigação de demonstrar que não houve culpa ou que ocorreu caso fortuito ou força maior. Indenização pelos danos de ordem material e moral. Procedência, em parte, da ação, por ter sido excluído o pedido de dote. Prescreve em um ano a ação para a cobrança de honorários médicos, contado o prazo a partir da data do último serviço prestado. Tendo isso ocorrido em maio de 1993 e a reconvenção protocolada em outubro de 1994, caracterizada está a prescrição. Sentença mantida. Apelação não provida”.*⁷¹

Indiscutivelmente, na cirurgia plástica estética (e não na cirurgia plástica reparadora), verifica-se uma aceitação generalizada de, pela não-efetivação do resultado, presumir-se a culpa do médico. É diferente da cirurgia geral, na qual, é pacífico o entendimento de que a obrigação seja de meios.

Predomina, também, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que

em caso de execução defeituosa numa cirurgia estética (frustração do resultado), isso corresponderá juridicamente a uma inexecução total da obrigação de fazer, por parte do cirurgião plástico.

É, pois, o erro médico um inadimplemento, bem definido, do contrato. Contratualmente falando, trata-se de uma conduta bem caracterizada de falha na prestação de serviços médicos, enquadrando-se na abrangência do campo da responsabilidade contratual quando acompanhada de culpa (presente no agir do médico), gerando uma obrigação de indenizar o lesado (aquele paciente que teve o seu direito violado). Para comprovação do erro médico, usam-se todos os meios probatórios em direito aceitos. Em particular, no caso da atividade médica, os prontuários e fichas de anotações médicas, ressaltando-se a importância, pela complexidade e controvérsias do agir médico, da prova pericial que pode, até, tornar-se indispensável. E, para que fique estabelecida a culpa do médico, há que se provar, sem o que se tem que concordar com o que afirma o acórdão⁷² :

“Assim é que pode até ser que o tratamento tenha sido inadequado, mas talvez aquele primeiro atendimento tenha sido também inadequado: também talvez o segundo atendimento tenha sido inadequado, mas o processo permite apenas dúvida a respeito do que aconteceu, não trazendo aquela certeza que é indispensável para que se dê procedência à pretensão da autora”.

Deve, pois, o paciente fazer a prova, conforme o acórdão⁷³: *“Tratando-se de responsabilidade civil de profissional liberal, médico, o ônus probatório era do autor. Dele, porém, não se desincumbiu. (...) À falta de uma prova segura da culpa do réu, de fato, improcede a demanda”.*

Mas, deve o paciente fazer prova e, não simples afirmações, como expressa o

acórdão⁷⁴:

“Devida vênia a examinara no dia anterior, ministrando-lhe medicamentos adequados para ataque à infecção. Medicamentos que não teriam sido ingeridos – aqui a palavra do médico contra a da sua então paciente, um não sobrepuja ao outro, nem mesmo frente ao Código do Consumidor, eis que ‘a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’, art. 14, § 4º, - pela autora, informação de seu companheiro”.

Em caso de obrigação de meios o paciente necessita e deve fazer a prova de que o médico não agiu com a devida diligência. Na hipótese de haver uma obrigação de resultado há presunção de culpa do profissional, cumprindo ao médico fazer essa prova, podendo ser elidida a culpa com a comprovação de uma causa diversa para o resultado, que não o seu ato médico.

Isso fica patente à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A relação contratual, na relação de consumo do serviço médico fornecido pelo profissional liberal, se estabelece por obrigação de meios ou de resultado. Trata-se de responsabilidade subjetiva a que vem expressa no art.14, § 4º da Lei nº 8.078/90. Tal responsabilidade é observada quando se tratar de uma obrigação de meios, em face de uma avaliação de erro médico, ou seja, cabe ao paciente a comprovação da culpa do profissional médico. No caso de se tratar de uma obrigação de resultado, o que pode ocorrer, ainda se trata de responsabilidade subjetiva mas, a responsabilização do profissional médico acontece pela presunção de culpa, com a inversão do ônus da prova, como explicitado no art. 6º, inciso VIII da lei acima referida, já que, com exceção da peculiaridade imposta pelo § 4º, do art. 14 da Lei 8.078/90 (que mantém o sistema tradicional de apuração da responsabilidade baseado na culpa para o médico), no restante, em tudo se aplica ao médico, em seu exercício profissional, o disposto no Código de Proteção e

Defesa do Consumidor. Nesse sentido, afirma Fabrício Zamprogna Matielo⁷⁵:

“A prática da Medicina é incluída, modernamente, no rol daquelas que se prestam à incidência da Lei nº 8078/90, porque os profissionais liberais em geral são realmente prestadores de serviços, independentemente da área de atuação escolhida. Já no art. 2º da mencionada Lei tem-se a seguinte definição: ‘Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’. O art. 3º, § 2º, afirma: ‘Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração (...)’. Ora, despicando arvorar-se em maiores elocubrações para concluir pelo enquadramento da atividade objeto do contrato médico como prestação de serviços sujeita, no que autorizado, aos ditames contidos no estatuto protetivo. De outra parte, igualmente inequívoca a condição de consumidor assumida pelo paciente a partir do advento da normatização ora em estudo”.

Exemplificando, em cirurgia plástica, aceita como relação contratual com obrigação de resultado, o paciente não teria a tarefa de provar a culpa do médico, mesmo se tratando de um profissional liberal, sendo exigível, pois, em tese, a comprovação de culpa. Caberia a ele paciente provar somente a omissão ou ação do médico e o dano. A culpa já seria presumida. Sendo a culpa presumida, inverte-se o ônus da prova. Mas, isso não impede que sejam argüidas defesas, pelo médico, como as previstas no art. 14, § 3º da Lei 8.078/90⁷⁶ - Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Sobre a inversão do ônus da prova diz Miguel Kfoury Neto⁷⁷:

“Estipula o Código de Defesa do Consumidor, por seu art. 6º, VIII, a facilitação do consumidor na defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova quando a critério do juiz for verossímil a alegação ou quando for ele, consumidor, hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Assim, fica novamente ao prudente arbítrio do magistrado a definição e o momento da inversão do ônus da prova. Novamente, nada se excepciona no texto legal, sendo sua decisão baseada nas regras ordinárias da experiência, definitiva”.

A respeito disso também trata o acórdão⁷⁸:

“Desde logo deixo consignado que vejo a controvérsia agitada nestes autos como uma relação de consumo, pois evidente ser o autor usuário do serviço médico e os réus prestadores de tal serviço. A partir desta premissa, deste entendimento, vejo a possibilidade da presença da inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), já que verossímil a alegação do autor, e, se assim não fosse, com certeza hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência, pois evidentemente o autor encontra-se em um patamar de inferioridade em relação ao médico e ao hospital para discutir a qualidade do atendimento prestado”.

Sobre isso, diz mais Miguel Kfoury Neto⁷⁹:

“O que deve nortear o juiz é a verificação de quem pode mais facilmente fazer a prova, cuidando, também, para que a inversão não torne a prova impossível, provocando um prejulgamento da causa. (...) Neste ponto, deve ser ressaltado que o momento adequado para o juiz declarar a inversão do ônus da prova é, em nosso entendimento, juntamente com o despacho que determinar a citação do réu, porquanto pelo princípio da eventualidade, com a contestação deverá trazer o réu todos os fatos, direito e provas pretendidas que irão ser produzidas no desenrolar do processo”.

É válido acrescentar, na análise do aspecto contratual da relação médico-paciente, o que Genival Veloso de França⁸⁰ pensa, em termos de Código de Defesa do Consumidor:

“Na linguagem deste Código, o paciente é o consumidor para quem se presta um serviço; o médico, o fornecedor que desenvolve atividade de prestação de serviços; e o ato médico, uma atividade mediante remuneração a pessoas físicas ou jurídicas sem vínculo empregatício”.

Ainda sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil do erro médico, diz Ada Pellegrini⁸¹ não ser aplicável aos médicos, em seu exercício profissional, a responsabilidade objetiva, em atenção ao disposto no art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Mas, é submetida, a atividade do médico, às demais normas do referido Código, na sua relação com o

paciente, em termos de responsabilidade civil.

