

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO TOCANTE À CULPA MÉDICA E À LIQUIDAÇÃO DOS DANOS

Aldo Aranha de Castro*

Sumário: 1. Introdução 2. Da Responsabilidade Civil 2.1 Conceituação de Responsabilidade Civil 2.2 Histórico da Responsabilidade Civil 2.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva 2.4 A Responsabilidade Subjetiva e o Código de Defesa do Consumidor 3. A Responsabilidade Civil Médica 3.1 Noções Gerais 3.2 Visão Histórica da Responsabilidade Civil do Médico 3.2.1 Roma 3.2.2 Grécia 3.2.3 França 3.3 Direito Comparado 4. A Culpa Médica 4.1 A Responsabilidade Civil do Médico no Tocante à Culpa 4.2 A Análise do Erro Médico e de Diagnóstico 4.3 A Culpa *Stricto Sensu* 4.3.1 Imprudência 4.3.2 Negligência 4.3.3 Imperícia 4.4 Distinção entre culpa civil e penal 4.5 Da Cláusula de Não-Indenizar e do Contrato Médico 5. A Liquidação dos Danos Médicos 5.1 Liquidação: Danos Emergentes e Lucros Cessantes 5.2 Erro Médico que Resulte em Morte 5.3 Lesões e suas Consequências 5.4 Dano Moral 5.5 Pagamento de Pensão Alimentícia em Virtude de Erro Médico 5.6 Prescrição da Obrigação de Indenizar no Dano Médico 6. Conclusão 7. Bibliografia.

RESUMO

A presente monografia tem por escopo o estudo da responsabilidade civil do médico, particularmente no tocante à culpa médica, isto é, aquela que envolve a responsabilidade subjetiva do médico em sua relação com o paciente. Para que se forme uma base sólida para esse estudo, deve-se partir do conceito de responsabilidade civil propriamente dita, cumprindo-se mencionar a relação desta com o Código de

* Mestrando do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR, Marília – Brasil.
E-mail de referencia: mariadefatimaribeiro@uol.com.br

Defesa do Consumidor, para após, abordar-se a responsabilidade civil médica, desde a época em que ela surgiu, passando-se por uma trajetória histórica, até chegar ao que se vê na atualidade. Assim, é de suma importância conhecer as formas de culpa *stricto sensu* (imprudência, negligência e imperícia), para que se possa enquadrá-las no caso concreto. Importante também, saber quando ocorre o erro médico e de diagnóstico, e a diferenciação básica entre culpa penal e culpa civil, esta última, o objeto do presente trabalho. Ao final, e não menos importante, falar-se-á sobre a questão da liquidação dos danos médicos, que será feita após a comprovação do ato danoso do médico, do dano efetivamente causado ao paciente, e do nexo de causalidade entre o ato e o dano. A extensão do dano servirá de parâmetro para a fixação do montante a ser indenizado pelo médico ao paciente. Esta indenização pode se dar no caso de morte ou lesão (temporária ou permanente) que inabilite o paciente, ou a título de danos morais, que serão analisados minuciosamente no caso concreto. Quando se trata de responsabilidade civil por erro médico, é essencial respeitar as normas da legislação, em especial o Código Civil, mas o magistrado, em momento algum, deve deixar de lado o bom senso, devendo sim, decidir com a fundamentação e discernimento que o caso concreto exige, sempre no intuito de, acima de tudo, fazer-se a mais íntegra e pura justiça.

Palavras-chave: responsabilidade civil do médico. Culpa médica. Responsabilidade subjetiva. Culpa *stricto sensu*. Liquidação dos danos médicos.

ABSTRACT

The present paper has as its main aim the study of a physician's liability, specifically regarding medical fault, that is, the one that involves the physician's subjective liability in relation to the patient. So that a solid basis may support this study, we must start from the concept of civil responsibility itself, complying with its relation to the Code Consumer and later on, approach the medical liability, from its onset, going through a historical path, until we reach today's picture. Therefore, it's important to know the *stricto sensu* types of fault (recklessness, negligence and malpractice) so that we can fit them in the concrete case. It's also important to know when the medical error and misdiagnosis occur, as well as the basic difference between criminal and civil guilt, having the later as the object of this paper. At last, and also significantly, we will talk about the liquidation of medical damages, which will be held after evidencing the harmful medical act, the harm effectively imposed on the patient, and the causal link between act and damage. The damage extent will work as parameter to fix the amount to be rewarded by the physician to the patient. This compensation may happen either

in case of death and injury (temporary or permanent) which disables the patient, or by way of moral damages, which will be thoroughly analyzed in the concrete case. When it comes to medical error liability, it's essential to respect the norms of the legislation, specially the Civil Code, but the magistrate mustn't leave common sense aside at any moment; thus, it must make decisions with the discernment and reasoning that the concrete case demands, always intending to do the fullest and purest justice, above all things.

Key words: physician's liability. Medical guilt. Subjective responsibility. *Stricto sensu* guilt. Medical damage liquidation.

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por tema a responsabilidade civil do médico, com ênfase para a culpa médica e a liquidação dos danos ocasionados em virtude do erro médico.

Faz-se necessária, para iniciar o desenvolvimento do trabalho, uma abordagem sobre como se deu o surgimento da responsabilidade civil propriamente dita, sua evolução com o passar do tempo, seu conceito e algumas de suas modalidades, uma breve análise relacionada com o Código de Defesa do Consumidor para, somente então, após a compreensão da regra geral sobre responsabilidade civil, analisar-se a responsabilidade voltada para a área médica.

Em sequência, portanto, buscar-se-á a definição da responsabilidade civil do médico, trazendo uma visão histórica da mesma, onde surgiram as primeiras noções e notícias de responsabilidade médica, e como era procedido às épocas mais antigas, e como foi se alterando, evoluindo e tornando-se mais rígida com o passar do tempo. Com esta abordagem, é de grande importância, também, que se faça uma comparação do procedimento da responsabilidade civil médica no Brasil e em outros países, através do direito comparado.

Após estas análises, tanto em relação aos conceitos quanto dos históricos da responsabilidade civil, quer em sua regra geral, como voltados para a área médica, partir-se-á para uma abordagem mais específica acerca do tema objeto do presente trabalho, isto é, a culpa médica.

Para a existência da culpa médica, faz-se necessária a presença da conduta voluntária do médico para a prática de determinado ato, e além disso, deve existir um dano causado ao paciente, e o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano efetivamente causado. Assim, como o desenvolvimento do trabalho presta-se a enfatizar a responsabilidade subjetiva, fundamentada na culpa médica, expor-se-á acerca da culpa

stricto sensu, com uma análise acerca da imprudência, negligência e imperícia, citando-se exemplos para elucidar cada uma dessas definições, bem como para que se possa fazer uma distinção entre uma e outras, no intuito de não serem confundidas quando de sua aplicação no caso concreto.

Será explanada também, ainda que de forma sucinta, a questão da distinção entre a culpa civil e a culpa penal, atendo-se em especial, à culpa civil, até mesmo pelo objeto do trabalho estar voltado para a responsabilidade civil. Será exposto também, acerca da análise do erro médico e de diagnóstico, bem como da existência da cláusula de não-indenizar e do contrato médico, para se ter uma noção de como elas se enquadrarão no dia-a-dia.

Por fim, definir-se-á o que é a liquidação dos danos médicos e como ela se procede. Nesta fase do trabalho, será importante destacar a conceituação de danos emergentes e lucros cessantes e como eles podem vir a existir no decorrer do processo, após a comprovação da responsabilidade do médico, além de se demonstrar como eles podem ser exigidos, se um pode existir sem o outro, se ambos devem existir para gerar o dever de indenização, ou seja, quando se fará presente o dever do médico, em reparar o dano causado ao paciente.

A indenização pode se dar por diversos motivos, dentre os quais em virtude da morte ou lesão causada ao paciente, e dependerá da forma como aconteceu o procedimento e o erro médico. É de grande valia destacar que, para a quantificação do valor da indenização, dever-se-á levar em consideração a condição econômica, social e cultural da vítima. Este valor será fixado pelo juiz, que terá o livre arbítrio para a sua fixação, no entanto, a decisão deve ser fundamentada e respeitar todos os princípios legais.

Outro tópico importante a ser abordado, ainda no tocante à liquidação, é a questão do dano moral, quando ele irá existir, e como se deve proceder para a condenação do médico em relação ao sofrimento experimentado pela vítima. Abordar-se-á também, acerca da questão alimentícia, em caso de morte do paciente, ou no caso de este ficar com sequelas, definindo-se como se dará a fixação do valor da pensão, bem como até que idade ela deverá ocorrer.

Derradeiramente, falar-se-á brevemente sobre a prescrição da obrigação de indenizar em relação ao dano médico, que encontra previsão legal no Art. 206, § 3.º, do Código Civil.

Espera-se que, ao final, tenha existido uma contribuição para o esclarecimento de dúvidas porventura existentes, em relação a este tema, que é interessante, rico em detalhes, e onde não há uma exatidão, ou seja, não há uma regra geral para todo caso, e que, para seu desfecho, e uma melhor solução, dependerá de cada caso concreto para a aplicação da regra

que imponha uma maior justiça, tanto para o paciente, quanto para o médico.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é aquela que permite a reparação de danos da parte que foi lesada por algum ato que fora contra si praticado, e que causou dano em virtude de culpa (dolo ou culpa *stricto sensu*) de quem o praticou, ou seja, tem por escopo proteger o direito de quem se sente lesado, não deixando impune o causador do dano.

