

FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

BARBARA STAFANATO CORRÊA

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM
2017**

BARBARA STAFANATO CORRÊA

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito de Cachoeiro de Itapemirim
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof. Larissa de Lima Vargas
Souza

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM
2017**

BARBARA STAFANATO CORRÊA

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim
como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de outubro de 2017.

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Professora Larissa de Lima Vargas Souza

Professor (a)

Professor (a)

Dedico a presente monografia a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que este dia chegasse especialmente meus pais e minha orientadora.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por ter me dado oportunidade e força por eu estar aqui hoje. Agradeço também a minha família que sempre esteve ao meu lado me dando total apoio e por fim agradeço a todos que sempre me incentivaram e fizeram com que eu alcançasse esta VITÓRIA!

“Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça.”

Eduardo Juan Couture

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo estudar a responsabilidade civil médica, à luz do Código de Defesa do Consumidor. Será levantada a relação médico-paciente sob o Código Consumerista. No que tange as provas, será ressaltada a inversão do ônus da prova, bem como a exclusão da responsabilidade do médico em algumas situações, como, por exemplo, quando o próprio paciente der causa ao dano. É válido ressaltar que a presente monografia não tem como objetivo denegrir a imagem do médico, até porque ele se faz presente em nossas vidas de forma essencial, porém todos têm direito a uma saúde digna e a vida deve ser tutelada como bem supremo em nosso ordenamento jurídico.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	09
2.1. Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual	11
2.2. Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva	13
2.3. Dano	14
2.4. Nexo Causal	16
2.4.1. <i>Causas que afastam a responsabilidade civil médica</i>	17
2.5. Culpa	21
3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	27
3.1. Natureza da Responsabilidade Médica	28
3.1.1. <i>Obrigação de Meio e de Resultado</i>	31
3.2. Deveres do Médico	33
4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA A LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	37
4.1. Relação médico-paciente como relação de consumo	37
4.1.1. <i>Orçamento prévio para a prestação dos serviços médicos</i>	39
4.1.2. <i>Prontuário Médico</i>	39
4.2. Ônus da Prova	40
4.2.1. <i>Inversão do Ônus da Prova</i>	40
4.2.2. <i>Inversão do Ônus da Prova nas situações de erro médico</i>	42
5 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIA	46

1 INTRODUÇÃO

A vida, a integridade corporal, a honra e a liberdade são bens supremos da pessoa humana, cuja proteção eficiente se faz obrigação essencial de um Estado Democrático de Direito.

A medicina permite, desde os primórdios da civilização, a preservação da saúde e a cura de inúmeras doenças. Em nossa sociedade é improvável que alguém não tenha sido atendido por um profissional médico, mostrando-se necessária e essencial a presença do médico em nossas vidas.

O médico está inserido na classe dos profissionais liberais e este profissional se mostra extremamente presente quando o assunto é responsabilidade, isto porque a sua atuação exige muita cautela.

Atualmente não é mais raro nos tribunais processos e julgamentos de médicos que no exercício de sua profissão, mesmo que sem dolo erraram durante algum procedimento/cirurgia.

O instituto da responsabilidade civil deve ser utilizado de forma muito minuciosa, vez que só será responsabilizado aquele profissional que agir com culpa.

No entanto, será discutida a dificuldade desde a identificação até a comprovação do erro médico.

Este trabalho monográfico tem como objetivo levar em consideração algumas questões de relevância no que diz a respeito a responsabilidade civil médica, indagando o papel do médico na sociedade e os instrumentos jurídicos presentes no nosso ordenamento para a defesa de vítimas do erro.

Inicialmente abordar-se-á a responsabilidade civil e suas espécies, bem como os elementos necessários para sua configuração. Posteriormente será discutida especificamente a responsabilidade civil médica e por fim a responsabilidade civil à luz do Código de Defesa do Consumidor, incluindo aí os meios comprobatórios.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade é um termo de difícil definição, isto porque abrange vários aspectos seja da vida social ou jurídica e abarca todos os atos humanos que possam trazer, de alguma forma, resultados negativos.

A palavra responsabilidade está relacionada com a palavra *respondere*, que tem como significado "responder, prometer em troca". Desta forma, uma pessoa que seja considerada responsável por uma situação ou por alguma coisa, terá que responder se determinada coisa ou situação ocorrer de forma desastrosa.

No entanto, deve-se entender que a responsabilidade não é algo que podemos ter como simples, fácil, devemos analisar todos os atos. Outro fator importante é não confundi-la com a obrigação, uma vez que a obrigação é um dever principal, ela nasce de diversas fontes e quando cumprida extingue-se, e se o devedor não a cumpre, surge à responsabilidade pelo inadimplemento, resumindo, a responsabilidade é o dever de ressarcir os prejuízos, ou seja, o dever de indenizar.

A responsabilidade resulta de toda manifestação da atividade humana. Decorre dos fatos sociais, sendo estes os reflexos individuais e psicológicos. Ela é dependente de um fato que resulta um prejuízo, conseqüentemente deve ser considerada como uma obrigação de reparação do prejuízo.

Como dito anteriormente, a responsabilidade se divide em dois aspectos que por sinal se completam: a moral e a jurídica. Para DINIZ (2003, p. 19 e 20):

A responsabilidade jurídica apresenta-se, portanto, quando houver infração de norma jurídica civil ou penal, causadora de danos que perturbem a paz social, que essa norma visa manter. Assim sendo, se houver prejuízo a um indivíduo, à coletividade, ou a ambos, turbando a ordem social, a sociedade reagirá contra esses fatos, obrigando o lesante a recompor o *statu quo ante*, a pagar uma indenização ou a cumprir pena, com o intuito de impedir que ele volte a acarretar o desequilíbrio social e de evitar que outras pessoas o imitem.

A responsabilidade moral, oriunda de transgressão à normal moral, repousa na seara da consciência individual, de modo que o ofensor se sentirá moralmente responsável perante Deus ou perante sua própria consciência individual, conforme seja ou não um homem de fé. Não há qualquer preocupação em saber se houve ou não um

prejuízo, pois um simples pensamento poderá introduzir essa espécie de responsabilidade, terreno que não pertence ao campo do direito. A responsabilidade moral não se exterioriza socialmente e por isso não tem repercussão na ordem jurídica.

A responsabilidade jurídica assegura os direitos tanto individuais, quanto coletivos. A responsabilidade pode ser civil ou penal conforme o campo do direito que tal ato tenha violado.

A responsabilidade civil surge quando o indivíduo lesa um terceiro patrimonialmente ou moralmente. Desta forma, surge a obrigação de restituir, tanto quanto seja necessário, para que o lesado seja devolvido às condições anteriores ao prejuízo.

A responsabilidade civil vem definida por RODRIGUES (2003, p. 06) como “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependa.”

DINIZ (2015, p. 35) entende que:

(...) a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o 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.

Diante do exposto, conclui-se que a responsabilidade civil é a imposição de indenizar o dano patrimonial ou moral, resultante de um evento de uma obrigação proveniente de lei ou de contrato.

Do cometimento de um ato ilícito nasce a obrigação de reparar o dano causado à vítima, com o intuito de restabelecer a situação anteriormente existente; caso isto seja impossível, deve-se impor a obrigação de compensar monetariamente o infortúnio ocasionado.

O Código Civil em seu artigo 186 especifica que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A responsabilidade civil possui pressupostos de suma importância, quais sejam, o ato humano, a culpabilidade, a antijuricidade, o nexos causal e o dano. O ato humano, que pode ser tanto ação, quanto omissão, causador de um

prejuízo, estabelece requisito indispensável para o surgimento da responsabilidade, pois sem a existência deste, não há que se falar em responsabilidade civil proveniente de um culpado.

A culpabilidade, também chamada de culpa, pode ser voluntária, levando então o nome de dolo, ou involuntária, assim chamada culpa “*stricto sensu*”.

A antijuricidade, ou ato ilícito, tem como base a moralidade, a consciência e a capacidade de discernimento do que é moral de quem pratica o ato.

O nexos causal, que indica que o ato humano deve, obrigatoriamente, ter relação direta com o resultado, ou seja, a causa de determinada lesão foi provocada por determinado ato, podendo ter sido voluntário ou involuntário, se a relação inexistir não há a responsabilidade.