O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, em seu § 4º, exige a verificação da culpa do médico, já que é profissional liberal. Em caso de dano ao paciente em sua atividade profissional, tal verificação é assim justificada por Viviane Coêlho de Séllos⁸²:

“Importa aclarar que tal excepcionalidade não vem para introduzir em nosso sistema a irresponsabilidade do profissional liberal, nem excluí-lo da vigência de nosso Código.

Isso só ocorre em face da natureza intuitu personae dos seus serviços ou da livre escolha do consumidor pelo profissional em que tenha maior ou menor confiança.

É o que nos explica a doutrina. A diversidade de tratamento para os profissionais liberais pelo CDC se justifica em razão da natureza intuitu personae dos serviços prestados por profissionais liberais.

Significa isto que, contratar ou constituir serviços de profissional liberal, se faz com base na confiabilidade e prestígio dispensados pelo consumidor contratante ao profissional contratado.

E pelo fato de ser o cliente quem escolhe o profissional liberal de quem irá contratar serviços, só se responsabilizarão por danos os profissionais liberais a partir da apuração de sua culpa”.

Em termos de direito comparado e totalmente aceitável em nosso ordenamento jurídico, é conveniente citar o que diz o professor português Carlos Ferreira de Almeida⁸³:

“No direito português actual, a qualificação adequada parece ser a de contrato socialmente típico inserido na categoria ampla dos contratos de prestação de serviço (art. 1.154⁸⁴), onde se incluem prestações de ‘trabalho intelectual’.

A referência a ‘certo resultado’ não é impeditiva desta qualificação, antes a confirma. No caso, o resultado do trabalho intelectual é o tratamento e não a cura.

O resultado não é uma obra, como é característico do contrato de empreitada. A obra que pode ser objeto deste contrato consiste na ‘produção ou transformação de uma coisa’, enquanto a ‘obra’ que o médico eventualmente realiza consiste numa alteração produzida no corpo humano. Em alguns casos porém (colocação de próteses, operações estéticas, análises), a prestação de serviço

médico consiste em (ou inclui) resultados que são próximos dos que caracterizam o contrato de empreitada.

Dentro da categoria ampla e inespecífica dos contratos de prestação de serviço, o contrato de prestação de serviços médicos demarca-se como tipo bem definido que, não sendo um tipo legal (porque não tem regulação legal própria), é um tipo social e nominado, porque como tal referido na prática e pressuposto em algumas disposições legais. Por isso e pela particularidade das questões que envolve, poderá vir a justificar-se a sua tipificação legal.

Relevantes para o seu regime jurídico são ainda as seguintes qualificações:

- é um contrato civil (nunca é um acto de comércio);*
- é um contrato celebrado intuitu personae;*
- é um contrato de consumo e portanto merecedor da aplicação das adequadas regras de proteção dos consumidores”.*

E, ainda, enriquecendo o entendimento através do direito comparado, menciona-se, para concluir a avaliação dos aspectos contratuais da atividade do médico, a maneira como o Direito Italiano trata do assunto, conforme transmite Marco Fridolin Sommer Santos⁸⁵:

“O moderno Código Civil italiano de 1942 dedica o seu Livro Quinto, com mais de 450 artigos, à disciplina das atividades profissionais. No âmbito destes, além de outras relações jurídicas, regula o trabalho subordinado e o trabalho autónomo, sendo este último objeto do ‘contrato de obra’.

O trabalho prestado pelos profissionais liberais insere-se no contexto do ‘contrato de obra’. Não se trata, todavia, de um contrato de obra normal. Trata-se de um ‘contrato de obra intelectual’. É um trabalho prestado pelos profissionais liberais, também designados intelectuais.

Dispõe o art. 2230; Prestação de obra intelectual. O contrato que tem por objeto uma prestação de obra intelectual é regulado pelas normas seguintes e enquanto compatíveis com este e com a natureza da relação”.

2.5 Natureza Extracontratual da Relação Médico-Paciente

O ilícito⁸⁶ extracontratual - gerado fora de um contrato - é a violação de um dever jurídico expresso em lei, ao contrário do ilícito contratual que se constitui em uma transgressão de um dever jurídico convencionado pelas partes num negócio

jurídico – contrato. Decorre, pois, a responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana da transgressão de norma jurídica, imposta a todos os componentes da sociedade, de não prejudicar alguém.

A responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana é regulada, em nosso ordenamento jurídico, nos artigos 159, 160 e 1.518 a 1533 do Código Civil.

Além disso, pode haver casos de responsabilidade civil no erro médico com origem extracontratual ou aquiliana, como assevera Miguel Kfoury Neto⁸⁷: *“É claro que poderá existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato: o médico que atende alguém desmaiado na rua, v.g.. A obrigação de reparar o dano, entretanto, sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele”*.

Corroboram essa afirmação, em seu livro, Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza⁸⁸:

“Não se pode olvidar, todavia, que existe a possibilidade de haver responsabilidade médica sem origem no contrato, vale dizer, sem vínculo preexistente, escrito ou verbal. É o caso, por exemplo, do médico que socorre alguém que esteja inconsciente na rua, ou mesmo em outro lugar. Evidentemente que este paciente não teve qualquer ato volitivo no sentido de ser atendido e tratado por este ou aquele médico e, por via de conseqüência, não há de se falar, in casu, em contrato. Não obstante esta possibilidade, a natureza jurídica da relação médico/paciente, via de regra, é contratual”.

Ou, conforme salientado por Vera Maria Jacob de Fradera⁸⁹:

“Em certas circunstâncias, contudo, e, tendo em vista algumas especialidades, a natureza da responsabilidade médica poderá ser de natureza extracontratual ou aquiliana, quando na ausência de contrato, aja o médico com negligência ou imperícia, no tratamento, ou o recuse à pessoa em situação de perigo iminente ou, ainda, em se tratando de menor, responsáveis não se tenham manifestado a

respeito do tratamento ou dado consentimento para determinado ato cirúrgico”.

Para exemplificar, pode-se enquadrar na extracontratualidade, originada de um dever, o seguinte atendimento médico descrito por Pontes de Miranda⁹⁰: *“Mas o médico que passa de automóvel, ou a pé, e vê caído na estrada, ou no mato, alguma pessoa – maior, ou menor, homem ou mulher – e verifica que somente com a prática de atos seus, profissionais, o pode salvar, tem o dever de assistência”.*

Em sua obra “Erro Médico - Julgo procedente”, a advogada Célia Destri⁹¹ transcreve sentença da 13^a Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, proferida pelo Juiz de Direito Célio Geraldo de Magalhães Ribeiro, em 8 de novembro de 1996, que alarga o entendimento da natureza extracontratual no erro médico, no qual se lê:

“Normalmente, o paciente procura um médico, escolhe o profissional de sua confiança, constituindo com ele vínculo contratual. Resta. Todavia. Uma vasta área para responsabilidade extracontratual, como por exemplo, nos casos de atendimento de emergência, estando o paciente inconsciente, ou quando o médico se recusa a atender nesse estado emergencial; tratamento desnecessário, cirurgia sabidamente indevida, experiências médicas arriscadas, etc. Há ainda, casos, até, de ilícito penal perpetrado por médicos que realizam aborto fora dos casos permitidos em lei, desligam aparelhos para apressar a morte do paciente, receita tóxicos ou substâncias entorpecentes indevidamente, etc”.

Dado o exposto, o que se depreende é que, regra geral, a relação jurídica entre médico e paciente é de natureza contratual, mas existem situações nas quais vai se dar no terreno extracontratual.