Contudo, há de se destacar que a busca pela reparação do dano, por parte da pessoa que supostamente foi lesada, não pode proceder de modo aleatório, sem fundamentos, visto que uma situação assim traria insegurança jurídica, sem existir parâmetros para um pleito de indenização por danos, a qual se daria de forma vaga.

Para que se fundamente a necessidade de reparação por danos causados, deve-se demonstrar não somente os danos efetivamente ocasionados pelo médico e a culpa do causador destes referidos danos, bem como o nexo causal entre a culpa e o dano, quando se tratar de responsabilidade subjetiva, ou apenas demonstrar que foi sofrido algum dano, caso em que, deparar-se-á com a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco.

É importante ressaltar, ainda neste contexto introdutório, que a responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual.

A responsabilidade contratual é a oriunda da inexecução de um contrato, quer seja ele unilateral ou bilateral. Caracteriza-se referida responsabilidade, pela ocorrência de um inadimplemento do acordo de vontade firmado entre as partes, decorrendo daí, um ilícito contratual. Este acordo de vontade supracitado pode ocorrer de forma tácita ou expressa, sendo que, uma das partes fica no anseio de ver sua solicitação atendida, e a outra, por sua vez, compromete-se no cumprimento da obrigação, pois, mesmo que de forma verbal, assumiu uma obrigação, e deve cumprir o que foi acordado.

Por sua vez, a responsabilidade extracontratual não é resultado de um contrato entre as partes. Nesta, a vítima sofre algum tipo de lesão a direito, sem que tenha ocorrido uma relação jurídica entre as partes que gerasse uma obrigação contratual entre elas. A dificuldade em se comprovar essa espécie de responsabilidade resulta do fato de que, é ônus exclusivamente da vítima, demonstrar que houve prática do ato ilícito e que houve culpa pelo causador deste referido dano.

Essas duas espécies estão distintas no Código Civil Brasileiro, conforme resta exposto nos seguintes artigos:

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.¹

[...]

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.²

[...]

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.³

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.⁴

Cumprido destacar que, nos artigos 186 e 927 há uma abordagem, mesmo que de forma genérica, sobre a responsabilidade extracontratual, e nos artigos 389 e 395, há uma abordagem sobre a responsabilidade contratual, também de forma genérica. O Código Civil, mesmo objetivando uma distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, o fez de modo genérico, o que acaba por não existir qualquer menção a referências, ou pontos específicos, que possam diferenciar essas duas espécies de responsabilidade, não se podendo, assim, apontar que determinado caso de responsabilidade civil é exclusivamente contratual, ou apenas extracontratual.

Alguns doutrinadores, dentre os quais, Silvio Rodrigues, por exemplo, referem-se à responsabilidade contratual e extracontratual como que de naturezas iguais que, por isso, não deveriam ser disciplinadas de forma separada, todavia, ainda defendem que seja feita uma distinção entre

¹ BRASIL. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 175.

² Idem Ibidem. p. 191.

³ Idem Ibidem. p. 192.

⁴ Idem Ibidem. p. 230.

ambas, para efeitos didáticos, e para que se possa ter uma melhor compreensão acerca do assunto.

Isto porque, conforme explanado, há algumas particularidades nos conceitos de responsabilidade contratual e extracontratual que, por alguns motivos, acabam por individualizá-las e fazer com que não se confundam.

Embora o Código Civil não traga nenhuma diferenciação específica sobre essas duas espécies de responsabilidade, apenas genéricas, pode-se notar que há certas distinções e peculiaridades nessas espécies, como pode ser observado ante os argumentos acima explanados.

Antes de abordar qualquer assunto referente à responsabilidade civil, e suas particularidades, como a responsabilidade civil do médico, faz-se necessária uma explanação do conceito e histórico da responsabilidade civil, bem como saber o que é e a distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, e também, a importância do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/09/1990) na responsabilidade civil, para, somente após, dar sequência ao que se pretende desenvolver, acerca da responsabilidade médica.

2.1 A CONCEITUAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O universo jurídico é fascinante, pois permite várias interpretações acerca de determinado tema, bem como pode abranger diversos assuntos, ideologias, defendendo-se teses para se chegar a um resultado satisfatório e defender o direito de quem o pleiteia. Entretanto, estas interpretações devem ser levadas em consideração ao lado de critérios de justiça, respeitando-se, assim, a sociedade como um todo, e não apenas de forma restrita, abrangendo somente a ideia de determinada pessoa, de que a justiça deve ser feita unicamente para si, pois, neste caso, estar-se-ia cometendo, inúmeras vezes, injustiças perante o caso concreto.

A responsabilidade civil ganha destaque como um dos temas mais interessantes e atraentes do Direito Civil, podendo ser definida como aquela que exige de determinada pessoa a reparação dos danos que causou a outrem, desde que provada sua culpa, caso em que se fará presente a responsabilidade subjetiva, ou mesmo sem provar a culpa, quando a responsabilidade se enquadrar na teoria do risco e, desta feita, far-se-á presente a responsabilidade objetiva do agente.

A conceituação de responsabilidade civil é feita com propriedade, por Maria Helena Diniz, que define o seguinte:

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em

razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).⁵

Sobre a origem do vocábulo “responsabilidade”, no artigo de Nicolau Eládio Bassalo, é referido que alguns autores, como Álvaro Villaça Azevedo e Maria Helena Diniz afirmam que:

[...] o termo ‘responsabilidade’ deriva do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, o qual correspondia à antiga ‘obrigação contratual do direito quiritário, romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*, ou seja, *prometes me dar um cento? Prometo*)’⁶

A ideia de responsabilidade, com isso, está relacionada à questão de responder por alguma coisa.

Assim, para analisar a responsabilidade civil, sua evolução no decorrer da história, suas particularidades e especificidades, bem como a responsabilidade civil do médico propriamente dita, que é o objeto deste trabalho, fez-se necessário, num primeiro plano, desenvolver uma conceituação de responsabilidade civil, para então ser possível dar sequência aos demais pontos a serem analisados.

2.2 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil sofreu diversas transformações e evoluções no decorrer dos anos, desde que surgiu.

Nos primórdios da humanidade sequer se pensava na hipótese de reparação de danos. Não só não havia que se pensar em punição para quem transgredisse alguma norma ou cometesse algum ilícito, como não havia

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 7v. p. 34.

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça e; DINIZ, Maria Helena, *apud* CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. Responsabilidade civil dos conviventes. Disponível em <<http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Nicolau_Eladio_Bassalo_Crispino/Responsabilidade%20civil.pdf>>. Acesso em 23/03/2011.

condenação do agente causador de determinado dano, a reparar o prejuízo ocasionado por sua atitude.

Ao invés da reparação, o que acontecia naquela época, era o sentimento de se fazer justiça com as próprias mãos. Desta época, faz-se alusão à famosa Lei de Talião, tão conhecida e historicamente lembrada, que regulamentava o famoso ditado “olho por olho, dente por dente”.

Insta salientar que, era este o modo como se procedia à época, literalmente. Como exemplos, pode-se citar alguns, dentre os quais: se uma pessoa causasse uma lesão a outrem, como a perda de um olho, a condenação do agente causador do dano seria perder um olho também; se uma pessoa matasse o filho de outra, a pena por este ato transgressor seria a morte de seu filho. Deste modo, é simples de observar o intuito de tal punição, pois não haveria maior punição para o causador do dano, do que provocar o mesmo sofrimento, nele próprio.

Sobre esta forma de punição, uma espécie de vingança, Carlos Roberto Gonçalves, em seu livro *Responsabilidade Civil*, retrata esta questão, conforme cumpre se observar no seguinte trecho: “[...] dominava, então, a vingança privada, ‘forma primitiva, selvagem talvez, **mas humana**, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal’ (grifo nosso).⁷”

Nesta visão, estas palavras, bem como os exemplos acima citados, não trazem a denotação de algo prejudicial, mas sim, uma forma de se buscar a justiça, uma forma da qual determinada pessoa se vale para buscar prevalecer seu direito, defendendo-se do mal sofrido, e buscando a concretização do objetivo máximo, que é a realização da justiça.

Na sequência histórica, surge um novo período, que tem por escopo algo mais brando, que é a realização de uma composição, ao invés da vingança antes existente durante a época da Lei de Talião. O que passa a existir é a tentativa de uma compensação econômica pelos danos e prejuízos causados. Com isso, o causador do dano pagaria à vítima um valor em dinheiro, para reparar os danos sofridos, destacando-se que esta vítima poderia ser tanto particular como o Estado. Não prevalecia mais, nesta época, da qual se alude a Lei das XII Tábuas, o conceito de que o agente deveria reparar o dano causado da mesma forma, mas sim por meio de algum tipo de indenização/compensação econômica.

Apenas na época da Roma Antiga, é que o conceito de pena e reparação começa a sofrer determinadas diferenças. Isto ocorre quando começam a existir certas distinções entre delitos públicos e privados. Nesta época, o Estado se incumbia de punir o agente causador do dano e, em

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 4.

consequência desta punição, gerava o dever de indenizar a vítima pelos prejuízos e danos a ela causados.