E por fim, o dano, que nas palavras de CAVALIEIRI FILHO (2005, p. 95):

(...) é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade de risco que lhe sirva de fundamento (...), o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

2.1. Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

A Responsabilidade Civil divide-se em contratual e extracontratual, de acordo com CAVALIERI FILHO (2012, p. 67):

(...) se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

Nesse sentido RODRIGUES (2003, p. 08), entende que:

O comodatário por sua culpa permite o perecimento e por isso deixa de entregar o objeto emprestado; o segurador que dolosamente se furta de pagar a indenização devida ao segurado; o escritor que por mera negligência se omite de entregar ao editor, no prazo fixado por

contrato, a obra prometida e já anunciada, todos esses devedores inadimplentes, que causam prejuízo a seus credores. A todos eles o art. 389 do Código Civil impõe a responsabilidade de reparar as perdas e danos experimentados pelo credor.

Por outro lado, dispõe o art. 186 do Código Civil que todo aquele que causa dano a outrem, agindo dolosa ou culposamente, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo como manda o art. 927.

No primeiro caso, ou seja, no do comodatário, do segurador, do escritor, trata-se de responsabilidade contratual; no segundo, responsabilidade derivada do ilícito extracontratual, portanto responsabilidade aquiliana.

Na responsabilidade extracontratual, o agente causador do dano tem a obrigação de repará-lo, ou seja, a indenização consistirá em pecúnia, por exemplo, se alguém atropela um homem que, no desastre, perde um braço, o agente terá que pagar o correspondente às despesas de tratamento da vítima, lucros cessantes até o fim da convalescença, e ainda deverá fornecer uma pensão correspondente à diminuição de sua capacidade laborativa.

Já na responsabilidade contratual, a indenização na maioria dos casos, se não em todos, é, por igual, um substitutivo da prestação contratada, isso ocorrendo em vista a possibilidade (bastante comum) de as partes contratuais fixarem cláusula penal compensatória (art. 410, CC), a qual servirá de parâmetro para delimitação do valor da reparação caso ocorra algum dano no curso da execução contratual.

Vale ressaltar que o menor púbere só se vincula contratualmente assistido por seu representante legal e, excepcionalmente sem ele, se maliciosamente declarou-se maior. Portanto, o menor só poderá ser responsabilizado por seu inadimplemento nesses casos.

Para VENOSA (2009, p. 82):

(...) o código introduz a responsabilidade objetiva dos pais, tutores e curadores (...), fazendo cessar, portanto, as tergiversações doutrinárias sobre a natureza da culpa dos terceiros sob a lei atual. A tendência segue a linha pela qual a teoria do risco é a que mais se aproxima da realidade nessa modalidade de responsabilidade.

Nessa mesma linha de pensamento, RODRIGUES (2006, P. 61) defende:

Se o pai põe os filhos no mundo, (...) corre o risco de que da atividade daquele surja dano para terceiro. É razoável que, se tal dano advier, por ele respondam, solidariamente com os seus causadores diretos, aqueles que cuja dependência estes se achavam.

Destaca-se ainda, para a hipótese de dano causado por menor, de acordo com o artigo 928 do Código Civil, caberá ao incapaz responder pelos prejuízos que causar, desde que as pessoas responsáveis por ele não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

2.2. Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

Há também a divisão da Responsabilidade Civil em objetiva e subjetiva. Para RODRIGUES (2003, p. 11), “não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano.”

Em relação à responsabilidade objetiva RODRIGUES (2003, p. 11) diz:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser o obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Ainda nesse sentido VENOSA (2016, p. 11), defende:

Ao se analisar a teoria do risco mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil de pós-modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo, noção introduzida pelo Código Civil italiano de 1942 (art. 2.050) leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados. Nesse diapasão poderíamos exemplificar com uma empresa que se dedica a produzir e apresentar espetáculos com fogos de artifício. Ninguém duvida de que o trabalho com pólvora e com explosivos já representa um perigo em si mesmo, ainda que todas as medidas para evitar danos venham a ser adotadas (...)

Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa, e objetiva quando esteada na teoria do risco. A prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar, neste caso, será subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.

Por essa concepção clássica, tendo em vista o crescimento na ocorrência de danos e devido à dificuldade de se provar a culpa, a reparação da vítima se torna por consequência mais difícil.

2.3. Dano

Dano é toda lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Sem que tenha ocorrido dano a alguém, não há que se cogitar em responsabilidade civil. Ao contrário do que ocorre na esfera penal, aqui o dano sempre será elemento essencial na configuração da responsabilidade civil; não há responsabilidade civil por 'tentativa', ainda que a conduta tenha sido dolosa.

Para CAVALIERI FILHO (2005, p. 95-96):

(...) conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Para DINIZ (2003, p. 58):

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar.

O dano pode ser dividido em patrimonial e extrapatrimonial. Em relação ao primeiro, DINIZ (2003, p. 64) define:

O dano patrimonial vem ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consiste na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.

A reparação do dano poderá processar-se pela reparação natural, isto é, restauração do *status quo* alterado pela lesão, que poderá consistir na entrega da própria coisa, ou de objeto da mesma espécie, em troca do deteriorado e pela indenização pecuniária quando for impossível restabelecer a situação anterior do fato lesivo.

O dano patrimonial, de acordo com os artigos 402 e 403 do Código Civil, subdivide-se em dano emergente e lucro cessante, o primeiro é aquilo que o lesado efetivamente perdeu, já o segundo é o que o lesado razoavelmente deixou de ganhar, ou seja, o que ele poderia ter lucrado se não tivesse havido o dano. Para CAVALIEIRI FILHO (2005, p. 97): “Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.”

O lucro cessante, não deve ser confundido com a perda de chance, isto porque, no segundo instituto o autor do dano não é responsabilizado por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima e sim por a sua responsabilidade decorrer de um fato que privou alguém da obtenção de oportunidade de uma chance de um resultado útil ou somente de ter privado esta pessoa de evitar um prejuízo.

Para VENOSA (2009, p. 37):

O dano emergente, aquele que mais realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos.

O lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. (...) Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano.

Já o dano extrapatrimonial pode ser encontrado tanto no dano moral como no dano estético. O dano moral é a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo. Já o dano estético é toda a alteração na forma do indivíduo, abrange desde o aleijamento até os defeitos mínimos.

Nas palavras de CAVALIERI FILHO (2005, p. 124), dano estético é: “(...) uma alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, causando desagrado e repulsa.”

DINIZ (2015, p. 63) define dano estético como:

(...) toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento

da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa (...)

Para alguns doutrinadores, como VENOSA (2009, p. 45), não há possibilidade de cumular o dano moral com o estético, isto porque em sua concepção o primeiro é modalidade do segundo:

O dano estético, portanto, que afeta diretamente a personalidade, é modalidade de dano moral. Pode ser cumulado com danos patrimoniais, como, por exemplo, diminuição da capacidade de trabalho. No entanto, por ser modalidade de dano moral, não se cumula com este sob pena de ocorrer *bis in idem*.

Porém, a jurisprudência tem entendido o contrário do doutrinador supracitado, como é possível ver a seguir:

TJ-PR - Apelação Cível AC 2007112 PR Apelação Cível 0200711-2 (TJ-PR) Ementa: O CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL CUMULADO COM DANO ESTÉTICO E PATRIMONIAL - INVASÃO DA PISTA DE ROLAMENTO PELA QUAL TRAFEGAVA O VEÍCULO QUE CONDUZIA A AUTORA - CAUSA PRIMÁRIA DO ACIDENTE - AUSÊNCIA DE USO DE CINTO DE SEGURANÇA - MERA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA, SUJEITA A MULTA - NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ACIDENTE E AS LESÕES SOFRIDAS PELA AUTORA - CULPA EXCLUSIVA DO RÉU - IMPRUDÊNCIA AO TRAFEGAR EM SENTIDO CONTRÁRIO À SUA MÃO DE DIREÇÃO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - DANOS A SEREM APURADOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARTIGOS - APELAÇÃO PROVIDA.