2.6 Responsabilidade Civil no Erro Médico por Fato de Terceiro

No caso de erro médico pode ocorrer a responsabilidade civil pelo fato de outrem. Há ocasiões em que se origina uma responsabilidade contratual do médico preponente – responsável contratual – quando esse, face a uma determinada obrigação, subordina terceiro – preposto – para executar total ou parcialmente o ato contratado. Isso ocorre por força de dispositivo geral que regula a responsabilidade civil por fato de terceiro– art. 1521, inciso III do Código Civil Brasileiro⁹², ou seja, aquele que realiza algo por conta de outra pessoa, gera para essa a responsabilidade civil pelos prejuízos que causar ao executar tal atividade. No caso de possíveis danos que venham a ocorrer ao paciente no exercício de um ato pelo preposto, o responsável será o médico preponente. Eis o que pensa José de Aguiar Dias⁹³:

“A responsabilidade por fato de outrem não contradiz esse entendimento, porque é responsabilidade derivada da obrigação do próprio responsável, pela concepção de que existe, a cargo dele, o dever de suportar, uma vez concretizada a hipótese, sozinho ou em conjunto com o agente as conseqüências desse fato”.

Quando executa suas atividades o médico tem necessidade de auxiliares. Se, no exercício das mesmas, o médico utilizar auxiliares do próprio hospital onde está exercendo sua profissão e a tarefa desses auxiliares estiver incluída naquilo que contratou executar no paciente, arcará, o médico preponente, com a responsabilidade civil pela culpa de seus prepostos – auxiliares no serviço prestado ao paciente.

Ratifica-se essa afirmação pela ementa transcrita a seguir:

*“Erro Médico – Comprovada a relação de causa e efeito, há responsabilidade de parte do profissional da medicina que deixa de tomar medidas que poderiam reverter o quadro evolutivo, com isso evitando a morte do paciente. persiste a responsabilidade do cirurgião, mesmo quando o paciente é levado à Unidade Intensiva, em especial quando os responsáveis pela Unidade seguem orientação do agente do ato cirúrgico. A orientação do procedimento por incidentes pós-operatórios é, em tese, da responsabilidade do médico que encaminhou o paciente à Unidade. Dano Moral existente e quantificado com moderação. Recurso do réu desprovido. Provimento parcial do recurso dos autores”.*⁹⁴

Inclusive, a Súmula 341 do STF sobre esse assunto diz: *“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.*

O Projeto nº 634-B/75 do novo Código Civil Brasileiro, que tramita no Congresso Nacional, cria uma responsabilidade objetiva para o preponente, como diz Sílvio Rodrigues⁹⁵:

“De fato, o Projeto, em seu art. 968, repete, literalmente, o art. 1521 do Código Civil. Mas, em seu art. 939, determina que as pessoas mencionadas nos n. I e III do artigo antecedente, isto é, os pais, o patrão, amo ou comitente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos dos filhos, empregados, serviçais e prepostos”.

Cabe, neste ponto, um comentário sobre responsabilidade civil nos casos de trabalho médico em equipe, o que é bastante freqüente nos dias atuais, havendo como exemplo clássico a equipe cirúrgica, na qual se destacam o cirurgião e o anestesista, e, sobre isso, é bastante esclarecedor o que diz Miguel Kfoury Neto⁹⁶:

“É um grupo homogêneo, talvez um grupo permanente, que se mantém grupalmente no campo das intervenções cirúrgicas. Sabe-se quem o integra, mas se ignora onde está a autoria em um caso concreto. Onde há relação entre o dano e a causalidade? Nossos tribunais há mais tempo vêm resolvendo que, nestes casos, qualquer dos membros do grupo responde solidariamente, a menos que demonstre que do seu modo de atuar e do seu agir não resultou o dano”.

Em casos de substituição de um médico por outro no atendimento a um paciente, é bastante esclarecedora a contribuição de Vera Maria Jacob de Fradera⁹⁷:

“No que respeita à substituição entre médicos, ela pode ocorrer de duas formas:

a.1. Com relação aos cuidados devidos pelo médico a seu paciente existe a possibilidade de substituição por outro médico, como ele, capaz de atos médicos, atuando de forma independente, diretamente vinculado ao doente. Em tais circunstâncias, não haverá responsabilidade o médico que se faz substituir, face à inexistência de relação entre os dois profissionais.

a.2. Diversa será a situação se o médico valer-se de um colega de profissão, subordine a atuação do substituto à sua direção, o que resultará em responsabilidade por fato de terceiro, caso o substituto incidir em culpa ao tratar do paciente”.

Ela diz mais⁹⁸:

“A doutrina francesa, com o fito de ‘suavizar’ o impacto causado pela admissão de uma relação de subordinação entre médicos, entende que nestes casos, aplica-se a teoria do ‘comitente’ ocasional. Segundo a qual pode ser considerada como preposto a pessoa que, sem estar vinculada ao comitente ocasional por vínculo permanente, habitual e constante de subordinação, encontra-se colocada em uma situação tal que recebe ordens e instruções, no caso, de um médico que o substitui”.

2.7 Responsabilidade Civil no Erro Médico por Fato da Coisa

O médico utiliza-se de equipamentos e aparelhos no exercício de sua profissão. Se ocorrer um dano ao paciente, decorrente do uso desses equipamentos, o médico, que livremente optou pelo uso dos mesmos, arcará com a responsabilidade civil. A utilização do objeto – coisa - confunde-se com a tarefa

executada pelo médico no seu exercício profissional. A utilização inadequada, pois, de uma aparelhagem, ou, até, a escolha errônea de um equipamento, para uso no paciente, fará com que o mesmo seja responsabilizado pelos prejuízos causados a esse. É dever do médico conhecer, adequadamente, como se opera determinado aparelho para usá-lo em um paciente.

Sobre isso transcreve-se o que pensa José de Aguiar Dias⁹⁹:

“Temos dúvida em aceitar integralmente o ensinamento, considerando que o cliente, de ordinário, ignora os riscos de instrumentos médicos. Como presumir que aceite estes riscos? O caso, para nós, incide no âmbito da regra fundamental concernente ao exercício da profissão. Se a aplicação do instrumento oferece riscos, é dever do médico advertir deles o cliente, respondendo pelas conseqüências danosas, se não o faz”.

Caso um incidente ocorra, tendo sido provocado por instrumento defeituoso ou com vício de fabricação, a responsabilidade última será do fabricante ou do importador do aparelho. Sendo o médico condenado a indenizar prejuízo ao doente, decorrente desse tipo de defeito ou vício, caberá a ele impetrar uma ação de regresso contra o importador do equipamento ou seu fabricante, para ser ressarcido das despesas que teve por ser responsabilizado, em juízo, pelos danos causados ao paciente.

Diz Jerônimo Romanello Neto¹⁰⁰, em sua obra “Responsabilidade Civil dos Médicos”, que o médico tem por obrigação ser diligente e prudente em sua atividade, dispondo corretamente dos aparelhos com que lida em suas tarefas junto ao paciente. É, também, responsável por tomar todas as precauções ao optar por um instrumento, bem como conservar em perfeito estado de funcionamento a aparelhagem da qual se utiliza. Observa, além disso, que se o instrumento tiver

defeito que o médico desconhece, ou deficiência que esse não podia prever, foge-se do campo da responsabilidade do médico e adentra-se no âmbito da responsabilidade do fabricante. Refere ainda, que a responsabilidade do fabricante passa a ser objetiva, nos termos do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre produtos utilizados pelo médico, afirma Jurandir Sebastião¹⁰¹ que o mesmo deverá utilizar adequadamente um medicamento, respeitando as características de seu princípio ativo, ou seja, observando as doses preconizadas cientificamente, precavendo-se de que não tenha contraindicações, vigiando o aparecimento de paraefeitos, corrigindo dosagens ou, se necessário, interrompendo a medicação. Assim agindo, se eventual prejuízo surgir ao paciente, será do laboratório a responsabilidade única pelo dano ocorrido. E diz mais:

“A regra é a mesma em relação aos produtos farmacêuticos. Quer se trate de marca-passo, pino de platina, expansor de pele da mama, prótese dentária, etc, tanto o médico como o dentista devem observar a recomendação do fabricante e ajustá-la ao paciente (precaução de alergia, rejeição, etc). Percorrido esse caminho satisfatoriamente, eventual resultado danoso ao paciente deverá ser debitado apenas ao fabricante. Caso contrário a responsabilidade será de ambos ou tão só do médico, se este se descuidou da diligência prévia de ajustamento ou pronta mudança, no caso de resultado inverso e inesperado no paciente”.