O direito francês foi o responsável por fazer com que a responsabilidade civil do passado se aproximasse da atual, pois tentou aperfeiçoar as ideias estabelecidas em Roma, que já tinham como base uma espécie de reparação de danos. A necessidade de reparação à vítima, por parte do agente causador do dano, era defendida por princípios que os franceses estabeleceram, tornando exigível a reparação mesmo que tivesse ocorrido apenas culpa levíssima. O que importava, independente da extensão do dano, era a necessidade de se indenizar, para que o causador de referido dano não ficasse impune e, assim, não mais transgredisse.

Desse modo, ocorreu na França o grande marco da responsabilidade civil, pois embora já existente o seu conceito, mesmo que de forma arcaica, foi a partir dos franceses, que se partiu para a definição atual sobre responsabilidade civil, com as suas particularidades e garantias para a proteção da vítima em virtude do dano contra si causado.

Após uma definição mais concreta e completa sobre responsabilidade civil, passaram a surgir novas teorias, sempre no sentido de proteção à vítima. Com o desenvolvimento mundial, em suas mais diversas áreas, a visão estava sempre voltada para a proteção do direito daquele que se sentia lesado por ato contra si praticado.

Cumprindo as diversas etapas evolutivas acerca do conceito acima exposto, depara-se à realidade brasileira, lastreada nas teorias da culpa e do risco. O artigo 186 do Código Civil mantém o princípio da responsabilidade com base na culpa do agente causador do dano, todavia, existe também, no direito brasileiro, a existência da teoria do risco (culpa objetiva), onde o agente causador do dano deve ser responsabilizado a reparar o prejuízo sofrido pela vítima, independente da existência de culpa.

Neste trabalho que está sendo desenvolvido, além dos fatos narrados, exige-se a distinção entre a responsabilidade subjetiva, que tem por base a culpa do agente causador do dano, e a objetiva, que é fundada na teoria do risco, e independe de culpa para a responsabilização, para após, quando se especificar o tema, fazer-se uma análise específica da responsabilidade subjetiva, ou seja, voltada para o sentido da culpa, que é a forma abordada, como regra geral, no caso de responsabilidade civil do médico.

2.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva e a objetiva são formas diferentes, e não espécies diferentes de responsabilidade, sobre as quais se enquadrará o dever de indenizar e reparar o dano causado, e diferenciam-se no tocante de ter existido ou não culpa por parte do agente que causou o dano

experimentado pela vítima, e ambas têm por pretensão o ressarcimento da vítima.

Em linhas gerais, é possível fazer uma explanação sobre as duas formas de responsabilidade, explicitando que a subjetiva é aquela com base na culpa do agente que causou o dano, e produziu determinado resultado prejudicial à vítima, enquanto que a objetiva é aquela que se funda na teoria do risco, em que não há necessidade da prova da culpa para que reste caracterizado o dever de indenizar; todavia, apenas esta análise sintetizada não é suficiente para se conhecer exatamente estes dois conceitos.

Daí a necessidade de uma análise pormenorizada, para que haja uma melhor assimilação para a sequência deste trabalho, que se fundará especificamente acerca da responsabilidade subjetiva, voltada para a culpa médica.

Fabrizio Zamproga Matiello, em sua obra *Responsabilidade Civil do Médico*, aborda sobre a responsabilidade civil subjetiva, iniciando da seguinte forma:

O liame entre dano e responsabilidade é fundamental para a existência da obrigação de reparar, vista aquela sob o ângulo subjetivo; logo, é imprescindível a presença do elemento culpa, vínculo de caráter interno a demonstrar a imputabilidade do resultado ao agente, gerando o dever de restabelecer a situação anterior ao prejuízo.⁸

Com isso, pode-se dizer que a responsabilidade subjetiva é aquela baseada na ideia de culpa e, para que exista a indenização, faz-se necessária a prova de sua existência por parte do agente causador do dano. Savatier, citado por Neri Tadeu Camara Souza, em sua obra *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*, destaca o que vem a ser a culpa:

E, vejamos, o que René Savatier entende por culpa: “La faute est l’inexécution d’un devoir que l’agent pouvait connaître et observer”. Em tradução livre: “A culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar”. E, diz mais: “Impossibilité de définir La faute sans partir de la notion de devoir”. Traduzindo: “Impossibilidade de definir a culpa sem partir da noção de dever.”⁹

⁸ MATIELLO, Fabrício Zamproga. *Responsabilidade Civil do Médico*. 3.ed. São Paulo: LTR, 2006. p. 19.

⁹ SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 3.ed. Campinas, SP: SERVANDA, 2008. p. 46.

Assim, o causador do dano, nessa forma de responsabilidade, só será obrigado a reparar o dano se for comprovada, em sua conduta, a existência do dolo ou culpa. Esta é a teoria adotada pelo Código Civil, especialmente em seu artigo 186, que torna necessária a existência da culpa ou dolo, para que, somente após sua comprovação, surja a obrigação de reparação do dano causado.

A responsabilidade objetiva, por seu turno, pode ser conceituada como aquela fundada na teoria do risco, ou seja, faz-se necessária a reparação do dano causado, independente da existência ou não da culpa por parte do agente. Para esta forma de responsabilidade, o que deve existir é apenas o dano e o nexo de causalidade, não sendo necessária a prova da culpa para a responsabilização do agente.

Ela é baseada na teoria do risco, visto que, determinadas atividades geravam lucro para aqueles que a exerciam, e deste modo, havia um proveito econômico, que não poderia deixar impune determinadas pessoas que causavam um certo tipo de risco para aqueles que necessitavam das atividades exercidas pelos primeiros.

No Brasil, o conceito de responsabilidade objetiva começou a ganhar força a partir do século XX, com início na Lei das Estradas de Ferro (Decreto n.º 2.681, de 07 de dezembro de 1912), onde se definia que as estradas de ferro deviam ser responsáveis pelos danos ocasionados em virtude de suas atividades, independentemente de culpa.

Há também o conceito de culpa presumida, isto é, quando a lei determinar, ocorrerá a inversão do ônus da prova, presumindo-se que o agente realmente causou o dano que a vítima alega ter sofrido. Nesta hipótese, incumbirá ao suposto agente causador do dano, demonstrar e comprovar que não o ocasionou, bem como, que não existiu nexo de causalidade entre o dano sofrido e a ação praticada. Restando comprovada tal alegação, o agente pode se isentar do dever de reparar o dano causado à vítima.

A culpa presumida trata-se de uma responsabilidade civil objetiva imprópria, pois a vítima não precisa provar a culpa, bastando comprovar o dano sofrido e o ato do agente, e não se pode confundir especificamente com a responsabilidade civil objetiva, pois nesta, não existirá o conceito de culpa, enquanto que, na culpa presumida, uma vez que o agente causador do dano comprove não ter agido com imprudência, negligência nem imperícia, estará comprovando que não agiu com culpa, eximindo-se da responsabilidade. Assim, vê-se que na culpa presumida, o fator “culpa” continua presente, diferentemente da responsabilidade objetiva.

De grande valia destacar o conceito de Maria Helena Diniz, acerca das responsabilidades objetiva e subjetiva:

[...] se apresentará como: a) responsabilidade subjetiva, se encontrar sua justificativa na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa (RT, 583:145, 591:237, 607:107, 621:93). Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar; b) responsabilidade objetiva, se fundada no risco, que explica essa responsabilidade no fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens (RF, 284:274; RT, 579:135, 611:275, 620:197). É irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar.¹⁰

Com essa abordagem, fica melhor explicitado não apenas o conceito de responsabilidade civil, como também as suas formas. Após se fazer uma abordagem da relação do Código de Defesa do Consumidor com a responsabilidade civil, pode-se adentrar com maior embasamento na responsabilidade civil do médico propriamente dita, suas definições e visões históricas, e assim, atingir o objetivo deste trabalho, que é a abordagem específica da responsabilidade médica baseada na teoria da responsabilidade subjetiva (fundada na culpa) e o modo de se proceder à liquidação dos danos causados por erro médico.

2.4 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O artigo 14, §4.º, da Lei n.º 8.078, de 11/09/1990 – Código de Defesa do Consumidor – define a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, dentre os quais, dos médicos, a se demonstrar:

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

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 7v. p. 128.

por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§4.º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.¹¹

Assim, os profissionais liberais, como médicos e advogados, por exemplo, só serão responsabilizados quando comprovada sua culpa, isto é, quando tiverem agido com imprudência, negligência ou imperícia.

Como se observa, o próprio *caput* do artigo 14 faz referência à responsabilidade objetiva, bem como a maior parte do Código de Defesa do Consumidor, que adotou, como fundamento, o dever de reparação pelos prejuízos experimentados pela vítima, independentemente da comprovação da culpa do agente causador do dano. Contudo, mesmo que em raros momentos, há apontamentos em que se faz presente a responsabilidade subjetiva, como no caso de profissionais liberais, conforme observado no §4.º do artigo supracitado.

Disto posto, pode-se concluir que, quando houver ação que busque a reparação de danos em face de profissionais liberais, tais como os médicos, dever-se-á comprovar o ato danoso, a culpa do médico na situação alegada pela vítima, e uma relação de causalidade entre o ato e a conduta culposa.

Agora que se tem uma visão mais detalhada acerca da responsabilidade civil em si, seu conceito, sua evolução, sua aplicabilidade no Código de Defesa do Consumidor, bem como um esclarecimento de suas formas, pode-se partir para a responsabilidade civil médica propriamente dita, que é a base do presente trabalho.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

O médico tem uma grande responsabilidade em sua profissão, pois lida diretamente com a vida da pessoa humana.