A respeito do tema em questão, vale ressaltar ainda, que de acordo com a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, é possível a cumulação do dano moral com o dano estético quando suas causas forem inconfundíveis e passíveis de serem apuradas separadamente.

2.4. Nexo Causal

O nexos de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. CAVALIERI FILHO (2012, p. 67) define nexos causal como “(...) elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.” Portanto, pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem nexos causal.

Para CRUZ (2005, p. 19):

A princípio parece um instituto simples, mas a realidade não corresponde a uma estrutura simples de uma conduta-causa que produz um dano-efeito. As coisas, nem pelo lado da causa, nem pelo lado do efeito, nunca são bem definidos e delimitados.

Sendo assim, o conceito de nexo causal é flexível, com propósito de conceder a efetivação do princípio da reparação integral. Diante dos princípios constitucionais, não há mais a possibilidade de exigir da vítima, na presença de algumas circunstâncias a prova perfeita e absoluta da relação de causalidade. Portanto, embora o nexo causal seja um dos elementos da responsabilidade civil, assim como o dano, na nova ordem constitucional, é exigido que em certas situações o liame causal seja até presumido, o que tem sido um grande problema na atualidade.

Neste pensamento CRUZ (2005, p. 16-17) defende que:

(...) com a nova realidade social, fundada depois do advento da Constituição Federal de 1988, que tem como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, impõe que hoje a responsabilidade civil tenha por objetivo não mais castigar comportamentos negligentes, senão proteger a vítima do dano injusto.

CAVALIERI FILHO (2012, p. 49) afirma que: “o conceito de nexo causal não seria exclusivamente jurídico, sendo primeiramente precedido de leis naturais. Seria o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.”

2.4.1. Causas que afastam a responsabilidade civil médica

O erro médico culposo é aquele que decorre da imprudência, negligência ou imperícia, porém também pode ocorrer por meio da ação ou omissão. Se houver erro, o médico necessariamente deverá ser responsabilizado pelo prejuízo causado a vítima, porém é fundamental verificar se existe ou não alguma das causas que dispensam a responsabilidade médica.

Algumas causas que desobrigam o médico de ser responsabilizado são o estado de necessidade, o erro e a ignorância, o caso fortuito e força maior, culpa do enfermo, iantrogia, cumprimento do dever legal, entre outras.

Haverá estado de necessidade quando alguém, para salvar um bem jurídico próprio ou de terceiro exposto a perigo atual, sacrifica a vida ou bem jurídico de outrem.

Em relação ao estado necessidade, está previsto no artigo 24 do Código Penal:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Um exemplo do estado de necessidade é quando o médico, diante de um parto para salvar a mãe acaba tirando a vida do nascido.

Todavia, não há que se falar em estado de necessidade, como causa que exime a responsabilidade civil médica, quando a situação de necessidade foi criada pela imperícia, ou pela falta de diligência do médico.

Em relação ao erro e ignorância prevê o artigo 21 do Código Penal:

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único – considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite em a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Portanto, o erro pode ser definido, quando o conhecimento a respeito de uma determinada matéria é presumido verdadeiro, quando na realidade é falso. Já a ignorância, é quando há ausência absoluta acerca de uma determinada matéria. Assim, no erro há conhecimento falso, e na ignorância não há conhecimento.

Referente ao caso fortuito e força maior, dispõe o artigo 393 do Código Civil:

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

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

É válido que não há diferença entre caso fortuito e força maior, nem mesmo pelo legislador, os quais são expostos conjuntamente. Entretanto, a doutrina distingue esses eventos.

O caso fortuito defini-se como sendo o acontecimento que provém das forças da natureza, ou seja, um acontecimento natural, sem que haja intervenção humana. Como por exemplo: o raio, a inundação, o terremoto, o temporal.

Já, na força maior há sempre um elemento humano, que impossibilita o cumprimento da obrigação. Temos como exemplo, o furto ou roubo, a desapropriação.

Assim sendo, em ambos há ausência de culpa do devedor, excluindo a responsabilidade civil, excluindo qualquer pagamento de indenização, salvo quando a lei expressamente mencionar apenas um deles. Porém existe a possibilidade de as partes poderem convencionar expressamente por contrato, que será devida a indenização, mesmo diante do acontecimento de caso fortuito ou força maior.

A jurisprudência tem se posicionado no seguinte sentido a respeito do caso fortuito:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a exigência de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em "termo de consentimento informado", de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STJMG – Resp n. 1180815 (2010/0025531-0), Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 19/08/2010, 3ª Turma).

Em alguns casos, a responsabilidade civil médica é isenta, devido à culpa do enfermo. Exemplo disso é prescrição em iatrogenia, em que o paciente em condições de se autoconduzir não segue as prescrições médicas recomendadas, assim o prejuízo ou dano que resultar não será de responsabilidade do profissional médico.

Contudo, devido à existência de pacientes, os quais não compreendem as recomendações médicas, haverá um dever do médico de empregar todo o seu conhecimento e esforço quando realiza as prescrições ao paciente, para que eventualmente não possa vir a responder por má prescrição, ou seja, o médico deve ser claro ao prescrever qualquer coisa, seja medicamento ou algum procedimento a ser realizado.

Em relação à iatrogenia, entende-se como sendo a alteração patológica provocada no paciente por tratamento de qualquer tipo prescrito pelo médico, ou através da ação deste. Nas palavras de JERÔNIMO ROMANELLO NETO (1998, p. 39):

A iatrogenia é o ato inculpável. Melhor exemplificando, a queda de cabelos de um paciente decorrente de um tratamento de radioterapia e quimioterapia é uma ocorrência iatrogênica, sem culpa do médico. Entretanto, não há que se confundir a iatrogenia com um efeito colateral de uma prescrição inadequada.

Os casos de iatrogenia na prática não são comuns, melhor dizendo, são excepcionais. Destarte é importante verificar se o tratamento prescrito pelo médico, o qual causou danos ao paciente, ensejou ou não a culpa médica.

É entendimento de JERÔNIMO ROMANELLO NETO (1998, p. 40), ainda referente à iatrogenia:

O paciente será culpado do resultado danoso se não cumprir as prescrições do médico. Também será culpado se omitir ao médico informações relevantes. Todavia, essas informações são aquelas que o profissional médico não tenha condições de saber, nem mesmo através de exames, consultas ou diagnósticos, pois do profissional exige-se toda cautela em um tratamento. Estes os casos em que se cogita da responsabilidade do paciente, de outra forma, o médico será culpado, se não agir corretamente com competência, incidindo em imprudência, imperícia e negligência.

O Código Penal dispõe em seu artigo 23, a respeito do cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:
I – em estado de necessidade;
II – em legítima defesa;
III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de um direito.

No estrito cumprimento de um dever legal, é imposto pela lei um determinado comportamento, onde a conduta mesmo sendo típica, não é ilícita. Já no exercício regular de um direito, o sujeito tem que obedecer rigorosamente os requisitos objetivos impostos pelo Poder Público, caso não obedecidos, ensejará o agente em abuso de direito, respondendo por tal conduta abusiva.

Em ambos os casos acima citados, o consentimento do ofendido poderá funcionar como causa excludente da antijuricidade e excludente da tipicidade.

2.5. Culpa

A culpa não é definida e nem conceituada na legislação pátria. A regra geral do Código Civil Brasileiro para caracterizar o ato ilícito, contida no artigo 186, estabelece que este somente se materializará se o comportamento for culposo. Neste artigo está presente a culpa *lato sensu*, que abrange tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito.

Por dolo entende-se, em síntese, a conduta intencional, na qual o agente atua conscientemente de forma que deseja que ocorra o resultado antijurídico ou assume o risco de produzi-lo.

Não há definição de dolo no Código Civil, porém há uma importante definição feita por Clóvis Beviláqua: “Dolo é artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato jurídico, que o prejudica, aproveitando ao autor do dolo ou a terceiro.” Pode-se dizer, então, que dolo é qualquer meio utilizado intencionalmente para induzir ou manter alguém em erro na prática de um ato jurídico.