Muitas vezes, a atividade do profissional conjuga-se com a de fornecedor de produtos. Uma visão boa das implicações que isso traz para ele, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, traz Oscar Ivan Prux¹⁰²:

“Não se pode ignorar a frequência com que muitos profissionais liberais, a par de fornecerem seus serviços, também atuam como autênticos comerciantes (e até como fabricantes ou importadores), vendendo ao consumidor produtos ligados ao serviço prestado. Assim, transportando para o campo prático, podemos exemplificar da seguinte maneira: o médico que em tratamento de obesidade,

depois de prescrever o tratamento, também vender ao consumidor o remédio por ele receitado, deverá responder tanto pela qualidade de seu serviço, quanto pela qualidade do produto que vendeu, sendo que, nesse aspecto, sua responsabilização deverá acontecer tal qual a de qualquer comerciante. E se o remédio for de sua fabricação ou importação, também responderá na condição própria de fabricante ou importador. Assim, se quanto à responsabilização referente a seu serviço está amparado pela exceção do § 4º, do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o mesmo não acontece quanto à sua genuína atuação como fabricante ou importador, ou mesmo apenas vendedor. Quanto a essas últimas, ele responderá tal qual os demais fornecedores, que nessa atividade, têm em comum com ele, o mesmo intuito de ganho, ou seja, aplicando-se a regra geral da responsabilidade objetiva. No tocante à fabricação e venda do remédio, não existe diferença a justificar ao médico responder de forma privilegiada em comparação com o fabricante e o comerciante. Muito ao contrário, há que se ter um rigor ainda maior, pois ao receitar e vender remédio de sua fabricação, o profissional aproveita-se no fornecimento, de todo o peso de sua autoridade de especialista no assunto, deixando o consumidor praticamente à sua mercê”.

2.8 Liquidação do Dano

Caso o *quantum debeat* não tenha sido determinado na sentença judicial, proceder-se-á a sua liquidação, necessária conforme disposto no art. 603, *caput*¹⁰³ do Código de Processo Civil. Essa confere a liquidez que, junto com a certeza e a exigibilidade, são os requisitos legalmente indispensáveis a um título executivo para ser instalado o processo de execução.

Na definição de Miguel Kfoury Neto¹⁰⁴:

“Liquidar o dano consiste em determinar o quantum, em pecúnia, que incumbirá ao causador despendido em prol do lesado. Se não houver adimplemento espontâneo da obrigação assim tornada certa, recorrer-se-á à execução”.

Quanto aos danos emergentes – cuja liquidação está prevista no art. 1.538 do Código Civil, juntamente com os lucros cessantes – é relativamente fácil a

composição dos danos experimentados, já que a comprovação matemática dos prejuízos diretos com a compilação dos comprovantes das despesas médico-hospitalares é de evidente valor na sua averiguação, quando da liquidação da sentença. Demais gastos decorrentes da lesão experimentada pelo paciente – medicamentos, viagens, aparelhos ortopédicos etc., desde que comprovados, permitem seu cálculo de maneira adequada. Como preconiza Humberto Theodoro Júnior¹⁰⁵: “O autor da ação indenizatória tem o ônus de provar qual foi efetivamente o dano que o erro médico culposo lhe acarretou, sob pena de decair de sua pretensão”. Portanto, a lesão patrimonial no que se refere aos danos emergentes é de simples avaliação, permitindo a correta recomposição dos prejuízos causados.

Quanto aos lucros cessantes (*lucrum cessans*) – aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar, aquilo que não foi acrescentado ao patrimônio em virtude da lesão experimentada com o erro médico, apresenta dificuldades. A indenização pelos lucros cessantes deve abranger o período que transcorreu entre o fato lesivo e a volta do paciente às suas atividades habituais, inteiramente recuperado. Deve haver uma comprovação pelo lesado dos rendimentos que auferia à época do evento danoso, para um cálculo correto do *quantum debeat* neste tópico da liquidação. Até aquilo que foi gasto na contratação temporária de alguém para substituir o incapacitado em seu trabalho deve ser ressarcido pelo causador do dano. Diz o art. 1539 do Código Civil Brasileiro:

“Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

O mais adequado é a entrega do cálculo dos lucros cessantes às mãos de especialistas. Como prevê o art. 1553 do Código Civil pátrio: *‘Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização’*.

Não há razão para afastar a possibilidade de nos casos de morte – homicídio - haver indenização, prevista pela lei, não só dos danos emergentes, mas também dos lucros cessantes. Como bem diz Fabrício Zamprogna Matielo¹⁰⁶: *“Se a lei concede reparação abrangente de danos emergentes e lucros cessantes para os casos de lesão corporal, é evidente que mais ainda serão devidos quando da prática de homicídio, delito de gravidade ímpar”*.

Admite-se, para fins de cálculo em pensionamento, nos casos de morte – previsto no art. 1537 do Código Civil , por exemplo, de um chefe de família que, dos rendimentos auferidos, utilize um terço com as próprias despesas. A pensão mensal, que será atribuída aos seus dependentes, portanto, será de dois terços da sua renda comprovada, na data da morte. Computa-se o 13º salário, quando forem assalariados as vítimas, dividido em 12 parcelas somando-se o duodécimo à remuneração mensal. Na sentença, a pensão estará explicitada em número certo de salários mínimos, servindo de base para futuros aumentos, fugindo-se com isso de problemas de atualização dessas pensões, quando necessário.

Quanto à duração do pensionamento cabe, por didático e abrangente, transcrever o que diz, abordando o tema, o Desembargador Clarindo Favretto em discussão de acórdão¹⁰⁷:

“No caso do provimento parcial pela concessão de meio salário mínimo à vítima, quanto à limitação temporal da vigência estabelecida no voto de Vossa Excelência, até os 65 anos de idade,

parece-me – já se decidiu assim nesta Câmara – que em caso de lesão à vítima, e não em caso de morte, o pensionamento deva ser vitalício, porque a limitação no tempo seria para o pensionado que ficasse no lugar do morto pela presunção de duração de vida até os 65 anos de idade, que agora as estatísticas provaram ser até 72 anos de idade. Mas tal seria o caso para o pensionado, isto é, para o que fica no lugar do que morreu, que levaria o proveito ao dependente até uma duração presumida de vida; mas quando o próprio lesado é o beneficiário, então seria vitalícia esta pensão. Alertado, porém de que a autora limitou seu pedido até completar 70 anos de idade, este é o limite da lide e neste limite é meu voto”.

Sobre a indenização do dano moral no erro médico, observa Gerson Luiz Carlos Branco¹⁰⁸:

“Apesar disto, entendemos que não existe motivo jurídico para não indenizar o dano moral decorrente de mera conduta culposa. No caso da responsabilidade civil do médico a possibilidade destes danos é maior, principalmente considerando que o dano moral tem por objeto a dor física e emocional, sempre presente quando há ação culposa do médico.

Havendo dano provocado por conduta culpável, deve ser indenizado, mesmo que de ordem moral”.

Nesse sentido, afirma Teresa Ancona Lopes¹⁰⁹:

“Na verdade, portanto, não há equivalente da dor em dinheiro. Não há o que se chama de pecunia doloris ou pretium doloris, e, sim, a compensação ou benefício de ordem material, que permita ao lesado obter prazeres e distrações que, de algum modo, atenuem sua dor”.

Sobre a liquidação do dano moral diz Miguel Kfoury Neto¹¹⁰:

“Grassa funda controvérsia sobre a liquidação do dano moral. Juristas de tendência dogmática posicionam-se contrariamente à fixação do valor desse dano pelo juiz com esteio, tão-só, em seu prudente arbítrio, na equidade, no senso comum, pugnando pela adoção de balizas legais, que vedem a submissão da matéria apenas à moderação do julgador”.

Ao que se antepõe Teresa Ancona Lopez¹¹¹:

“Contra esse amplo poder discricionário conferido ao juiz há muitas correntes de doutrina e esta é uma das mais fortes razões pelas quais a teoria da reparação dos danos morais não encontra a acolhida que deveria. Todavia, contra essa argumentação, lembramos que mesmo no caso de danos patrimoniais há o uso do poder discricionário do juiz”.