Cada pessoa que objetiva ter sucesso profissional, deve se dedicar com muito afinco àquilo que faz, além de ser necessário cada dia mais capacitação, visto que cada vez mais aumentam os números de profissionais no mercado de trabalho, o que intensifica a concorrência e competitividade, e quem não estiver preparado e devidamente capacitado, vai perdendo seu espaço.

¹¹ BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.857.

Na área jurídica, o advogado deve objetivar o melhor para seu cliente, buscando empregar no caso concreto tudo aquilo que aprendeu em seus estudos, além de acrescentar com pesquisas novas, ante o caso que lhe é apresentado por seu cliente. O juiz deve buscar a melhor solução, analisando cada caso concreto, em sua particularidade, para formar seu convencimento e, assim, proferir a sentença, no intuito de se fazer o real sentido da palavra justiça. O delegado de polícia deve empregar todos os meios necessários, em conjunto com os policiais que com ele trabalham, para proteger a população da ameaça de violência, ou da violência propriamente dita.

Na área da saúde não é diferente, um enfermeiro deve se valer de todo o seu conhecimento para ajudar naquilo que lhe é incumbido em virtude de sua função. E neste ponto, chegamos ao assunto do presente trabalho, que está relacionado à área médica. Assim como advogados, juízes, delegados, enfermeiros, entre tantos outros profissionais, que devem agir de modo probo, empregando seu conhecimento para dignificar, não apenas a profissão, como o caráter do profissional enquanto pessoa, o médico deve possuir todos os requisitos de capacitação e competência, para atender o paciente de forma adequada, tratando-o de forma íntegra, sem irresponsabilidades, utilizando-se para isso, do emprego de todo o conhecimento adquirido em seus estudos, para alçar-se à sua cura.

É notória a grande responsabilidade que o médico possui ante o tratamento do paciente, pois lida diretamente com aspectos da vida do ser humano, buscando salvá-la, melhorar sua qualidade, em relação às pessoas por ele tratadas e, também, de certa forma, objetivando uma proteção à saúde da sociedade. Estes fatores, intimamente ligados à vida, tornam a profissão da medicina admirável.

3.1 NOÇÕES GERAIS

A responsabilidade civil do médico é regida pelo Código Civil Brasileiro, alicerçada pelas regras que embasam a responsabilidade civil em geral.

A responsabilidade médica é, em regra, subjetiva, isto é, deve-se provar o dano causado ao paciente, a culpa do médico neste ato danoso, e o nexo de causalidade entre o ato danoso e o dano efetivamente causado e, uma vez não presente algum desses requisitos, não haverá responsabilização do médico, salvo algumas exceções, onde se é empregada a responsabilidade objetiva, como no caso de cirurgias plásticas, que assumem uma obrigação de resultado que, uma vez não sendo atingido, obrigar-se-ão a reparar o dano estético causado ao paciente, independente da comprovação de culpa.

Como se mencionou acima, não é apenas o dano que deve ser comprovado, para obrigar o médico a reparar os prejuízos causados. Como regra, e com base no livro *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*, de Neri Tadeu Camara Souza, pode-se observar o que deve existir para a responsabilização do médico:

Não basta, porém, o dano. Entre este dano e o agir culposo do médico tem que haver um liame – umnexo causal. Tem que haver entre estes uma relação de causa e efeito, para, então, estar configurada a necessidade legal de impor ao médico, pelo julgador, a obrigação de indenizar o paciente pelos prejuízos decorrentes da atuação do médico.¹²

Assim, para que haja responsabilização do médico pelo dano causado, deve ser comprovada a culpa, mesmo que levíssima, o dano efetivo causado à vítima, e entre a culpa e o dano causado ao paciente deve existir um nexocausal, o que, somente assim, gerará um dever de indenização por parte do médico.

O médico deve agir com destreza, de forma a zelar sempre pela saúde do paciente, e deve se comprometer, tal qual em outras profissões, a proceder de acordo com os métodos e regras que a profissão exige. Desta feita, mesmo empregando todos os meios adequados visando à cura do paciente, esta pode não ocorrer, por motivos alheios à sua vontade, e mesmo que empregue todo o conhecimento adequado para a tentativa de salvar a vida do paciente, pode não conseguir. Isso não significa que o médico agiu imprudentemente, nem que foi irresponsável, visto que se valeu do meio correto e adequado, e quando assim ocorrer, ele não será responsabilizado, pois a obrigação do médico é de meio, e não de resultado, salvo o caso de dano estético, cuja obrigação é de resultado, conforme supra mencionado.

Portanto, quando ocorrer essa hipótese, em que houve o tratamento correto, e o paciente mesmo assim não conseguiu a cura ou uma melhora em seu estado clínico, o médico não será responsabilizado pelo que vier a acontecer à vítima, tendo em vista que sua obrigação é de meio.

Por este motivo, o paciente deve provar que houve o dano, que o médico teve culpa para que não houvesse melhora em seu tratamento, e o nexocausal entre a culpa e o dano, para assim, ensejar o dever de reparação.

¹² SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 3.ed. Campinas, SP: Servanda, 2008. p. 52.

3.2 VISÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Desde o princípio da existência do homem, surgiram as doenças e dores a serem combatidas, como afirma Miguel Kfourri Neto, em seu livro *Responsabilidade Civil do Médico*: “As doenças e as dores nasceram juntamente com o homem. Por isso, desde seu primeiro momento de racionalidade, tratou ele de predispor os meios necessários para combater ambos os males.”¹³

Pode-se perceber, desta forma, que existiam desde os primórdios, pessoas que buscavam a solução para esta situação em que o homem se deparava, a saber, objetivavam a cura do paciente, quem tinha em si o ávido desejo de solução para o problema que enfrentava.

Nesta etapa, ante o anseio do homem pela solução de seus problemas, verifica-se as primeiras atividades na área médica, exercida por pessoas que não possuíam a devida capacitação e conhecimento para o exercício da profissão, principalmente se comparado à exigência necessária na atualidade.

Isso ocorria porque, àquela época, não importava um estudo aprofundado das patologias, para se buscar o melhor caminho para o tratamento, mas sim, importava apenas encontrar uma solução para a cura daquele mal determinado e, uma vez sendo solucionado este problema, nada mais importava.

As pessoas que tentavam curar os que se sentiam enfermos, por vezes elaboravam receita com determinadas ervas, e estas serviam como remédio para curar a dor, ou em casos físicos, como uma fratura, indicavam um modo para se imobilizar o enfermo, e assim, atingir a recuperação. Essas pessoas, que assim procediam, eram conhecidas como curandeiros, magos, feiticeiros, entre outros, e as pessoas que eram curadas por eles, acreditavam que eles eram dotados de poder sobrenatural, distintos das demais pessoas e capazes de, com seu poder, curar os males que acometiam a população da época.

No entanto, ao mesmo tempo em que esses curandeiros, magos e feiticeiros estavam em um pedestal, quando eles não conseguiam curar ou solucionar o problema de quem os procurou, eles acabavam por cair em descrença, exatamente por não terem realizado aquilo a que se propunham, e assim, eram considerados culpados, pelo que a vítima viesse a sofrer. Em virtude deste insucesso na cura do paciente, pode-se observar as primeiras previsões da história, para a sanção em casos de culpa médica, pois o fato

¹³ NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.50.

de não serem mais procurados, caírem na descrença de um povo, é uma notória forma de sanção, e que remonta desde aquela época.

Embora já existissem os primeiros resquícios de responsabilidade médica, o primeiro documento histórico que tratou do erro médico e, assim, da responsabilidade pelo exercício da profissão médica, foi o Código de Hamurabi (rei da Babilônia), que data do século XVII a.C. (1694 a.C.). Este código não somente previa alguns tipos de punição ao médico em caso de erro, mas também, regulamentava como o médico deveria ser compensado, em caso de sucesso na cura do paciente.

Vale destacar alguns parágrafos deste Código, que principia o regulamento escrito sobre a responsabilidade médica:

[...] 215° – Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dois siclos.

216° – Se é um liberto, ele receberá cinco siclos.

217° – Se é o escravo de alguém, o seu proprietário deverá dar ao médico dois siclos.

218° – **Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.**

219° – Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo.

[...].¹⁴ (grifo nosso)

Neste Código, como se pode ver, o médico que fosse responsável pela morte do *awilum* (membro da classe social superior) ou destruísse o olho deste, teria sua mão cortada, como forma de punição e ressarcimento pelo que causou, e se matasse um escravo, deveria substituí-lo para seu dono.

Mesmo no século XVII a.C., nota-se o distinto tratamento entre quem era escravo e quem pertencia a uma classe superior, pois este tinha um valor muito maior do que o escravo que, por sua vez, era simplesmente uma moeda de troca, simplesmente um objeto que poderia ser substituído, sem maiores implicações, tanto para seu dono, quanto para o médico que o matasse por ter empregado meio inadequado no intuito da cura. Contudo,

¹⁴ SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 3.ed. Campinas, SP: Servanda, 2008. p. 35.

não se há de adentrar nesse mérito, que foge ao escopo do presente trabalho, que é a responsabilidade civil do médico e, particularmente neste tópico, referente à história da mesma.

Desde o Código de Hamurabi, como se pode observar, o médico tinha um certo tipo de responsabilização pelos erros que viesse a ocasionalmente cometer e, conforme o parágrafo 218º daquele Código, havia responsabilidade do médico pelo dano causado, todavia não existia o conceito de culpa que se adota na responsabilidade civil atual, pois vigorava apenas a responsabilidade objetiva.