DINIZ (2004, p. 417) mostra-se adepta com a definição anteriormente citada:

Parece-nos, contudo que a razão está com Clóvis, pois além de que, na prática, ocorre uma correspondência entre a vantagem auferida pelo autor do dolo e um prejuízo patrimonial sofrido pela outra parte, há, virtualmente, um prejuízo moral pelo simples fato de alguém ser induzido a efetivar negócio jurídico por manobras maliciosas que afetaram sua vontade.

Para PEREIRA (2010, p. 458) pode se compreender por dolo como sendo “a infração consciente do dever preexistente, ou propósito de causar dano a outrem.”

Por sua vez, RODIGUES (2010, p. 160) diz que

O dolo se caracteriza pela ação ou omissão do agente que, antevendo o dano que sua atividade vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito, mesmo, de alcançar o resultado danoso.

Já na culpa *stricto sensu* não existe a intenção de lesar. A conduta é voluntária, já o resultado alcançado não. O agente não deseja o resultado, mas acaba por atingi-lo ao agir sem o dever de cuidado. A inobservância do dever de cuidado revela-se pela imprudência, negligência ou imperícia.

Nas palavras de STOCO (2007, p. 133) pode-se se dizer a respeito do conceito de culpa:

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligencia, existe a culpa (*stricto sensu*).

Para o Direito Civil, não há necessidade quanto a distinção entre dolo e culpa *strictu sensu*, para fins de imputação do dever de indenizar, principalmente quando está relacionado a responsabilidade civil, isto porque, neste ramo do direito, pouco importa a punição do agente, o que realmente interessa é a indenização da vítima, medindo-se esta pela extensão do dano causado.

Nesse sentido, entende-se que tanto a culpa *stricto sensu* quanto o dolose referem à vontade do agente, que é dirigida ao fato causador da lesão, porém na primeira, o agente não quer o resultado, mas este ocorre por falta de cuidado, já na segunda, o agente desde o início almeja o resultado danoso, porém pouco importa essa diferença já que como dito anteriormente, o objetivo não é punir quem praticou o fato e sim indenizar quem sofreu o prejuízo.

O legislador trouxe inovação neste ponto no Código Civil de 2002, ao aduzir no parágrafo único do artigo 944: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a

indenização.” Desta forma a legislação torna possível ao juiz graduar a indenização se houver excessiva desproporção entre o dano causado e a gravidade da culpa, apesar de essa não ser a regra geral.

Basta à responsabilidade civil, portanto, que no momento da conduta, ou o sujeito causou prejuízo intencional a outrem, no caso do dolo, ou o causou por agir sem o dever de cuidado, no caso da culpa *stricto sensu*.

Ao inobservar um dever de cuidado, ou seja, quando alguém ao agir deixa de agir ou age sem a devida atenção, poderá incorrer na responsabilidade civil de forma culposa, agindo com negligência, imprudência ou imperícia.

A negligência, também conhecida como falta de cuidado ou, desatenção ocorre quando há omissão ou falta de observação do dever, ou seja, aquele que deveria agir de forma prudente não age com o cuidado exigido pela situação, isto é, age com descuido, indiferença ou desatenção, não tomando as devidas precauções.

Imprudência é quando alguém age de forma diferente do que era esperado, tem como característica se revelar sempre a partir de uma ação. Pressupõe uma ação precipitada e sem cautela. A pessoa não deixa de fazer algo, não é uma conduta omissiva como a negligência. Na imprudência, ela age, mas toma uma atitude diversa da esperada.

Na imperícia é necessário constatar a inaptidão, ignorância, falta de qualificação técnica, teórica ou prática, ou ausência de conhecimentos elementares e básicos da profissão. É quando alguém que deveria ter domínio sobre uma determinada técnica, porém não a domina.

A teoria da culpa que abarca a responsabilidade civil médica está prevista nos artigos 186 e 951 do Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

Se da atividade do médico advier dano, morte, incapacidade ou ferimento, o dever de provar que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia caberá à vítima, para que seja ressarcida.

Negligência é deixar de fazer aquilo que a diligência normal estabelece. Deriva do latim *negligentia*, e significa um descuido, desleixo, uma falta de diligência, com falta de atenção e um profundo descaso. Ela se configura quando o profissional deixa de observar os deveres impostos à execução de qualquer ato.

Pode-se dizer que a negligência é quando o médico deveria ter certa atitude ou realizar determinada conduta, porém age de forma diversa da esperada. Ocorre irregularidade no que se refere ao comportamento indicado na prática médica. É dever do médico atuar de forma adequada para que possa alcançar o sucesso no tratamento ou na intervenção cirúrgica.

São características da negligência a falta de atenção, descuido e falta de cuidado. Sendo assim, é fundamental no exercício da atividade médica agir com atenção, zelo, cuidado e amor para preservar que algum resultado negativo aconteça.

A distração configura uma das características da negligência, porém também faz parte da natureza do homem, dessa maneira não é tão raro que ela possa ser a responsável por muitos erros médicos, os quais podem variar, desde o médico que confunde os remédios na hora de receitar, até o esquecimento de algum material cirúrgico dentro do corpo do paciente.

Alguns exemplos de negligência que podem ser citados são: diagnóstico falho por exame não específico, troca de prontuários, demora na intervenção cirúrgica, entre outros.

De acordo com os pensamentos de MIGUEL KFOURI NETO (2009, p. 93)

Atribui-se negligência a médicos de pronto socorro, que subestimaram a gravidade dos ferimentos sofridos por criança de três anos de idade, vítima de atropelamento. Examinaram-na superficialmente, prescreveram medicação insuficiente e, seis dias depois, o menor morreu, em consequência de fratura craniana, seguida de comoção cerebral e hemorragia intracraniana.

O autor supracitado, ainda destaca MIGUEL KFOURI NETO (2009, p. 93)

A negligência foi reconhecida em situação que envolveu dois médicos de hospital bem aparelhado. O paciente, apresentando vários traumatismos resultantes de acidente de trânsito, um deles na região parietal esquerda, não foi submetido a exame radiológico e avaliação neurológica. Na sequência, o acidentado morreu. Alegaram os médicos que o paciente falava normalmente, e não havia sinal nenhum de complicação neurológica. Decidiu-se, entretanto, que a *obligatio diligentiam* impunha aos profissionais, naquelas circunstâncias, a elementar cautela de radiografar a vítima.

O próprio Código de Ética Médica traz situações de negligência, em seus artigos 46 e 61:

Art. 46. Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave.

Art. 61. Abandonar paciente sob seus cuidados.

A negligência é bem comum, principalmente nos serviços públicos de saúde devido à falta de interesse, do descaso e da falta de compromisso com seus respectivos deveres éticos.

Para TROVÃO (2005, p. 75)

Negligência, também conhecida como desatenção ou falta de cuidado ao exercer certo ato (necessidade de todo o indivíduo ser prudente), consiste na ausência de necessária diligência, implicando em omissão ou inobservância de dever, ou seja, aquele de agir de forma diligente, prudente, agir com o devido cuidado exigido pela situação em tese.

A negligência não deve ser confundida com a imprudência e a imperícia, sendo a primeira uma omissão por parte do médico, isto porque ele possui conhecimento dos atos que está praticando, porém acaba ficando inerte ou agindo de forma inadequada ou com falta de atenção perante certa situação.

Assim sendo, é a negligência, a imprudência e a imperícia que podem levar o profissional a executar um erro durante o exercício de sua função e cometer um dano.

Ainda seguindo este pensamento tem-se o agente que realiza o ato com intenção, ou seja, age de livre e espontânea vontade, ele tem plena consciência do que está fazendo, e em nenhum momento se importa com o

resultado negativo que possa vir a acontecer, mesmo sabendo causará um dano a outrem.

Ainda nesta linha, o dano é considerado como resultado – querido ou não – cujos efeitos alastram-se para o mundo legal, gerando efeitos que devem ser juridicamente sanados, com o fim de restabelecer-se o equilíbrio esperado pelo Estado.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A responsabilidade civil do médico advém da responsabilidade civil subjetiva. O médico deve atuar de forma diligente, valendo-se de todos os meios adequados, com um cuidado objetivo.