A verificação do *quantum debeatur*, nos casos em que houver necessidade, pode ser disciplinada pelo que consta no art. 1553¹¹² do Código Civil Brasileiro. Ficar-se-á frente àqueles casos em que, levando-se em conta a natureza e caráter complexo das operações que se realizarão para efetivar-se a liquidação da sentença, utilizar-se-á o arbitramento (art. 606 do Código de Processo Civil) ou a liquidação por artigos (art. 608 do Código de Processo Civil). Exige, a liquidação por arbitramento, como diz o próprio nome, a atuação de um arbitrador, um indivíduo perito no tema – um técnico – um especialista no assunto objetivo do arbitramento. Acham-se nos autos, e provados, os dados – elementos – nos quais os peritos encarregados da arbitragem – técnicos – basear-se-ão para determinar o *quantum debeatur*. Será feita uma liquidação por artigos, prevista no Código de Processo Civil, caso seja necessário alegar, e provar, um fato novo, para que se possa determinar o *quantum* do ressarcimento determinado pela decisão judicial. Ou seja, é necessário provar-se que existem fatos que na lide não foram ainda provados. Não serão, na liquidação por artigos, trazidos quaisquer fatos, mas, sim, os que tenham influência – que sejam aproveitados na liquidação – na determinação do *quantum debeatur* devido pelo que vai indenizar.

Sobre esse assunto também, por elucidativo, vai transcrito o que diz Arnaldo Marmitt¹¹³:

“Consoante Súmula nº 37, do Superior Tribunal de Justiça, o dano moral e o dano patrimonial são cumuláveis. Como decorrências autônomas do ato ilícito, cumuláveis também se afiguram o dano moral e o dano estético”.

E diz também:

“O dano estético não se subsume no dano patrimonial, nem no dano moral puro, pois é espécie de dano moral, sendo avaliável autonomamente. Nada impede que os danos material e moral coexistam com o dano estético”.

Sendo dois tipos diversos de danos morais que podem ocorrer a um indivíduo, é viável e adequado aos anseios de justiça, cumular-se dano estético com dano moral, já que lesam dois bens jurídicos diferentes. Sendo um dano moral objetivo, o dano estético – dano físico - agride um dos direitos da personalidade, o direito à incolumidade física. É o *damnum in re ipsa* – independe de comprovação, pois a coisa fala por si mesma. Nesse tipo de dano se integram a dor e o sofrimento. O dano à imagem social de uma pessoa é o dano moral, já que estabelece dificuldades no relacionamento em sociedade, emergindo o complexo de inferioridade ao relacionar-se com seus semelhantes. Quando houver dano estético haverá uma destruição da integridade do corpo, sem sombra de dúvida, acompanhada pela modificação da aparência física que anteriormente possuía para uma aparência pior. O sofrer com esses dois tipos de dano é duplo, por isso, impõe-se uma indenização dupla: do ponto de vista estético e do ponto de vista moral.

Assim, na liquidação de sentença de erro médico, o dano moral e o dano estético podem ter liquidação autônoma, desde que o caso em pauta o comporte.

Se o dano for apenas estético não haverá cumulatividade, já que dano moral é gênero, sendo o estético sua espécie. Haverá cumulatividade com dicotomia – liquidação de dano estético separado do dano moral – se houver dano moral concomitantemente, principalmente se o dano moral for quantificado em um valor bem maior, quando da liquidação, do que o dano estético.

No caso de dano estético por lesões deformantes, influiria preponderantemente no arbitramento do *quantum* reparador a maior ou menor beleza física que, porventura, apresentasse anteriormente uma mulher que fosse lesada na sua aparência por um erro médico, o que pode ocorrer, por exemplo, em uma cirurgia plástica estética.

Quanto ao momento adequado para avaliação de um dano estético, eis o que ensina Teresa Ancona Lopez¹⁴:

“No caso do dano estético, pensamos que a solução mais equitativa seria a sua apreciação, o mais tarde possível, de preferência no momento do julgamento, tendo ainda o juiz que considerar as possibilidades de mudanças futuras. Suponhamos que determinada pessoa sofreu uma série de ferimentos no rosto, em consequência de um tratamento de pele. Se esta pessoa propuser ação de indenização imediatamente, alegando não só danos materiais, mas também estéticos, poderá cometer uma injustiça com o autor do prejuízo, pois tais feridas podem cicatrizar-se perfeitamente, não deixando sinais. Caso já tenha recebido a indenização, terá tido um enriquecimento sem causa. De outro lado, podemos pedir danos morais pelos padecimentos que passou durante esse período. (...) Pensamos que, se na época do julgamento a vítima tivesse feito, por sua conta, tratamento ou cirurgia que lhe tivessem melhorado a aparência, ou mesmo eliminado a lesão que havia sofrido, deveria o réu ser somente condenado a ressarcir os gastos com a cura e, caso houvesse restado alguma lesão permanente, deveria ser condenado também nesta parte, além de eventual dano moral”.

Sobre o *quantum debeatur*, em caso de dano estético, é importante citar,

novamente, finalizando a análise da liquidação do dano, o que diz, em seu livro “O Dano Estético”, Teresa Ancona Lopez¹¹⁵:

“Para completar o estudo do montante do dano estético temos que mostrar que, neste caso, não é a equivalência que se procura e, sim, uma reparação satisfatória do dano”.

2.9 Considerações Finais

Diz José Breda¹¹⁶ em seu livro:

***“Hamurabi, o grande legislador, estagnou a Medicina.
Estagnou?
Não!
Provocou retrocesso.”***

Não parece necessário aceitar-se integralmente tal afirmação, mas o excessivo rigorismo da lei, pagando o médico com sua integridade física – e seu patrimônio – os seus insucessos, culposos ou não, como foi posto em prática em priscas eras, pode ter entravado o desenvolvimento da Medicina, ao diminuir a intervenção dos profissionais nos doentes pelo receio das punições advindas da evolução desfavorável dos mesmos em sua doença, por fatores naturais imprevisíveis e independentes de qualquer atuação médica, mas a ele atribuídos. Nesse sentido, importante é a manifestação que se extrai de acórdão¹¹⁷: *“Preocupa-me, sobremaneira, o ritual a que estão submetidos os médicos, pois se a cada procedimento sobrevier uma ação, na qual a parte se disponha a comprovar a erronia profissional, a atividade médica restaria inviabilizada”.*

Também afirma Léo Meyer Coutinho¹¹⁸:

“Muitas vezes, porém o que se considerava culpa dos médicos era apenas o resultado da insuficiência dos conhecimentos da arte de curar.

A partir do Século XVIII é que se passou a reconhecer a necessidade de tolerância para com as falhas oriundas da própria imprecisão da ciência médica, no interesse, inclusive, do seu próprio desenvolvimento”.

Por outro lado, o excessivo corporativismo, patente em determinadas épocas, pode ter ajudado a impedir a averiguação de erros grosseiros ocasionados na sua atividade profissional.

Como se encontra expresso no livro *“Responsabilidade Civil: (Atividade Médico-Hospitalar)”*¹¹⁹: *“Entretanto, a despeito de louváveis e inúmeros exemplos humanitários, verificam-se, também comportamentos mesquinhos, como se a vida não valesse quase nada ou nada mesmo, a não ser como instrumento para proporcionar ganho fácil”.*

Por todos esses extremismos, afigura-se como extremamente adequada ao tema a visão de José Carlos Maldonado de Carvalho¹²⁰:

“Conclui-se, portanto, que toda ação médica em que a previsibilidade de dano ao paciente, invencível à mediana cultura médica, esteja ausente, o profissional médico isentar-se-á da responsabilidade civil, independentemente dos efeitos psicossociais – iatrogenia – provocados no paciente”.

Assim, esse relacionamento dos médicos com os pacientes tem suas regras. Sobre isso escreve Walter Bloise¹²¹: *“Há realmente entre o médico e o cliente um contrato de prestação de serviços. A sua responsabilidade é contratual, não obstante figurar no direito brasileiro como atos ilícitos, em caso de responsabilidade*

médica”.