Deste modo, se o resultado final fosse a morte do paciente, mesmo que a cirurgia realizada tivesse sido um sucesso, o profissional seria responsabilizado de forma objetiva pelo que causou ao paciente.

Neri Tadeu Camara Souza cita, a título de exemplo, algumas outras legislações existentes na antiguidade, que traziam punições sobre o mau desempenho do médico, e assim, pode-se destacar:

Cite-se, como exemplos de legislações da antiguidade com punições ao mau desempenho do médico: o Código de Ur-Nammu (dos sumérios, no século XXI a.C.), o Código de Manu (na Índia, no século XV a.C.), o Cho-King (na China), a Lei de Zoroastro (da Pérsia), o Talmude (dos Judeus), leis específicas para o atividade (sic) do médico no Egito, [...], na Grécia, no século V a.C., eram usadas regras (Corpus Hippocraticum) para a atividade médica com base nas leis egípcias e no Império Romano a Lex Aquilia (no século III a.C.) previa sanções para o médico que fosse mal sucedido nos tratamentos que realizava.¹⁵

A *Lex Aquilia* será ainda mencionada, quando se falar na parte atinente à Roma, a seguir.

3.2.1 Roma

A primeira alusão em relação à responsabilidade médica, tal qual se aplica nos moldes atuais, surgiu na época do Direito Romano. Nehemias Domingos de Melo, em sua obra *Responsabilidade Civil por Erro Médico*, tece comentário neste mesmo sentido, o qual transcreve-se:

¹⁵ SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 3.ed. Campinas, SP: Servanda, 2008. p. 32/33.

Os primeiros registros da responsabilidade dos médicos nos moldes que conhecemos atualmente pode ser encontrado no Direito Romano, especialmente no texto de Ulpiano, donde se extrai: “sicut medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam computari ei debet” (assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por imperícia).¹⁶

Com isso, pode-se dizer que o Direito Romano alicerça os princípios básicos e gerais da responsabilidade civil, pois até então, o que vigorava era a questão da vingança privada, que se relacionava àquilo que defendia a Lei de Talião, o famoso ditado “olho por olho, dente por dente”, ou seja, fazer-se a justiça com as próprias mãos. Essa vingança privada não deixou de existir, mas houve uma limitação para sua aplicação, visto que o poder público passou a fazer intervenções nos casos concretos, analisados com suas particularidades e, caso houvesse algumas situações exacerbadas, que tivessem causado muito prejuízo, ainda era permitido o uso da vingança privada, a qual era, contudo, excluída, quando fosse injustificada.

Em seguida, houve o período da denominada composição voluntária, na qual o paciente recebia certa indenização, quer em dinheiro ou em algum bem material, para tentar reparar o prejuízo que lhe foi causado. Esse tipo de reparação deu início à questão de reparação indenizável, que ganhou força para sua sustentação com a Lei das XII Tábuas, a qual regulamentava e previa o valor da indenização a ser paga em cada caso concreto, de acordo com o abaixo explicitado:

[...]

Tábua VIII (De delictis - Dos delitos)

[...]

II- Contra aquele que destruiu o membro de outrem e não transigiu com o mutilado, seja aplicada a pena de talião.

III- Pela fratura de um osso de um homem livre, pena de trezentos "as"; de um escravo, pena de cinquenta "as".

IV- Pela injúria feita a outrem, pena de vinte e cinco "as".

V- Se o prejuízo é causado por acidente, que seja reparado.

¹⁶ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil por Erro Médico*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 04.

[...].¹⁷

Essa Lei passou a quantificar o que se deveria indenizar, e ainda traz alguns reflexos do Código de Hamurabi, pois em determinadas situações era possível a aplicação da pena de talião. Todavia, o que realmente se deve destacar, é a introdução da questão de responsabilidades indenizáveis e, assim, explicitando o caráter de responsabilidade civil existente na Lei das XII Tábuas.

A *lex Aquilia de damno*, datada do século III a.C., formulava um conceito de culpa e descrevia que, caso o médico viesse a cometer alguns dos delitos por ela regulados, deveria reparar o dano causado, em virtude de uma atitude não condizente ao que estava regulamentado.

Com o passar do tempo, a medicina passou a ganhar cada vez mais valor, conforme menciona o professor Miguel Kfourì Neto em sua obra:

Com o tempo, a arte de curar passou a ser mais considerada e, na transição da Roma Republicana para a Roma Imperial, assiste-se a uma elevação cultural, jurídica e sanitária da medicina – que alçou-se à dignidade de profissão, organizando-se cursos e sendo codificado um sistema para a proteção da saúde pública e higiene social. Iniciou-se, também, a especialização médica, surgindo os primeiros clínicos gerais e, até, oculistas.¹⁸

Como se vê, a partir deste Período Romano, a medicina ganhou o *status* de profissão, surgiram os primeiros cursos exclusivamente voltados para a área médica, o que contribuiu para o seu desenvolvimento atual, bem como fortalecendo também, o conceito de responsabilidade civil, oriundo da responsabilidade subjetiva do médico.

3.2.2 Grécia

A Grécia antiga, no século V a.C. foi o local onde se tem notícia dos primeiros estudos na área médica, que continham noções de medicina, não mais baseadas apenas no empirismo, como ocorria até então, mas sim, em elementos científicos e racionais. Entretanto, essas noções não podiam, e não podem, infringir a deontologia médica. Esta deve sempre ser respeitada, pois se encontra muito bem lastreada no juramento do médico

¹⁷ Lei das XII Tábuas. Disponível em <<<http://www.internext.com.br/valois/pena/451ac.htm>>>. Acesso em 06/04/2009

¹⁸ NETO, Miguel Kfourì. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.53.

que, mesmo tendo sua base no juramento de Hipócrates, da época da Grécia antiga, é considerado bem atual, mesmo para o século XXI.

Em relação à deontologia, conforme supracitado, antes de se prosseguir na visão histórica da responsabilidade do médico na Grécia, vale destacar a título de conhecimento, em breves linhas, o significado, conceito e caráter jurídico da deontologia, particularmente quanto à deontologia médica, para então, formar-se uma base para a análise pormenorizada da culpa médica, que é o objetivo mor do presente trabalho, e que será abordado em capítulo próprio.

O professor Edmundo Oliveira bem explana os aspectos da deontologia, conforme se pode observar:

A palavra *deontologia* vem do grego: *ta deonta* (o dever) e *logos* (discurso). Consequentemente: exposição sobre *aquilo que deve ser feito*.

[...] a deontologia médica é o complexo de normas éticas a que estão obrigados o médico, o enfermeiro, o assistente e, de modo geral, todo aquele que exerce uma profissão ligada à medicina.

[...]

A deontologia apresenta também um caráter jurídico. Esse não se confunde com a feição meramente ética; exsurge das normas legais que regem a profissão. Poderia dizer-se que a figura jurídica é apenas uma parte da deontologia total. Seria então a deontologia legal, isto é, o conjunto de regras éticas impostas por lei.

[...] Nos Estados civilizados, a deontologia obedece a um código de ética profissional, tal como acontece entre nós, e é enriquecida pelas normas de Direito Público, relativas à posição do médico em face do Estado, e pelas de Direito Privado, concernentes ao contrato de prestação de serviço, escrito ou não, e à responsabilidade civil.¹⁹

De mais a mais, resta claro o modo como o médico deve proceder em seu atendimento e em sua relação com o paciente, e com a profissão em si, devendo sempre agir de acordo com os padrões da ética, e também, respeitando as normas legais que regulamentam sua profissão. Com isso, uma vez que o médico prestou os devidos compromissos perante a

¹⁹ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, erro médico e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 03.

sociedade, embora ele não consiga curar o paciente que o procurou, ele deixa de ser responsabilizado por culpa presumida. Nesta etapa, na Grécia, começou-se a analisar não a conduta seguida pelo médico, mas sim se, mesmo dispondo de todos os meios adequados, corretos e legais, ele não conseguisse salvar o paciente, não poderia ser condenado por tal fato, sendo eximido de culpa.

No século XIII surgiram as primeiras Universidades, onde os estudantes aprendiam e estudavam especificamente assuntos relacionados à área médica, pois havia pessoas que estudavam com afinco, para se aperfeiçoar exclusivamente na medicina. Este período, conforme datado acima, foi de grande desenvolvimento da ciência, em especial a ciência médica, onde os estudantes passaram a estudar não apenas os assuntos referentes a doenças ou ao corpo humano, isto é, não estudavam somente um modo para remediar a situação que lhe era imposta, mas também assuntos referentes à filosofia e psicologia do ser humano, o que era de grande valia para lidar com os pacientes.

Esse marco, que se originou na Grécia, e que é transportado para os dias atuais, define que a medicina é, na atualidade, de acordo com as palavras do professor Miguel Kfoury Neto, “[...] considerada fato social, pois social e público é o interesse da coletividade pela saúde, direito consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948, e que integra as Cartas Políticas das Nações Civilizadas”²⁰.

3.2.3 França

O direito francês é de suma importância para se compreender um pouco mais acerca da responsabilidade civil, particularmente a do médico, pois traz uma grande bagagem em relação ao tema, que serviu, inclusive, para influenciar as legislações de outros países. A responsabilidade jurídica do médico praticamente deixou de existir quando, no início do século XIX, a Academia de Medicina de Paris proclamou a responsabilidade exclusivamente moral dos médicos.