A responsabilidade civil médica é a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano causado a outrem no exercício de sua profissão. Deve, pois, somente, ser indenizado, aquele que, submetido a tratamento médico, venha, por causa deste tratamento e de culpa do profissional, a sofrer um prejuízo, seja de ordem material ou imaterial - patrimonial ou não patrimonial.

Nas palavras de CROCE (2002, p. 03):

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

Complementadas por MATIELO (1998, p.66):

No que concerne à responsabilidade civil dos médicos, segue-se a regra geral da imprescindibilidade da demonstração da culpa do agente, amenizadas as exigências quanto à prova inarredável e profunda de sua ocorrência ante os termos consignados na legislação, quando a natureza da demanda ou as circunstâncias concretas apontarem para a responsabilidade mediante a produção de elementos de convicção mais singelos. (...) Em princípio, a contratação não engloba qualquer obrigação de curar o doente ou de fazer melhorar a qualidade de vida desfrutada, porque ao profissional incumbe a tarefa de empregar todos os cuidados possíveis para a finalidade última – e acima de tudo moral – de todo tratamento, ou seja, a cura seja alcançada. Todavia, a pura e simples falta de concretização do desiderato inicial de levar à cura não induz a existência da responsabilidade jurídica, que não dispensa a verificação da culpa do médico apontado como causador do resultado nocivo.

Em síntese, para que possa subsistir alegação de erro médico e de responsabilidade civil deste profissional, eventuais prejuízos suportados pelo paciente devem decorrer da culpa quando da realização do tratamento médico, da identificação de imperícia, negligência ou imprudência.

Segundo CAVALIERI FILHO (2008, p. 369):

As ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar, que antes eram raras em nossa Justiça, estão se tornando cada vez mais frequentes. Talvez em razão da má qualidade do ensino de um modo geral e dos péssimos serviços prestados, principalmente, pelos hospitais públicos; talvez pelo aumento da procura desses serviços por parte da população em geral, cada vez mais pobre e doente; talvez, ainda, por ter hoje o cidadão uma maior consciência dos seus direitos e encontrar mais facilidade de acesso à Justiça. Em uma década o número de processos por negligência ou imperícia encaminhados anualmente ao Conselho Federal de Medicina (CFM) aumentou sete vezes.

A medicina é hoje um ramo profissional bastante visado no ponto de vista legal, podendo-se dizer até, de extrema dificuldade para os que labutam nela. A responsabilidade médica rege-se pelo princípio jurídico de que todas as pessoas são obrigadas a responder por danos causados a terceiros, com o fim de resguardarem os interesses dos indivíduos na coletividade.

Para que se estabeleça a responsabilidade médica em face da lei vigente, é necessário que estejam presentes requisitos para a sua configuração, que são: o agente, ou seja, é necessário que o médico esteja legalmente habilitado para exercer a profissão de médico, onde, caso não seja, responderá por outros crimes previstos em lei, só pode o médico ser autor da infração penal.

O ato, a conduta deve ser proveniente de um ato lícito e que provoque um determinado dano.

A culpa, neste insere-se a falta de previsibilidade. Não se deve configurar a intenção de prejudicar. A culpa em sentido estrito pode se extrair pela imprudência, negligência ou imperícia, diferentemente da culpa em sentido amplo, que abarca também o dolo.

Quanto ao dano, deverá haver um dano real, efetivo e concreto resultante do ato profissional.

E por fim, o nexo causal, que é a relação de causa e efeito entre um dano determinado e o ato profissional que o determinou. Este nexo tem que ficar estabelecido para que se verifique a responsabilidade médica.

3.1. Natureza da Responsabilidade Médica

Conforme os ensinamentos de CAVALIEIR FILHO (2008, p. 369/370):

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

Ao longo do tempo houve muitas discussões sobre a responsabilidade civil do médico e a sua natureza jurídica, se é caracterizada por meio de contrato ou extracontratualmente. Porém, atualmente parece não haver mais dúvidas em relação à natureza jurídica da relação médico-paciente, ficando clara ser uma relação contratual.

Todavia, anteriormente a esse entendimento pacífico que vigora atualmente, o profissional da saúde tinha mais autonomia no exercício de sua profissão, desta forma, qualquer resultado adverso ao esperado de sua conduta só seria reparado em caso de erro, caracterizando, assim a responsabilidade médica como extracontratual.

Foi com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 que ocorreram mudanças na natureza jurídica da relação jurídica entre médico e paciente e demais profissionais liberais, ou seja, essa relação passou a ser contratual.

Seguindo esse pensamento, temos o ensinamento de BUERES (apud KÜHN, 2002, p.45):

A responsabilidade civil do médico é de natureza contratual, porque ainda que sua atividade seja fruto do intelecto, é um fato suscetível de mensurar-se economicamente, não havendo, portanto, nenhum obstáculo para que constitua o objeto de um contrato, ou seja, um ato jurídico e patrimonial celebrado entre vivos. Este contrato deve ser examinado, investigando-se a vontade dos agentes diante do caso concreto.

Na maioria das vezes a obrigação que o médico assume com seu paciente é de meio, isto porque, o profissional se submete a prestar um atendimento prudente e cuidadoso e raramente estará vinculado a alcançar uma obrigação

de resultado. Vale ressaltar que as cirurgias plásticas são exceções, pois exigem desde o início um resultado.

Para MIRANDA (1996, p.439), a responsabilidade médica é contratual, porém o ato ilícito dá origem à responsabilidade extranegocial.

Em alguns casos, haverá sim a responsabilidade extracontratual, como por exemplo, quando o médico socorre vítima de acidente de trânsito ou atende um incapaz em circunstâncias emergenciais, nestes casos não há como o médico conversar com o paciente e estabelecer uma relação contratual, pois precisa agir rapidamente.

Em relação à natureza contratual da responsabilidade do médico, o entendimento é pacífico, porém não é o que ocorre com a natureza da relação contratual, ou seja, tipo de contrato estabelecido, pois ainda existem dúvidas entre os doutrinadores.

Acontece que na realidade não importará a fixação da natureza contratual, uma vez que, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, o médico é profissional liberal, cabendo então, ao paciente provar a falha cometida pelo médico.

Contudo pode-se falar que o contrato que mais se adequa entre o médico é o *sui generis*, tendo em vista, embora não previsto em lei, ser o mais aceito diante da licitude de seus termos. O enunciado de GIOSTRI (2000, p.61) valida esse entendimento, alertando, portanto, que esse contrato é aquele que não está disciplinado em lei, porém em virtude das crescentes relações humanas tem sido permitido, se válido o seu objeto, para que produza efeitos no mundo jurídico, defendendo, dessa forma, a iniciativa da autonomia das partes.

Seguindo essa linha de raciocínio, DIAS (2012, p. 253) defende a tese de que se trata de contrato *sui generis*, tendo em vista que os serviços médicos estão acima da locação de serviços, devido à sua feição especial, onde visivelmente ocorre um desequilíbrio entre as partes, onde de um lado tem-se a presença do médico e do outro lado o enfermo.

Todavia, MIRANDA (1996, p.445) discorda do pensamento anterior, diz que o contrato do profissional médico é de prestação de serviços, e quem em relação aos atendimentos de urgência, há uma gestão de negócios sem delegação de poderes.

Para FRANÇA (2003, p.51) a responsabilidade médica é contratual, porém este contrato tem como natureza a prestação de serviços, mesmo que o atendimento não seja particular. PANASCO (1979, p. 51) também defende essa linha de pensamento, haja vista ver o médico como prestador de serviço, em se tratando de consultório particular.

3.1.1. Obrigação de Meio e de Resultado

Se tratando de obrigação de meio e de resultado é necessário fazer referência ao estudo da Teoria Geral das Obrigações, que trata das relações negociais entre partes, dando ênfase ao cumprimento por parte do devedor de uma prestação que pactuou com o credor.

Nesse sentido PEREIRA (1998, p. 03) destaca "A obrigação é o vínculo jurídico ao qual nos submetemos coercitivamente, sujeitando-se a uma prestação, segundo o direito de nossa cidade."

As obrigações são classificadas sob diversas formas, dentre os quais podemos evidenciar quanto ao objeto como sendo positiva ou negativa e quanto ao sujeito sendo indivisível e solidária e ainda quanto aos elementos não fundamentais.