Por conseguinte, há uma obrigação do profissional, através de um contrato atípico, mas uma obrigação de meios.

Em termos de obrigações contratuais, em relação à atividade médica, pode-se utilizar o que ensina o “Parecer Final ao Projeto de Código Civil”, que tem por Relator Geral o Senador Josaphat Marinho e que se encontra transcrito na obra organizada por J. M. Leoni Lopes de Oliveira¹²²: *“Admite os contratos atípicos, ‘observadas as normas gerais’ fixadas no Código (art. 425¹²³), assim evitando abusos contrários ao Direito”.*

E diz mais, transcrito do mesmo “Parecer Final ao Projeto de Código Civil”:
“Cautelosamente, pois, reduz a majestade do contrato, substituindo a velha cláusula pacta sunt servanda, dos códigos individualistas, pela regra justa – rebus sic stantibus”. Isso contribui para o entendimento ao se analisar a situação de haver necessidade de reparação de danos por parte do médico, devido à lesão ao paciente.

Também de grande valia é o que diz Marilise Kostelnaki Baú¹²⁴: *“A culpa supõe algum defeito na conduta do devedor, traduzido pela falta de previsão dos danos que sua ação ou omissão pode ocasionar”.*

Nesse sentido, também diz Ana Cláudia de Carvalho Pagano¹²⁵: *“Não há como exigir-se do médico infalibilidade de diagnóstico, mas deve atuar com toda a cautela necessária. Dessa forma, se obrar com erro grosseiro, estará sujeito a ser*

responsabilizado”.

Logo, a culpa aparece como soberana na caracterização da responsabilidade civil no erro médico, a par, é claro, dos outros pressupostos, contrariando a responsabilidade civil em outras áreas, que vêm apresentando cada vez mais características de objetividade.

A observação, em termos *de lege ferenda*, feita por Miguel Kfoury Neto¹²⁶, em sua obra “Responsabilidade Civil do Médico”, é adequada, neste ponto, por oportuna: *“Repiso, aqui, o entendimento detalhado noutros trechos, de que a substituição do conceito de culpa, entre nós, em tema de responsabilidade médica, por qualquer modalidade de responsabilidade objetiva, ainda é prematura”.*

E correto está o jurista, acentuando-se que as exceções da cirurgia plástica estética, teorias chamadas objetivistas, da *res ipsa loquitur* e *perte d’une chance*, inversão do ônus da prova, apenas constataam a flexibilização necessária na análise, quando da prestação jurisdicional de cada caso concreto.

O Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90 – não revogou completamente o que vem expresso no Código Civil Brasileiro no que se refere aos aspectos contratuais da atividade dos médicos. Porém, tem o exercício profissional do médico, como, prestador de serviços – profissional liberal – sua regulamentação básica no relacionamento com o consumidor, contida no Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, ressalte-se, dispõe o § 4º, do art. 14, desse mesmo Código, que há necessidade de ser provada a presença de culpa no agir do médico.

Cabe ressaltar o caráter privatista do artigo 159 do Código Civil e da responsabilidade civil no erro médico, como bem diz Caio Mário da Silva Pereira¹²⁷:

“Estatuindo que está sujeito a reparar o dano todo aquele que por ação ou omissão voluntária violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano, deixa contudo ao arbítrio do lesado postular o ressarcimento ou deixar de fazê-lo, bem como realizar composição com o ofensor, na pendência da lide que instaurar. A conceituação da responsabilidade civil, sem o caráter de ordem pública, predomina em a dogmática brasileira e reflete-se positivamente na jurisprudência”.

Fica bem nítido o enquadramento no âmbito da responsabilidade contratual, tendo como fundamento a culpa. O erro médico caracteriza-se, pois, via de regra, como uma quebra do contrato de serviço.

Sendo conduta típica de uma infração contratual, o erro gera para o médico uma obrigação de ressarcir perdas e danos. Isso inclui o dano moral (conjuntamente ou separadamente do dano estético) e o material (*lucrum cessans* e dano emergente). Nisso inclui-se, além de correção da quantia devida a contar da data da lesão ao direito do paciente, juros moratórios e juros compensatórios.

Há necessidade de um título executivo para execução da indenização pelo paciente, o que é dado pela sentença ao determinar o valor da condenação. Caso o juiz não estabeleça na sentença o *quantum debeatur* - a liquidez necessária ao título executivo para ser executado judicialmente - a liquidação da sentença se fará por arbitramento ou por artigos, tornando assim exeqüível, para o paciente, o processo de execução.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil, entidade presente no direito dos diversos sistemas jurídicos, em nível mundial, continua tendo como imprescindíveis na sua abordagem jurídica os conceitos de responsabilidade subjetiva e objetiva, ou seja, a presença, ou não, de culpa na conduta do agente causador do dano. Também não prescinde da presença dos seus três elementos essenciais: ato lesivo, dano e nexo causal.

Essa responsabilidade caracteriza-se, necessariamente, no caso do médico, pela presença de culpa no agir do profissional. Nisso os artigos 159 e 1545 do Código Civil Brasileiro são bem objetivos em imputar-lhe essa característica. A par disso, a doutrina e a jurisprudência emprestam-lhe características típicas de uma relação contratual, apesar de sua atipicidade como contrato, ficando, assim, o inadimplemento, de qualquer espécie, também regado pelas disposições do Código Civil pátrio sobre isso, em relação a negócios jurídicos.

Verifica-se, ainda, que as regras gerais de responsabilidade, tanto de direito material, como processual, aplicam-se regularmente aos casos de responsabilização civil por erro médico. No terreno da liquidação da sentença, ao

ser determinado o valor da indenização, quando cabível, apesar dos aspectos especializados do problema, há uma liquidação convencional. Isso quando não estabelecido discricionariamente pelo juiz na sentença o *quantum debeatur*.

Como característica marcante, ressalta a presença, a partir de 1990, do Código de Defesa do Consumidor, pois, apesar desse exigir culpa na conduta do médico, já que é profissional liberal, em todo o restante se aplica na avaliação do erro médico. Destaca bem esse Código a inversão do ônus da prova, a critério do juiz, desde que caracterizada a verossimilhança do fato imputado ao médico ou a hipossuficiência do consumidor do serviço médico.

Haverá casos em que a atividade médica de obrigação de meios, como lhe define a doutrina e jurisprudência à unanimidade, se transmude em obrigação de resultado, como ocorre, por exemplo, fugindo à regra geral, na cirurgia plástica estética ou naqueles casos em que ele espontaneamente, se obriga a um determinado resultado. Nesses casos, a responsabilidade que rege o vínculo jurídico entre o médico e o paciente caracteriza-se pela presunção de que a culpa esteja presente no ato médico. Haverá, como conseqüência, inversão do ônus da prova, cabendo este ao médico.

O atual Projeto de Código Civil, em tramitação no Congresso Nacional, mantém a teoria da culpa e engloba, mais ainda, a atividade médica em casos de responsabilização por erro dentro das regras gerais da responsabilidade civil. Em função disso, pode-se afirmar, mais se identifica o tratamento dado ao erro médico, na ótica da responsabilidade civil, com o regramento encontrado no ordenamento pátrio que determina a conduta jurídica em casos de responsabilidade civil em geral.