Naquela época, ficava muito difícil provar a responsabilidade médica no caso concreto, pois não havia apenas a necessidade de se provar a culpa do agente causador do dano, e sim, essa culpa deveria ser grave, inevitável e impossível de ser negada. Esta exigibilidade para que se pudesse enquadrar o médico como responsável pelo ato danoso, tornava praticamente impossível a sua responsabilização, salvaguardando seu interesse, sem se preocupar com o interesse e o direito de indenização que o paciente possuía, em virtude de ter sido vítima de ato culposos.

²⁰ NETO, Miguel Kfoury. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.55.

Miguel Kfoury Neto cita o professor João Batista Lopes, que observa, desde o antigo direito francês, que se pode verificar um princípio geral de responsabilidade civil, conforme se destaca:

[...] “No antigo direito francês, a responsabilidade civil e a penal não se distinguem: o autor do dano era castigado com uma pena privada. Posteriormente, porém, a idéia de pena foi substituída pela de indenização, logrando-se enunciar um princípio geral da responsabilidade civil (direito a reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve”.²¹

Assim, neste sentido, retorna-se ao estado que se disse anteriormente que, para que haja responsabilidade do médico por algum ato por si praticado, deve ser provada sua culpa, mesmo que levíssima, bem como o nexo de causalidade entre a culpa e o dano causado, caso contrário, não há que se falar em indenização.

O direito francês, que tentou por um momento se esquivar da responsabilidade jurídica do médico, quando da proclamação da Academia de Medicina de Paris sobre a responsabilidade exclusivamente moral, atualmente se encontra muito mais focado na questão da responsabilidade do médico, em caso de culpa. Tanto é prova disso que, na França, em Paris como exemplo, os juízes são convidados pelos médicos a assistirem as grandes cirurgias, para vivenciar a atividade médico-cirúrgica, e ver realmente se foram empregados os meios corretos e as técnicas adequadas para o caso concreto; deste modo, acabam comprovando que, há casos e casos, e há vezes em que o médico emprega todo o seu conhecimento e dedica toda a sua experiência, age com ética, e mesmo assim, não é possível salvar o paciente por motivos alheios à sua vontade, mesmo tendo seguido o procedimento adequado.

Desta análise, pode-se encaixar a expressão francesa *la perte d'une chance*, que defende, na teoria francesa, que o verdadeiro erro acontece quando não se dá todas as chances possíveis de cura ao paciente, isto é, se o médico perder ao menos uma chance, uma possibilidade, uma oportunidade para a cura, deverá responder, mesmo que de modo atenuado. Esta é uma forma rigorosa de se impor sanção ao médico, que acaba por obrigá-lo a tentar todos os procedimentos, tendo a possibilidade de cometer algumas falhas, e aí, não ser responsabilizado pela perda das chances possíveis, mas

²¹ LOPES, João Batista. *Perspectivas atuais da responsabilidade civil no direito brasileiro*. RJTJSP – Lex 57/13-25, apud NETO, Miguel Kfoury. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p. 55/56.

o ser, em virtude de alguma culpa que pode ser gerada por uma dessas tentativas.

Pode-se observar o rigor do direito francês no tocante à responsabilidade médica e, mesmo com esse rigor, é notória e de grande importância a contribuição francesa para o desenvolvimento da responsabilidade civil médica, haja vista que, desde o começo, desde o antigo direito francês, já se falava da presença de responsabilidade civil, como ensejadora do dever de indenização.

3.3 DIREITO COMPARADO

O direito comparado tem o intuito de realçar e relacionar os elementos comuns entre o direito interno com o direito de outros países. Não apenas na área da responsabilidade civil médica, como nas demais áreas jurídicas, ele está sempre presente, oferecendo os elementos necessários para que se possa enquadrar alguma questão da legislação e do direito interno, com o direito do país com o qual está sendo correlacionado.

Assim, o direito comparado proporciona a quem o pesquisa, dentre outras coisas, o estudo da sociologia jurídica, fato que possibilita o estudo de outras sociedades, com a análise de seus costumes, hábitos, culturas, modos comportamentais, enfim, a forma como se portam diante de determinada situação, e fazendo um paralelo com o direito brasileiro, para ver as semelhanças entre eles existentes.

Acerca do direito comparado, insta destacar o professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, que trata do assunto, proferindo as seguintes palavras:

A essência do direito comparado é a comparação, e a asserção não é tautológica. Percepções de qualidade podem sugerir que se indiquem direitos melhores ou piores. Os direitos são apenas diferentes. O estudioso do direito comparado deve estar preparado para a armadilha que a disciplina lhe põe a todo o momento. O exercício da comparação não se fundamenta, necessariamente, em orientação que exija montagem de planisfério qualitativo. Em princípio, direitos não são melhores nem piores, mais ou menos avançados, mais ou menos iluminados. Os direitos são diversos.²²

²² Godoy, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas Introdutórias ao Direito Comparado*. Disponível em <<<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/direitoComparado.htm>>> . Acesso em 07/04/2009.

Ressalta-se, deste modo, que há uma diversidade enorme em relação aos direitos, e a questão que lastreia o direito comparado é uma comparação, isto é, uma análise em conjunto, de um direito junto a outro, destacando-se suas particularidades e diferenças, para ver se apresentam mais semelhanças ou disparidades.

A primeira comparação a ser abordada, de forma sucinta, é com o direito francês. Na França, o Código Civil daquele país é o padrão das legislações modernas, de lá partiram as bases para se desenvolver inúmeras legislações, dentre as quais, o Código Civil Brasileiro, especialmente no tocante à responsabilidade civil, pois veio daquele Código, a ideia de culpa que hoje é empregada no direito brasileiro, quando se trata da responsabilidade do médico. O professor Miguel Kfoury Neto destaca quão importante é este Código Francês, pois o aponta como “[...] ‘a grande lei da sociabilidade humana’”²³.

Este Código influenciou não apenas a redação do Código Civil Brasileiro de 1916, que adotou, já desde aquela época, a culpa como elemento para se determinar o dano, como posteriormente, foi seguida essa mesma orientação, em relação ao Código Civil de 2002, adotado até hoje no Brasil.

A teoria da responsabilidade extracontratual, que fundamenta a culpa como sendo a base única para a responsabilidade civil, inspirou o art. 1382 do Código Civil Francês, o qual, o professor Miguel Kfoury Neto, cita em sua obra. Referido artigo diz “Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par La faute duquel Il est arrivé à le repare”²⁴.

A palavra *faute* gerou muita discussão na doutrina francesa, causando polêmica, por ser traduzida no sentido de erro ou falta quando, na verdade, corresponde à noção de ato ilícito, constante no artigo 186 do Código Civil Brasileiro e, portanto, considera-se equivocado traduzir a palavra *faute* como “culpa”, quando na verdade, quer-se referir à questão de ato ilícito.

Quanto ao direito inglês e ao anglo-americano, pode-se dizer que ambos não possuem os mesmos princípios gerais da responsabilidade civil que os instituídos no direito brasileiro e francês, conforme se pode observar acima. Isto ocorre porque, especialmente no direito norte-americano, praticamente não há normas escritas, valendo-se quase que em sentido único, da Declaração de Independência.

Devido a essa escassez de normas escritas, desenvolveu-se, em relação ao direito acima mencionado, um sistema de reparação de danos

²³ NETO, Miguel Kfoury. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.58.

²⁴ Código Civil Francês, *apud* NETO, Miguel Kfoury. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.58.

através dos chamados *writs* (“direitos”), que eram ações que visavam exatamente a reparação dos danos sofridos, caso o paciente se sentisse lesado em razão de culpa cometida pelo médico. Este sistema destaca, em especial, a negligência médica que, uma vez ocorrida, gera o dever imediato de reparação do dano causado ao paciente.

Nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, surgiu uma doutrina denominada *medical malpractice* (“má prática médica”), em virtude da dificuldade de se provar a culpa médica. Essa doutrina aceita a presunção de o médico ter agido com culpa, em consequência de suposto erro médico e, por isso, deve indenizar a vítima. Como resultado, neste caso, inverte-se o ônus da prova e, assim, o médico deveria provar que agiu de modo diligente, não causando prejuízo e nenhum dano alegado pelo paciente. Caso não conseguisse comprovar, seria obrigado a reparar o dano sofrido.

Em relação à Espanha, esta também adota a teoria da culpa em sua legislação, em seu direito interno, onde os médicos são responsabilizados em caso de insucesso no procedimento adotado mas, para que isto ocorra, deve restar comprovado que ele agiu com culpa, e o nexo causal entre sua ação culposa e o dano causado. Caso comprovada a responsabilidade do médico, este deverá indenizar, salvo se existirem excludentes que façam com que esta obrigação se torne inexigível.

Porém, há certa distinção entre o direito espanhol e o brasileiro, que é apontada pelo professor Miguel Kfoury Neto:

[...]

Vige naquele país ibérico marcada distinção: as ações fundadas na culpa contratual prescrevem em 15 anos; se embasadas na culpa extracontratual, opera-se em um ano o lapso prescricional. Na culpa contratual, o grau de diligência exigível é o do bom pai de família; na aquiliana, basta a culpa levíssima para que se imponha o dever ressarcitório.²⁵

Embora exista esta diferença, no tocante à avaliação do ato culposos, bem como em relação aos pressupostos necessários à indenização, há um tratamento de forma semelhante ao da responsabilidade civil do médico no direito brasileiro, pois deve-se existir o ato danoso, o dano efetivamente causado, e o nexo causal entre um e outro para, somente assim, gerar o dever de indenização propriamente dito.