Vale lembrar neste momento a classificação feita por René Demogue (1911), jurista francês, que organizou a obrigação em dois tipos, sendo estes, obrigação de meio e de resultado, cada qual com características próprias.

Como a própria palavra diz, a obrigação de resultado se caracteriza como sendo aquela em que através do ato praticado deve-se atingir um resultado previamente acordado entre as partes. Dessa forma, se o resultado esperado não vier a ocorrer ou for diverso do pactuado previamente, haverá a verificação de culpa por parte do médico, cabendo neste caso ao devedor o ônus da prova.

No que consiste às obrigações de meio, estas se caracterizam pela obrigação em que o devedor se obriga a agir com prudência e diligência e utilizar todos os meios necessários e disponíveis para atingir um resultado final, portanto, não há que se falar em inadimplemento por não atingimento do resultado final. Aqui o que importa é a atividade do devedor, ou seja, se ele utilizou todos os recursos que tinha a sua disposição e de forma correta. A finalidade de tais obrigações é a própria atividade do devedor, ou seja, se os meios que ele tinha disponíveis foram utilizados e assim alcançaram o objetivo ora esperado, sendo que a não execução da obrigação se define pela omissão do devedor de tomar certa atitude ou manter certo comportamento de modo que ele não consiga alcançar o resultado previsto.

Via de regra, a obrigação do médico é de meio, haja vista que o profissional ao tratar de um enfermo não tem a obrigação de curá-lo, mas é necessário que utilize de todos os meios necessários para alcançar um resultado satisfatório. Não é questionado o resultado alcançado, mas se o profissional agiu de forma diligente e prudente. Neste caso, o médico só poderá ser responsabilizado se quando estava agindo no exercício de sua profissão deixou de empregar os meios e métodos necessários que tinha a sua disposição, sendo estes próprios e corretos, implicando em culpa, seja por negligência, por imprudência ou imperícia, prejudicando o paciente. Vale ressaltar que só haverá nexo causal se o dano advier de um ato médico.

Com base no que foi dito anteriormente, estabelece-se em regra que a obrigação do médico seja de meio. Porém existem algumas exceções, sendo estas, configuradas por uma obrigação de resultado. Tem-se como exemplo as cirurgias plásticas, em que desde o início médico e paciente esperam alcançar um resultado único. Sendo assim, não haverá, neste caso, a comprovação de culpa, isto porque se o que fora acordado anteriormente não for alcançado, recairá sobre o médico o dever de indenizar, tendo como base o não cumprimento da obrigação.

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

TJ-DF – APELAÇÃO CÍVEL AC 5104698 DF (TJ-DF) CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - OBRIGAÇÃO MÉDICA: DE MEIO E NÃO DE RESULTADO - NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE EVENTO E CONDUTA: NÃO COMPROVADOS - INDENIZAÇÃO: IMPROCEDENTE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1 - O INSUCESSO DE TRATAMENTO MÉDICO NÃO AUTORIZA INDENIZAÇÃO DE PERDAS E DANOS, QUE OCORRERIA, SE A LESÃO OU MORTE DO PACIENTE RESULTAR DE MANOBRA CULPOSA OU DOLOSA DO MÉDICO. 2 - A ASSISTÊNCIA MÉDICO-CIRÚRGICA DÁ-SE POR MEIO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, NO QUAL A OBRIGAÇÃO ASSUMIDA É DE MEIO E NÃO DE RESULTADO.

No Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, dispõe sobre a responsabilidade por danos aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, consagrando assim a presença da responsabilidade objetiva que permeia esse diploma legal, tendo apenas uma exceção presente no § 4º deste mesmo dispositivo, que dispõe: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

Trata-se de responsabilidade subjetiva quando se referir à obrigação de meio, cabendo ao paciente a comprovação da culpa do profissional, e quando da obrigação de resultado, apesar de ainda se tratar de responsabilidade subjetiva, a responsabilização do profissional médico dar-se-á pela presunção de culpa, havendo a inversão do ônus da prova, com fulcro no art. 6º, § VII da Lei 8.078/90.

Em última análise podemos afirmar que a obrigação assumida pelo médico é de meio, onde será responsabilizado se não honrar com seu compromisso.

3.2. Deveres do Médico

Como disposto no Código de Ética Médica em seu capítulo III, artigo 1º:

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

De acordo com o Manual de Orientação Ética e Disciplinar do médico, o médico tem o dever de lutar pelo perfeito desempenho ético da medicina, pelo prestígio e bom conceito da profissão, aprimorando continuamente seus conhecimentos científicos em benefício dos pacientes, da prática e do ensino

médico, manter absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente, nunca se utilizando dos seus conhecimentos para gerar constrangimentos ou sofrimentos físicos ou morais ao ser humano, exercer a medicina com ampla autonomia, evitando que quaisquer restrições ou imposições possam prejudicar a eficácia e correção do seu trabalho, entre outros.

O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da sua profissão, conduta exigível de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica.

DIAS (2012, p.16) decompõe as obrigações implícitas no contrato médico em deveres de conselhos, cuidados, abstenção de abuso ou desvio de poder.

O médico tem o dever de informar tudo ao seu paciente, ou seja, deve esclarecer ao seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, aconselhando a ele e a seus familiares sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado.

Ao inverso do que ocorria anteriormente, a expectativa hoje é a de manter o paciente informado da realidade do seu estado. Quando os diagnósticos são complicados, é necessário agregar o dever de informação a que o paciente tem direito com a necessidade de manter o mesmo esperançoso, isto para que ele não se desespere, o que, se ocorrer, pode de alguma forma prejudicar o tratamento.

Sendo o entendimento do médico a fatalidade do paciente, este deverá ser comunicado a um parente ou responsável pelo enfermo, porém de forma prudente e cautelosa.

Ao se tratar de risco terapêutico, o médico deve alertar o paciente dos riscos que possam vir a acontecer, já os excepcionais não necessariamente devem ser avisados. Contudo, tanto nas cirurgias quanto no uso de novos medicamentos, essas informações devem ser passadas de modo que não fiquem dúvidas. Os esclarecimentos devem ser feitos de forma clara, de maneira que o paciente consiga entender perfeitamente o que o médico está

querendo dizer e possa decidir sobre o tratamento ou a cirurgia recomendada pelo médico.

Seguindo este pensamento, é válido ressaltar que para que o médico exerça sua função é necessário que este obtenha o consentimento do paciente para o tratamento terapêutico ou a intervenção cirúrgica. Sempre que tiver um risco previsível, é essencial que o paciente tenha conhecimento, com exceção apenas para os casos de urgência. É direito do paciente decidir sobre a sua saúde e avaliar o risco do procedimento o tratamento ao qual irá se submeter.

Caberá ao juiz concluir se houve ou não o consentimento da vítima para que o médico realizasse tal procedimento. Importante destacar que uma das provas mais relevantes é a declaração escrita do paciente ou de seu representante, autorizando o profissional agir de tal maneira.

Em determinados casos, é impossível que ocorra a outorga do paciente, como por exemplo, no desenrolar de uma cirurgia surgir um fato novo, obrigando o médico a agir imediatamente. Se o médico puder evitar o prosseguimento do ato, é recomendado que ele assim faça, porém se ele for obrigado a agir, ele deverá dar sequência ao procedimento.

Além dos deveres de informação, obtenção de consentimento e de cuidado, tem o médico o dever de sigilo, conforme o Capítulo IX do Código de Ética Médica:

SIGILO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.

Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito. (nova redação – Resolução CFM nº 1997/2012)

Art. 78. Deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido.

Art. 79. Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial.

Não poderá o médico, abusar de seu poder e submeter o paciente a experiências, vexames ou tratamento que não sejam compatíveis com a situação, nem mesmo abandonar paciente sob seus cuidados, salvo caso de renúncia ao atendimento, por motivos justificáveis, assegurada a continuidade do tratamento. Quando o médico estiver impedido de agir, ele deverá garantir sua substituição por profissional habilitado e não poderá em hipótese alguma recusar o atendimento de paciente que procure seus cuidados em caso de urgência, quando não haja outro em condições de fazê-lo.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

4.1. Relação médico-paciente como relação de consumo

Importante destacar que embora a vida e a saúde não sejam consideradas bens passíveis de venda ou comercialização, podem estar abarcadas no Código de Defesa do Consumidor.