NOTAS

1. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v.1 p.22.
2. Art. 159 do Código Civil Brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.
3. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p.13.
4. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p.14.
5. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p.33.
6. ROMANELLO NETO, Jerônimo. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p.11.
7. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v.7, p.29.
8. PEDROTTI, Irineu Antônio. *Responsabilidade Civil*. 2.ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1995, p.8.
9. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.30.
10. COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *A Imprudência no Suposto Erro Médico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.13.
11. SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2.ed. Paris, 1951, T. I, p.1.
12. MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Responsabilidade Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p.4.
13. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.138.
14. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Fontes das Obrigações*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v.III, p.363.
15. PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.180.
16. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.29-30.
17. COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *A Imprudência no Suposto Erro Médico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.16.
18. MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. Op. cit., p.30.
19. MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. Op. cit., p.28.
20. CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p.3-4.
21. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada*. Curitiba: Juruá, 1998, p.38.
22. Art. 1545 do Código Civil Brasileiro: “Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

23. GOMES, Julio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso. *Erro Médico – Um Enfoque Sobre Sua Origem e Conseqüências*. Montes Claros (MG): Unimontes, 1999, p.25.
24. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.49.
25. MONTALVÃO, A. Siqueira. *Erro Médico – Teoria, Legislação e Jurisprudência*. Campinas/SP: Julex, 1998, v.I, p.19.
26. FRADERA, Vera Maria Jacob de. A Responsabilidade Civil dos Médicos. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v.55, p.123.
27. TJRS – Processo nº 598014397 – 6ª Câmara Cível – Rel. João Pedro Freire - 07/04/99.
28. TJRS – Processo nº 595184680 – 6ª Câmara Cível – Rel. Jorge Alcibiades Perrone de Oliveira – 06/08/96.
29. KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.76-77.
30. LUMERTZ, Suzana Lisbôa; LUMERTZ, Paulo Roberto Rukatti Lumertz; LUMERTZ, Marcelo Lisbôa. *Responsabilidade Jurídica do Médico*. Porto Alegre: Renascença, 1997, p.38.
31. TJRS – Processo nº 595064916 – 6ª Câmara Cível – Rel. Milton Carlos Löff – 31/10/95.
32. TJRS – Processo nº 598548873 – 6ª Câmara Cível – Rel. João Pedro Freire – 25/08/99.
33. TJRS – Processo nº 598438307 – 4º Grupo de Câmaras Cíveis – Rel. Maria Berenice Dias – 13/08/99.
34. TJRS – Processo nº 598068245 – 6ª Câmara Cível – Rel. Antônio Jandyr Dall’Agnol Júnior – 11/11/98.
35. Criada pela jurisprudência francesa a partir de 1965.
36. TJRS – Processo nº 596070979 – 5ª Câmara Cível – Rel. Araken de Assis – 15/08/96.
37. PRUX, Oscar Ivan. Op. cit., p.188.
38. No Código Qvil pátrio, em vigência, são abordados os temas da responsabilidade civil, em geral, nos arts. 1.518 a 1.553: “Das Obrigações por atos ilícitos”, nos arts. 1.518 a 1.532; “Da Liquidação das Obrigações”, que se compõe de “Disposições Gerais” e “Da liquidação das Obrigações Resultantes de Atos Ilícitos”, nos artigos 1.533 a 1.553.
39. No caso, por exemplo, de uma mulher ser a lesada, a maior ou menor beleza física , anterior, vai influir significativamente no arbitramento do valor da indenização por dano moral (dano estético).
40. O que efetivamente perdeu a vítima de erro médico.
41. O que deixou de ganhar. Aquilo que, realmente, o paciente, vítima de erro médico, deixou de auferir no exercício de seu trabalho em decorrência direta da lesão sofrida.
42. SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética - Legislação Positiva Aplicável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.36.
43. Art. 5º, inciso X da CF: “ são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.
44. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., v.2, p.737.
45. KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.184.
46. Dentro da ótica do direito, a teoria da causalidade adequada procura qual a mais provável e compatível causa circunstancial do fato danoso, inclusive cronologicamente, e, assim, poder atribuir ao agente o dever obrigacional de ressarcir o lesado. Levando-se em conta o que ocorre habitualmente, uma determinada condição é a adequada para desencadear o fato, se o ato efetuado pelo agente que lesou foi significativo para ocasionar o dano. Ao contrário será a não adequada e sem significação, se para ocasionar o dano for totalmente indiferente a presença desta condição, tendo este dano ocorrido por motivos fora do normal e extraordinários que ocorreram num determinado caso.
47. TJRS – Proc. nº 596045534 – 6ª Câmara Cível – Rel. Osvaldo Stefanello – 04/06/96.
48. SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 85
49. Art. 1.058 do Código Civil Brasileiro: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955,956 e 957. Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

50. MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade Civil do Médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998, p.179-194..
51. Art. 584, inciso II do CPC: “São títulos executivos extrajudiciais: II – sentença penal condenatória transitada em julgado;”.
52. Art. 386 do CPP: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I – estar provada existência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17,18,19,22 e 24, § 1º, do Código Penal); VI – não existir prova suficiente para a condenação.”
53. TJRS – Processo nº 595143801 – 4ª Câmara Cível – Rel. Ramon Georg Von Berg – 15.05.96.
54. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p.710.
55. MATIELO, Fabrício Zamprogna. Op. cit., p. 42.
56. SAVATIER, René. Op. cit., Tomo II, p.375-376.
57. “Entre le médecin et le malade, intervient un contrat. Du contenu de ce contrat, dépend la responsabilité de l'un envers l'autre; il s'agit donc d'une responsabilité contractuelle. Après avoir paru longtemps décider le contraire, la Cour de cassation a reconnu ce principe. Et les tribunaux et cours d'appel sont maintenant unanimes à l'affirmer”
58. KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.58.
59. SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Responsabilidade Civil do Médico*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.674, p.60, dez. 1991.
60. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p.439.
61. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os Contratos de Prestação de Serviço Médico no Direito Civil Português. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 16, p. 14, out/dez. 1995.
62. TJRS – Processo nº 597141803 – 6ª Câmara Cível – Rel. Décio Antonio Erpen – 30/09/98.
63. TJRS – Processo nº 597116052 – 6ª Câmara Cível – Rel. Osvaldo Stefanello – 08/04/98.
64. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – CAPÍTULO IX - DA TRANSAÇÃO - Art. 1025. É lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.
65. KFOURI NETO, Miguel, Op. cit., p.59.
66. MATIELO, Fabrício Zamprogna. Op. cit., p.46.
67. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Op. cit., p.79-81.
68. SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *A AIDS Sob a Perspectiva da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.83.
69. TJRS – Processo nº 598427292 – 5ª Câmara Cível – Rel. Marco Aurélio dos Santos Caminha – 27/05/99.
70. DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p.255.
71. TJRS – Processo nº 597183383 – 3ª Câmara Cível – Rel. Tael João Selistre – 05/03/98.
72. TJRS – Processo nº 595 192 113 - 5ª Câmara Cível – Rel. Luiz Gonzaga Pilla Hofmeister – 03/04/96.
73. TJRS – Processo nº 595846 80 – 6ª Câmara Cível – Rel. Jorge Alcebíades Perrone de Oliveira – 06/08/96.
74. TJRS – Processo nº 597185610 – 6ª Câmara Cível - Rel. Décio Antônio Erpen – 1º/04/98.
75. MATIELO, Fabrício Zamprogna. Op. cit., p.77.
76. Parágrafo 3º, do artigo 14 do CDC: “ – O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.
77. KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.51.
78. TJRS – Proc. nº 595157199 – 6ª Câmara Cível - Rel. Ivan Leomar Bruxel – 24/09/96.
79. KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.56-57.
80. FRANÇA, Genival Veloso de. O Código do Consumidor e o Exercício da Medicina. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 13, p.56, jan/mar, 1995.
81. PELEGRINI, Ada et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.159-161.
82. SÉLLOS, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do Profissional Liberal Pelo Fato do serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.10, p.147, abr/jun, 1994.
83. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit., p.9.