O direito francês, o direito espanhol, e o direito inglês e anglo-americano, quando comparados ao direito brasileiro, possivelmente são os

²⁵ NETO, Miguel Kfoury. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.62.

que mais permitem debates e discussões, argumentações e fundamentações, pois o assunto a ser abordado é muito amplo, especialmente no tocante ao direito francês e inglês, que são a base para a formação do direito brasileiro.

Além desses, existem o direito dos demais países, que se correlacionam com o brasileiro, e que, por vezes, também possuem mais diferenças que semelhanças. A título exemplificativo, pode-se observar a comparação do direito de alguns outros países com o direito brasileiro.

O direito alemão possui semelhanças com o brasileiro, pois também defende que deve existir uma responsabilidade civil por culpa, onde o médico, ao agir de forma culposa (culpa *stricto sensu*) ou dolosa (culpa *lato sensu*) no exercício de sua profissão, e este agir causar algum tipo de lesão ao paciente, deverá ser responsabilizado pelos danos que vier a causar a este, reparando-os.

O direito soviético, por sua vez, nos dizeres de Alvino Lima²⁶, tira totalmente o significado da culpa como motivo para que haja ou não indenização, pois é permitido aos tribunais a decisão em relação ao dever de ressarcimento ou não, pelo dano sofrido, e este dever irá surgir mesmo que o autor do dano não tenha culpa pelo ocorrido.

O direito suíço tem por princípio básico, a ideia da culpa em sua legislação, e é neste sentido o Código Suíço. Assim, o médico será responsabilizado e obrigado a indenizar, em caso de ocorrência e comprovação do dano em virtude da culpa médica, e a extensão do dano, seja ela grave ou leve, é o fator que determinará a quantificação do valor a ser ressarcido à vítima. Nota-se, deste modo, que este direito muito se identifica com o brasileiro, pois tem presente a ideia da culpa em seu sistema, e onde deve existir sua comprovação, para gerar ou não o dever de indenização.

No direito italiano, o Código Civil Italiano muito se assemelha ao que é adotado no Brasil, em relação às normas e sua aplicabilidade, pois também é fundamentado na ideia da culpa, e para que esta reste caracterizada, deve-se provar o evento danoso e a culpa do autor do dano, bem como um nexos causal entre um e outra, Destaca-se também que, caso a vítima concorra para a existência do dano, haverá uma atenuação da indenização a ser paga pelo médico, na mesma proporção em que aquela participara do ato danoso.

Outro sistema também semelhante ao adotado no Brasil, pode ser encontrado na Argentina, pois naquele país, adota-se a responsabilidade extracontratual e subjetiva do médico e, portanto, para que exista a

²⁶ LIMA, Alvino, apud NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p. 60.

responsabilidade e o dever de indenização, deve-se comprovar a culpa do agente.

Neste momento, após uma abordagem acerca da responsabilidade civil do médico, suas noções gerais, passando por sua visão histórica, até chegar à comparação do direito brasileiro com o de vários outros países, resta um pouco mais claro e aprofundado o conhecimento sobre este assunto. Pode-se, desta forma, em sequência, explicar pontos mais específicos, como a culpa médica e a liquidação dos danos médicos.

4 A CULPA MÉDICA

A responsabilidade civil é aquela que visa reparar o prejuízo experimentado pela vítima em virtude de um ato danoso causado por seu agente. Conforme já mencionado, em regra, em relação ao médico é adotada sua responsabilidade subjetiva e, para gerar o dever de reparação, deve existir a conduta voluntária do agente, o dano causado, e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. A partir desta conceituação, onde o profissional liberal, no caso, o médico, responde subjetivamente pelos danos causados, pode-se fazer a ramificação entre a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa (culpa *stricto sensu*) e no dolo (culpa *lato sensu*), e a responsabilidade objetiva, que se baseia na teoria do risco e equidade.

O nexo causal, que deve existir no caso de responsabilidade médica, é bem explanado por Nehemias Domingos de Melo:

O nexo causal é a relação de causa e efeito que liga o dano ao causador (responsabilidade subjetiva) ou ao responsável pela atividade (responsabilidade objetiva). Causa é o acontecimento que, sem a sua ocorrência, o dano não existiria. Pela sua importância, na responsabilização do dever indenizatório, deve ser o primeiro pressuposto sobre o qual se deve debruçar aquele que pretenda interpor qualquer ação de responsabilidade civil.²⁷

Desse modo, sem comprovação do nexo que liga o dano ao agente causador, não há que se falar em responsabilização e, por consequência, em reparação de danos.

A responsabilidade do médico é, conforme já salientado, em regra, subjetiva, baseando-se na ideia de culpa *stricto sensu*, que engloba os

²⁷ MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil por Erro Médico*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 46.

conceitos de imprudência, negligência e imperícia. Excepcionalmente, a responsabilidade do médico é objetiva, como no caso do cirurgião plástico, que possui como obrigação o resultado, e não uma obrigação de meio. Esta exceção foi apenas mencionada, não se aprofundando, visto que o objeto de estudo deste trabalho é a responsabilidade médica subjetiva, galgada nos conceitos de culpa *stricto sensu*.

A conduta voluntária do agente, mencionada anteriormente, por si só já faz com que seja caracterizada a culpa do mesmo, não sendo necessária a comprovação da intenção, mas sim, apenas que a atitude dele foi contrária à perícia e prudência necessárias ao caso concreto.

A quantificação do valor indenizatório será apurada de acordo com a extensão dos danos que a vítima sofreu.

4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO TOCANTE À CULPA

Na esfera do Direito Civil, quando se trata de responsabilidade civil, para que surja o dever de reparação dos danos causados pelo médico, em virtude de algum ato por si praticado, faz-se necessária a presença e comprovação do dano sofrido pelo paciente. Esse dano pode ser patrimonial (material), mas não precisa obrigatoriamente ser patrimonial, pode também ser não-patrimonial (imaterial), ou seja, pode vir a ser um dano moral sofrido pela vítima, como consequência do ato danoso cometido pelo médico.

Deve existir, além do dano e do ato danoso, o nexo de causalidade que liga este àquele. Todavia, para gerar o dever de indenização por parte do médico, em relação ao paciente, deve-se comprovar a culpa daquele em relação aos prejuízos efetivamente experimentados por este.

E esta culpa que deverá ser comprovada, mesmo que levíssima, é a que gerará a obrigação de indenizar. Como o médico se depara diretamente com a vida humana, não há espaço para pequenas culpas e, por isso, mesmo a menor delas fará com que exista o dever de indenização. Independente de sua gradação, uma vez tendo ocorrido, gerará a responsabilidade do médico em indenizar a vítima. Para se compreender o que seria a culpa grave, leve e levíssima, vale-se utilizar do conceito bem exposto, de Fabrício Zamproga Matiello:

“Por derradeiro, existe ainda sutil distinção teórica quanto aos graus atribuíveis à culpa. Assim, grave é a que produz resultado antijurídico que poderia ser previsto por qualquer pessoa de entendimento mínimo. [...] Culpa leve ocorre quando o agente viola um dever

sem maior consciência de que se está arriscando a produzir o dano. [...] Culpa levíssima, por sua vez, haveria em situações que aproximam o agente da inocência completa, já que o resultado antijurídico somente poderia ser antevisto por pessoa extremamente diligente, distanciada do padrão comum encontrado na sociedade”.²⁸

Todavia, devem existir limites para a caracterização da culpa, não bastando apenas a insatisfação do paciente, ou uma presunção de que o médico agiu culposamente, para originar a indenização, mas sim, a real comprovação da responsabilidade, analisando-se o dano causado, o agente causador do dano, e que houve nexos causal entre um e outro. A culpa médica só pode ser presumida caso se constate um erro grosseiro, ou quando se tratar das hipóteses de imprudência ou negligência, que possam visivelmente ser notadas por um homem médio, sem necessidade de uma análise mais minuciosa.

Em sua obra, o professor Miguel Kfourì Neto cita o doutrinador Pio Avecone, que defende os seguintes pressupostos para o levantamento da culpa médica:

‘Para Avecone, um correto método de levantamento da culpa médica pressupõe:

- a) a perfeita consciência do caso concreto, em todos os seus aspectos objetivos e subjetivos, evitando generalizações tão fáceis quanto falazes;
- b) o uso dos parâmetros jurídicos normais, utilizáveis também para outros tipos de culpa (previsibilidade, normalidade etc.) mesmo que, dada a particularidade da matéria, mais difícil pareça tal aplicação.²⁹

Observa-se assim que, para que se gere o dever de indenização à vítima, deve-se comprovar a culpa do médico para a ocorrência do ato danoso, atentando-se aos mínimos detalhes, haja vista tratar-se de assunto de grande minúcia, que envolve a ciência médica e a vida humana.

A obrigação do médico é de meio, visto se tratar de responsabilidade subjetiva, enquanto que, excepcionalmente, essa obrigação será de resultado, quando então, far-se-á presente a responsabilidade objetiva do

²⁸ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade Civil do Médico*. 3.ed. São Paulo: LTR, 2006. p. 20.