Em se tratando da relação entre médico e paciente, tem-se uma relação na qual se espera uma prestação e em consequência uma contraprestação financeira recaindo então no Direito do Consumidor.

É necessário que os componentes da relação entre médico e paciente sejam equiparados legitimamente a um vínculo consumerista.

Seguindo essa linha de pensamento CAVALIERI FILHO (2008, p. 469) defende:

Relação de consumo é a relação jurídica, contratual ou extracontratual, que tem numa ponta o fornecedor de produtos e serviços e na outra o consumidor; é aquela realizada entre o fornecedor e o consumidor tendo objeto a circulação de produtos e serviços. Havendo circulação de produtos e serviços entre o consumidor e o fornecedor, teremos relação de consumo regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Complemente ainda, dizendo:

Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente de consumo, não se discute culpa; o fornecedor responde por ele simplesmente, porque lançou no mercado um serviço com defeito. E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito era previsível ou evitável. Em face do fato do serviço, o defeito é presumido, porque o Código diz – art. 14, § 3º, I – que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade se provar – ônus seu – que o defeito inexistiu, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço.

Assim, ao classificar a relação médica como uma relação de consumo, traz-se à baila o artigo 2º do CDC, o qual define o consumidor como: "Toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Nesse viés, o paciente enquadra-se nesta acepção, posto que utiliza em benefício próprio os conhecimentos do profissional da área médica. E mais, remunera-o pela prestação de tal serviço.

Já o fornecedor, disposto no artigo 3º do CDC, é:

Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação (...), distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O conceito supracitado é genérico. Logo, qualquer pessoa física (médico) ou jurídica (hospital), apta profissionalmente ou, respectivamente, autorizada a realizar procedimentos médicos, tipifica-se no Código Consumerista como prestador de serviço.

A Lei nº 8.078/90 estabeleceu normas de proteção e defesa do consumidor, consolidando os princípios básicos traçados pelo legislador constituinte. Com isso, os interesses e os direitos do consumidor têm uma nova arma em sua defesa, constituindo um grande passo no resgate da cidadania.

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor trata da responsabilidade por danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e seus riscos. No parágrafo quarto do mesmo artigo o legislador manteve a culpa como requisito para a responsabilização dos profissionais liberais, seguindo a orientação adotada no Código Civil:

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

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

O Código de Defesa do Consumidor tem como principal objetivo garantir o equilíbrio entre as partes que estiverem participando da relação de consumo, passando a existir entre o fornecedor e o consumidor um respeito maior. Sendo assim, ele atende às necessidades dos consumidores, respeitando sua dignidade, saúde e segurança, além dos interesses econômicos, o que significa um salto de qualidade em suas vidas.

4.1.1. Orçamento prévio para a prestação dos serviços médicos

Não são raros os casos em que o paciente só tem noção do custo de seu tratamento após a efetivação do serviço, o que de fato não pode acontecer, pois gera um total desrespeito. É necessário que o orçamento seja previamente passado ao paciente, antes de realizado qualquer serviço. Sobre o tema veja o que preceitua o artigo 40, do Código de Defesa do Consumidor, que é expresso ao dispor:

O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento bem como as datas de início e término dos serviços.

Seguindo essa linha, o artigo acima estabelece que seja necessário que o fornecedor de serviço seja obrigado a entregar ao consumidor orçamento preliminar informando o valor da mão de obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados.

Portanto, o orçamento feito pelo estabelecimento de saúde ou médico sem o consentimento do paciente não tem a capacidade de obrigá-lo a pagar as despesas. Pode-se considerar como sendo uma prática abusiva o médico que realiza serviços sem a elaboração prévia de um orçamento e ainda, autorização explícita do paciente.

Assim sendo, o termo de responsabilidade, quando não estiver acompanhado de orçamento preliminar que o paciente tenha conhecimento, considera-se necessariamente cláusula potestativa, vez que o paciente fica obrigado a pagar uma conta que desconhece e deveria ter sido apresentada anteriormente.

Desse modo, as cobranças que forem feitas ao paciente sem a sua prévia anuência e com conhecimento do orçamento anterior ao serviço, deverão ser consideradas ilegítimas e abusivas, com exceção do atendimento feito com urgência.

4.1.2. Prontuário Médico

É direito de qualquer paciente ou de seu representante legal após solicitado receber a cópia do respectivo prontuário médico.

Entende-se como sendo prontuário médico a junção de todos os documentos que arrolam procedimentos, exames, condições físicas e demais informações do paciente. É de competência do médico, em seu consultório, e aos diretores clínicos ou diretores técnicos, nos estabelecimentos de saúde, a responsabilidade pela guarda dos prontuários.

Este direito encontra-se amparado no artigo 88 do Código de Ética Médica e, ainda, no artigo 72 do Código de Defesa do Consumidor, no qual o prestador de serviço que “impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros” está sujeito a uma pena de seis meses a um ano de detenção ou multa.

4.3. Ônus da Prova

Para DIDIER JÚNIOR, BRAGA, OLIVEIRA (2012, p. 76), pode-se entender por ônus:

Ônus é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação. Ônus são imperativos do próprio interesse, ou seja, encargos sem cujo desempenho o sujeito se põe em situações de desvantagem perante o direito.

O ônus da prova autoriza dar conhecimento as duas partes sobre a sua parcela de responsabilidade na formação das provas materiais necessárias para construir o caso do juízo do ato, assim sendo, o ônus da prova é uma regra dirigida às partes.

4.3.1. *Inversão do ônus da prova*

O Código do Consumidor permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor em seu artigo 6º. Em relação ao assunto, KFOURI NETO (2009, p. 217) comenta:

A inversão do ônus da prova é técnica que tem conseguido, na jurisprudência, resultados concretos em favor do consumidor. O Código do Consumidor, art. 6º, VII, prevê, entre os direitos básicos do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

A inversão do ônus da prova autoriza nas ações de reparação que o ônus seja conferido ao próprio fornecedor contanto que esteja presente a hipossuficiência ou a verossimilhança da alegação. O juiz, segundo as regras de experiência, inverterá o ônus da prova, cometendo ao fornecedor o ônus de provar a ausência do nexo causal.

Nesta linha de pensamento, SALAMANCHA (2011, p. 119-120) opina:

Quando se fala em hipossuficiência e em verossimilhança, se está como que a dizer: o que se objetiva em verdade é facilitar a defesa do consumidor em juízo. Se este dispõe de meios para provar suas alegações, a inversão é de todo desautorizada. Na verdade, não há uma inversão do ônus probatório, mas a isenção de consumidor/paciente de provar o nexo causal, uma vez que a contraprova desse nexo sempre ficará a encargo do fornecedor/médico, quer se aplique o art. 6º, VII, quer não.

A alegação presumida (também chamada de verossimilhança) tem como objetivo aproximar o magistrado à verdade da causa. Desta forma, o mesmo pode inverter o ônus da prova, na eventualidade dos fatos alegados pelo paciente serem acreditáveis, cabendo ao médico provar a sua inocência, não do paciente de provar a culpa do médico.

Se o juiz averiguar a verossimilhança das alegações do paciente, baseando-se nas regras de experiência, poderá presumir que as mesmas são verdadeiras impondo ao profissional médico a responsabilidade de prova contrária.

Nas palavras de SALAMANCHA (2011, p. 121):

Na hipossuficiência, a inversão do ônus da prova, a mesma deve ser verificada segundo as regras ordinárias de experiência, ou seja, os casos que o consumidor for a parte mais fraca econômica ou tecnicamente.

Segundo o pensamento supracitado DANTAS (2009, p. 50) defende:

Verificando o juiz que o consumidor se encontra em situação de fragilidade e hipossuficiência probatória – sem dispor de condições materiais, técnicas, sociais ou financeiras de produzir prova quanto ao legado -, deve supor serem suas alegações verdadeiras, determinando que a contraparte atente para o encargo de prova contrária.