84. Trata-se do art. 1.154 do Código Civil Português.
85. SANTOS, Marco Fridolin Sommer. Op. cit., p.65-66.
86. "Como podemos ver, não há uma só espécie de ato ilícito. Considerando as características próprias de cada uma, é possível classificá-los em: a) ato ilícito *stricto sensu* (ou absoluto); b) ato ilícito relativo; c) ato ilícito caducificante; e d) ato ilícito nulificante. **1. Ato ilícito "stricto sensu" (ou absoluto)** Ato ilícito *stricto sensu e delicto* são expressão sinônimas. Sempre que, por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, alguém imputável viola direito ou causa prejuízo a terceiro, comete um ato ilícito *stricto sensu*, ou ato ilícito absoluto. Configura a espécie definida no art. 159 do Código Civil. (...) **Ato ilícito relativo** Diferentemente do ato ilícito *stricto sensu*, ou absoluto, o ato ilícito relativo se configura pela violação de deveres resultantes de relações jurídicas de direito relativo, nascidas de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*. A essa espécie costuma denominar-se *ato ilícito contratual*, ou simplesmente *ilícito contratual*, incorretamente, porém, se considerarmos que não somente as relações contratuais a ele se referem. (...) **Ato ilícito caducificante** é aquele que tem por efeito a perda (caducidade) de um direito. (...) **Ato ilícito invalidante** Todo ato de violação de direito, cuja consequência seja a sua invalidade constitui um ato ilícito invalidante. (...)". MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Existência*, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.208-212.
87. KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p.58.
88. COUTO FILHO, Antônio Ferreira ; SOUZA, Alex Pereira. Op. cit., p.28.
89. FRADERA, Vera Maria Jacob de. Op. cit., p.120.
90. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p.436.
91. DESTRI, Célia. *Erro Médico – Julgo procedente*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p.103-104.
92. Art. 1521 do CCB: "São também responsáveis pela reparação civil: III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1522);"
93. DIAS, José de Aguiar. Op. cit. v.1, p.96.
94. TJRS – Processo nº 597211234 – 6ª Câmara Cível – Rel. Decio Antonio Erpen – 28/10/98.
95. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.4, p.60.
96. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 3.ed. São Paulo: RT, 1998, p.190.
97. FRADERA, Vera Maria Jacob de. Op. cit., p.133.
98. FRADERA, Vera Maria Jacob de. Op. cit., p.134.
99. DIAS, José de. Op. cit., v.1, p.263.
100. ROMANELLO NETO, Jerônimo. Op. cit., p.120-121.
101. SEBASTIÃO, Jurandir. Op. cit., p.67-68.
102. PRUX, Oscar Ivan. Op. cit., p.227-228.
103. Art. 603, *caput* do Código de Processo Civil: "Procede-se à liquidação, quando a sentença não determinar o valor ou não individualizar o objeto da liquidação".
104. KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p.103.
105. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos Processuais da ação de Responsabilidade por Erro Médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.760, p.46, fev. 1999.
106. MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Dano Moral, Dano Material e Reparação*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto, 1995, p.82.
107. TJRS – Processo nº 597200633 – 5ª Câmara Cível - Rel. Carlos Alberto Bencke - 1º/10/98.
108. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.733, p.68, nov. 1996.
109. LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético – Responsabilidade Civil*. 2.ed. São Paulo: RT, 1999, p.106.
110. KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.108.
111. LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p.104.
112. Art. 1553, Código Civil Brasileiro: "Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização".
113. MARMITT, Arnaldo. *Dano Moral*. Rio de Janeiro: Aide, 1999, p.126.

114. LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p.113.
115. LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p.105.
116. BRENDA, José. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2.ed. São Paulo: Brasblos, 1997, p.11.
117. TJRS – Processo nº 596175265 – 6ª Câmara Cível - Rel. Décio Antônio Erpen – 17/12/96.
118. COUTINHO, Leo Meyer. *Responsabilidade Ética – Penal e Civil do Médico*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p.7.
119. LEAL, Ana Cláudia da Silveira; SAMPAIO, Carlos (org.). *Responsabilidade Civil: (Atividade Médico-Hospitalar)*. 3.ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1999, p.7.
120. CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Responsabilidade Civil Médica: (Acórdãos na íntegra de Tribunais Superiores)*. Rio de Janeiro: Destaque, 1998, p.35.
121. BLOISE, Walter. *A Responsabilidade Civil e o Dano Médico – Legislação, Jurisprudência, Seguros e o Dano Médico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.88.
122. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de (org.). *Projeto do Código Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.380.
123. Art. 425 do Projeto do Código Civil Brasileiro: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.
124. BAÚ, Marilise Kostelnaki. *O Contrato de Assistência Médica e a Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p.19.
125. PAGANO, Ana Cláudia de Carvalho. *A Saúde Pública em Face do Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998, p.54.
126. KFOURI NETO, Miguel. Op. cit., p.207.
127. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p.12.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os Contratos de Prestação de Serviço Médico no Direito Civil Português. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 16, p. 5-21, out/dez, 1995.
- 2 BAÚ, Marilise Kostelnaki. **O Contrato de Assistência Médica e a Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- 3 BLOISE, Walter. **A Responsabilidade Civil e o Dano Médico** - Legislação, Jurisprudência, Seguros e o Dano Médico. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- 4 BRANCO, Gerson Luiz. Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.733, p.53-75, nov. 1966.
- 5 BREDA, José. **Responsabilidade Civil do Médico**. 2.ed. São Paulo: Brasbiblos, 1997.
- 6 CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Responsabilidade Civil Médica** - Acórdãos na íntegra de Tribunais Superiores. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.
- 7 COUTINHO, Leo Meyer. **Responsabilidade Ética – Penal e Civil do Médico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- 8 COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **A Improcedência no Suposto Erro Médico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

- 9 CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro Médico e o Direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- 10 DESTRI, Célia. **Erro Médico - Julgo Procedente**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- 11 DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.I.
- 12 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.7.
- 13 FRADERA, Vera Maria Jacob de. A Responsabilidade Civil dos Médicos. **AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande Do Sul**, Porto Alegre, 1992, v.55, p.116-139.
- 14 GOMES, Julio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro Médico – Um Enfoque Sobre Sua Origem E Suas Conseqüências**. Montes Claros (MG): Unimontes, 1999.
- 15 FRANÇA, Genival Veloso de. O Código de Defesa do Consumidor e o Exercício da Medicina. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 13, p. 56-60, jan/mar. 1995
- 16 GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico - À Luz da Jurisprudência Comentada**. Curitiba: Juruá, 1998.
- 17 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- 18 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- 19 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3.ed. São Paulo: RT, 1998.
- 20 LEAL, Ana Cláudia da Silveira; SAMPAIO, Carlos (org.). **Responsabilidade Civil: (Atividade Médico-Hospitalar)**. 3.ed. Rio de Janeiro: Esplanada,

1999.

- 21 LOPEZ, Tereza Ancona. **O Dano Estético – Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo: RT, 1999.
- 22 LUMERTZ, Suzana Lisbôa; LUMERTZ, Paulo Roberto Rukatti; LUMERTZ, Marcelo Lisbôa. **Responsabilidade Jurídica do Médico**. Porto Alegre: Renascença, 1997.
- 23 MARMITT, Arnaldo. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Aide, 1999.
- 24 MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1998.
- 25 _____. **Dano Moral, Dano Material e Reparações**. 2.ed. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1995.
- 26 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- 27 MONTALVÃO, A. Siqueira. **Erro Médico. Reparação do Dano Material, Estético e Moral. Teoria, Legislação e Jurisprudência**. Campinas: Julex, 1998. v.2.
- 28 MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Responsabilidade Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- 29 PAGANO, Ana Cláudia de Carvalho. **A Saúde Pública em Face do Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.
- 30 PEDROTTI, Irineu Antônio. **Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1995.
- 31 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- 32 _____. **Instituições de Direito Civil**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.III.

- 33 PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Tomo LIII.
- 34 PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- 35 RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.4.
- 36 ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.
- 37 SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2000.
- 38 SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **A AIDS Sob a Perspectiva da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- 39 SAVATIER, René. **Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français**. 2.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. Tomo I.
- 40 SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética - Legislação Positiva Aplicável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- 41 SÉLLOS, Viviane Coêlho de. Responsabilidade do Profissional Liberal pelo Fato do Serviço no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 10, p. 144-162, abr/jun. 1994.
- 42 SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.674, p. 55-62, dez. 1991.
- 43 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade por Erro Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 760, p. 40-48, fev. 1999.

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO

NERI TADEU CAMARA SOUZA

Telefone: 330.8620

Celular: 9958.2009

Rua Vasco da Gama 585/202

CEP 90420-111

PORTO ALEGRE - RS

E-mail: resp@pro.via-rs.com.br