Para SALAMANCHA (2011, p. 121)

(...) a tese de hipossuficiência técnica seria a mais relevante, pois muitas vezes o autor não possui o conhecimento suficiente para comprovar o seu direito, já que não dispõe de subsídios para realizar as provas necessárias.

Conforme os ensinamentos de NETTO (2008, p. 82):

A previsão da inversão do ônus da prova amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais (fornecedor/consumidor) – desigualdade essa reconhecida pela própria lei. Assim a inversão pode-se dar em qualquer ação ajuizada com fundamento no CDC. É um expediente técnico, portanto – inversão do ônus da prova. A vítima larga em vantagem, pois a culpa do agressor já é presumida. Não é preciso que a vítima prove a culpa do agressor, basta que prove o dano e o nexó causal.

Sempre caberá ao magistrado decidir se irá ou não inverter o ônus da prova, levará em conta as particularidades de cada caso. A inversão atuante neste caso é chamada de *ope judicis*, cabendo ao juiz analisar se os pressupostos legais estão de acordo para que a inversão seja imposta.

4.3.2. Inversão do ônus da prova nas situações de erro médico

Para SALAMANCHA (2011, p. 111) não é fácil comprovar a culpa médica devido às características que envolvem a sua consecução. Existem inúmeros obstáculos no momento de comprovação da culpa, dentre eles:

(...) a natureza confidencial das relações médico-paciente; silêncio daqueles que assistem ao ato médico ou que dele participam; aspecto demasiado técnico da maioria das culpas médicas danosas.

Além disso, para se obter sucesso em pleito indenizatório, resta claro e evidente que é o autor que tem o ônus de provar a incúria médica, pois o CDC dispõe em seu art. 14, parágrafo 4º, que a responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva, isto é, a culpa precisa estar configurada em quaisquer de suas modalidades: negligência, imperícia ou imprudência.

Como a relação entre o médico e o paciente é restrita/confidencial, não há documentos e nem ao menos testemunhas para que se possa comprovar uma possível advertência a um procedimento realizado pelo médico sobre os riscos de algum procedimento ou cirurgia. Sendo assim, mais uma vez, mostra-se essencial e importante o termo de consentimento informado.

Com relação à inversão do ônus da prova, SALAMANCHA (2011, p. 114) ressalta:

O médico deve contribuir com a produção de provas, visando a uma conduta processual de colaboração ativa, pois também é de seu interesse a reconstrução histórica do fato, de modo que fique demonstrado que ele não deu causa ao dano. Portanto, deve-se ter em conta que há necessidade de que ambas as partes concorram para a carga da prova, encontrando seu fundamento na aplicação das regras processuais, correspondendo não só a quem afirma um fato, senão também a quem nega a sua existência.

As imposições que cabem ao ônus da prova possuem apenas a função de mostrar qual das partes está legitimada para exercitar o poder processual de trazer as provas. É uma questão que exige cuidados, uma vez que o paciente muitas vezes não entende praticamente nada sobre a medicina, deixando clara uma desigualdade entre as partes no processo.

Algo que deve ficar bem claro é que a inversão do ônus da prova prevista no Código de Direito do Consumidor não constitui um privilégio a facilitar um direito ao consumidor/paciente de vencer mais facilmente uma eventual demanda em face do fornecedor/médico. (SALAMANCHA, 2011, p. 116)

Por ser considerada uma prestação de serviços, a atividade médica está sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor, que como foi visto acima, uma vez presente a verossimilhança ou a hipossuficiência deve-se adotar a inversão do *onus probandi*, até mesmo pela impossibilidade de arcar com a perícia judicial. Vale ressaltar também que a lei determina que basta apenas que um dos requisitos (verossimilhança ou hipossuficiência) esteja presente para que se aplique o dispositivo referido.

Por fim, conclui-se que o médico (que neste caso é o fornecedor) é quem está em condições mais favoráveis de realizar a prova de um fato, uma vez que a prova está ligada diretamente à sua atividade, a medicina.

5 CONCLUSÃO

A presente monografia teve como objetivo, mostrar a responsabilidade civil do médico quando analisada sob a luz do Código de Defesa do Consumidor.

Antes de discutir a responsabilidade civil médica, especificamente quando analisada perante o Código Consumerista, fez-se necessário o estudo da responsabilidade civil em geral, inclusive a divisão de espécies desta. A responsabilidade civil subdivide-se em objetiva, fundada no risco e subjetiva, fundada na culpa e ainda como contratual e extracontratual.

Em relação à responsabilidade civil do médico, foram ressaltados os deveres impostos a este profissional, como por exemplo o dever de agir com zelo e clareza para com seus paciente, de forma que possa agir até que esgote todas as suas possibilidades, sempre em busca de alcançar o resultado acordado previamente.

Outra questão de extrema importância foi a análise da relação médico-paciente como relação de consumo. O paciente, por ser vulnerável, passou a ser consumidor, e foi inserido no conceito previsto no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, e o médico, por consequência, passou a ser o fornecedor, enquadrando, dessa forma, no artigo 3º do mesmo código.

No que se refere às provas, caberá inicialmente à vítima o ônus de provar. Todavia, é importante ressaltar que não são raras as vezes que os pacientes têm dificuldades em reunir provas para que o médico seja responsabilizado, isto porque, é constituído como sendo a parte mais frágil do processo, cabendo, no entanto, a inversão do ônus da prova.

Atualmente, alegando o paciente falha médica, caso o magistrado entenda que a vítima terá dificuldades em provar a alegação, poderá ele diante da verossimilhança dos fatos ou hipossuficiência do autor inverter o ônus da prova, cabendo, então, ao médico o dever de provar que tal acusação não seja verdadeira. Assim sendo, tem-se um equilíbrio entre as partes, já que o paciente muitas vezes fica no prejuízo.

Outro ponto importante que foi abordado diz respeito à possibilidade de o médico cometer erros, de modo que há excludentes de responsabilidade, incluindo fatos a que o próprio paciente deu causa para que sofresse um dano.

Deste modo, sendo a vida o principal bem tutelado pela Constituição da República Federativa do Brasil, e considerando que a medicina é uma das atividades mais importantes exercida pelo homem, esta deverá ser praticada sempre com responsabilidade, sinceridade, zelo, amor e principalmente com respeito à vida do seu paciente.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Beviláqua**. Edição histórica – vol. 1. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 25 abr 2017.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em 06 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Acórdão Apelação Cível. Relator: GIACOMET, Lélia Samardã. Publicado no DJ de 21/05/2004 - 6626. Disponível em <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5096971/apelacao-civel-ac-2007112-pr-apelacao-civel-0200711-2>> Acesso em 13 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Acórdão Apelação Cível. Relator: MARIOSA, João. Publicado no DJU de 01/12/1999 p. 42. Disponível em <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3204190/apelacao-civel-ac-5104698-df>> Acesso em 07 jun. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). Código de ética médica. Resolução nº 1.931/09. Brasília: Teixeira, 2009.

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

DANTAS, Eduardo. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade civil**. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7.ed. Salvador: JusPodivim, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. São Paulo: Fundo Editorial Byk Prolense, 2003.

GIOSTRI, Hildegard Taggsell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 2006.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico: responsabilidade civil do dentista, completo ementário cível e criminal, jurisprudência do CRM e planos de saúde, acórdãos cíveis na íntegra**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KÜHN, Maria Leonor de Souza. **Responsabilidade Civil: natureza jurídica da relação médico-paciente**. São Paulo: Manole, 2002.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borso, 1996.

PANASCO, Wanberdy Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil – vol. 4**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil – volume 4**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade civil dos médicos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

SALAMANCHA, Consuelo Taques Ferreira. **Inversão do ônus da prova**. 2.ed. Juruá, 2011.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TROVÃO, Antônio de Jesus. **Uma breve análise acerca da sintaxe do título III do Livro III, do Código Civil vigente: Do dano**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, n° 128. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=639>> Acesso em: 15 jun. 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil – vol. 4**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil – vol. 4**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil – vol. 4**. 10^a. ed. São Paulo: Atlas, 2010.