²⁹ AVECONE, Pio, *apud* NETO, Miguel Kfourì. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.83.

agente causador do dano, como ocorre no caso do cirurgião plástico. Sendo obrigação de meio, cabe à vítima provar a culpa do médico, isto é, provar que ele agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Uma vez comprovada a culpa, para que haja a responsabilização do médico, ainda se faz necessária a existência do nexo causal que liga a conduta do agente ao dano sofrido pela vítima. A comprovação do nexo de causalidade dependerá, na maioria dos casos, de perícia, pois é complicada a sua prova, tendo em vista que o médico pode tratar dois pacientes da mesma forma, empregando os mesmos métodos, porém um dos pacientes pode corresponder de forma positiva e o outro não, isto é, um pode ter a cura para o mal que lhe acometia, e o outro, pode encontrar a morte, a que todos os seres humanos estão sujeitos. E não significa que, em caso de insucesso, houve a culpa médica, pois foi empregado o meio adequado para se buscar a cura do paciente.

Desta feita, cada caso deve ser analisado pormenorizadamente pelo magistrado, avaliando-se a perícia realizada e, somente após colhidas todas as análises possíveis, tirar suas conclusões para a decisão daquele caso, que deve ser devidamente fundamentada, mas não necessariamente atrelada ao laudo médico.

Quando for comprovada culpa por parte do médico, surgirá o dever de indenizar, independente de ser gravíssima ou levíssima. A extensão da culpa terá importância para se quantificar a indenização, assim uma vez sendo levíssima não trará a mesma proporcionalidade de indenização que uma que seja grave, por exemplo. O enquadramento como grave, leve ou levíssima, como acima mencionado, terá que ser motivado pelo juiz, que não pode escolher aleatoriamente, mas sim, de forma devidamente fundamentada. A motivação do grau da culpa é uma parte muito delicada e complexa de se constatar, pois difere em cada caso, aquilo que pode ser grave para determinada pessoa, pode já não ser considerada por outra, e vice-versa. Competirá ao juiz, definir a gravidade da culpa e, somente após essa definição, é que se terá parâmetros para a fixação do valor a se indenizar, e a forma que deverá ser procedida para a reparação do dano. Isso comprova que, em casos de responsabilidade civil, em especial a do médico, não se pode tratar as situações de modo genérico, pois cada uma possui sua particularidade, devendo como tal ser analisada.

Resta clara a necessidade de cada caso ser analisado com suas particularidades, todavia, há princípios básicos que norteiam a responsabilidade médica, e esses devem ser respeitados, independente da situação que estiver ocorrendo, pois senão, cada parte apenas defenderia seu lado, utilizando-se dos mais diversos argumentos e artifícios, sem um mínimo de critério, apenas visando atingir a outra. Um dos objetivos da responsabilidade civil é estabelecer parâmetros para se analisar o caso

concreto, definindo os limites sobre os quais se enquadrarão a indenização e a reparação à vítima pelos danos causados em virtude da culpa médica.

Somente após a devida comprovação da culpa do médico, é que se parte para a reparação propriamente dita. O professor Miguel Kfourri Neto cita Pontes de Miranda, que preconiza: “o dever de indenização pelo médico só se pré-exclui se o lesado omitiu, dolosa ou negligentemente, o evitamento do dano, que ele poderia evitar, e a causa não era do conhecimento, ou não tinha de ser o conhecimento do médico”³⁰. O médico deve comprovar essa omissão por parte da vítima, caso contrário, restará comprovada sua culpa, e o consequente dever de indenização.

Existe a teoria da *res ipsa loquitur*, que significa que “a coisa fala por si mesma”. Ela surge quando há prejuízo à vítima, e quando não existe prova suficiente para a culpa do médico, mas ao mesmo tempo, não há outro motivo para o dano ter sido ocasionado, que não a culpa médica, ou seja, essa teoria ocorre quando há alguns fatos que não causariam danos à vítima, a menos que houvesse culpa do agente causador. Assim, quando existir evidência circunstancial e fundamental de que o dano à vítima não seria causado sem a culpa médica, o juiz pode dispensar a perícia e aplicar a condenação, utilizando-se de supracitada referência, fundamentando que esta foi conclusiva para o deslinde do caso.

O professor Miguel Kfourri Neto, traz ao final de sua obra Responsabilidade Civil do Médico, um apêndice com ementário cível sobre a questão da responsabilidade civil do médico, tanto sobre a culpa médica, como questões mais específicas, sobre o erro médico e de diagnóstico, a culpa médica *stricto sensu* (imprudência, negligência e imperícia), e alguns casos em que se deve indenizar em virtude de morte do paciente, lesão, entre outros.

Assim, para melhor esclarecer o conteúdo aqui explanado, de fundamental importância utilizar-se de referido ementário, neste momento para citar exemplos acerca da culpa médica e, posteriormente, à medida em que se for atingindo os temas específicos, utilizar-se deste ementário cível, para exemplificar as formas de culpa *stricto sensu*, entre outros.

Em relação à culpa médica, pode-se exemplificar o que segue:

7. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – Responsabilidade médica não configurada. Médica que, no atendimento a cliente-menor, se utiliza de meios adequados e indicados pela experiência, não age de forma culposa, pelo simples fato de não ter, com seu atendimento, alcançado um resultado exitoso. O exame da conduta

³⁰ MIRANDA, Pontes de, *apud* NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p. 88.

médica limita-se aos meios que oferece à cura e não ao resultado que, muitas vezes, independe daquela. Improcedência da ação (TJRS, rel. Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, RJTJRGS 149/635).³¹

17. MÉDICO – Responsabilidade civil – Quando ocorre – Ação improcedente. A responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência, imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina em virtude, mesmo, da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares (TJRJ, rel. Des. Felisberto Ribeiro, RT 558/178).³²

56. RESPONSABILIDADE CIVIL – Erro médico – Nexo causal – Prova. O relacionamento que se estabelece entre o médico e o paciente é sui generis, tratando-se de obrigação de meio, não de resultado, pois tem por objeto a prestação de cuidados conscienciosos e atentos, e, portanto, para que haja responsabilização por dano causado a paciente em consequência da atuação do profissional, é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte. Não demonstrada a conduta médica contrária à obrigação de tratar do doente com zelo e diligência, utilizando-se dos recursos da ciência, e não determinado o nexos causal nem a causa eficiente do dano, impossível reconhecer responsabilidade dele decorrente (TAMG, 7.^a Câm.Cív., AC 205.037-1, rel. Juiz Geraldo Augusto, v.u., DJ 18.12.1996, ADV-Coad 5/97, em. 77032, p. 73).³³

166. INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil do médico – Obrigação de meio – Ausência da prova

³¹ NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p. 298.

³² Idem Ibidem. p. 299.

³³ NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.308.

do agir culposo. Ausente prova robusta do agir culposo do médico, por imprudência, negligência ou imperícia, não há falar em obrigação de indenizar os danos alegados, máxime quando a prova pericial corrobora a versão do requerido assentando ter sido o procedimento adotado o indicado e usual naquelas circunstâncias. Apelo improvido (TJRS, 5.^a CâM.Cív., AC 599247830/Lagoa Vermelha, rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. 21.10.1999).³⁴

321. INDENIZAÇÃO – Intervenção cirúrgica – Ausência de culpa – Inexistência dos pressupostos à caracterização da responsabilidade civil. A indenização por ato indevido precede de que uma parte aja ao menos de forma culposa em relação à outra. Nessas circunstâncias, se a parte não demonstrar, em ação de reparação de prejuízos, a ofensa a uma norma preexistente ou os requisitos inerentes à caracterização de sua responsabilidade, é impossível a viabilização do pedido, principalmente quando a outra parte demonstrar uma causa impeditiva do direito adquirido, *in casu*, o cumprimento do estrito dever legal. Inexiste responsabilidade civil do médico quando este atua de forma zelosa, utilizando-se de recursos adequados, deixando de configurar a culpa (TJRO, CâM.Cív., AC 100.001.1998.017627-2, rel. Des. Sebastião T. Chaves, j. 22.06.2004).³⁵

Desta feita, resta-se comprovado aquilo que já foi dito, em relação à obrigação do médico ser uma obrigação de meio, e não de resultado (salvo a questão do cirurgião plástico). Não basta que exista o dano, deve-se comprovar a culpa para que exista o dever de reparação, pois pode até ter existido o dano, mas se o médico tiver procedido de modo correto, empregando os meios adequados, não haverá que se falar em indenização. Outro fator fundamental para se gerar o dever de indenização, conforme já citado anteriormente, é a questão do nexo causal, visto que, sem a sua determinação, não há que se falar em responsabilidade, mesmo existindo o ato danoso e o dano à vítima.

³⁴ Idem Ibidem. p. 336.

³⁵ Idem Ibidem. p. 373/374.

Ante o exposto, faz-se clara a necessidade de comprovação do ato danoso causado pelo médico, do dano causado propriamente dito, e do nexo causal entre o dano e o ato danoso. Resta evidente também, no tocante à gradação da culpa, que o *quantum* indenizatório e a forma como se dará a reparação dos danos, serão fixados pelo juiz, após minuciosa análise do caso concreto, podendo ser utilizados exames periciais, e os demais necessários, que o juiz julgue oportuno e conveniente para comprovar o alegado, ou mesmo em caso de existência dos exames periciais, estes podem ser dispensados, desde que devidamente fundamentados pelo magistrado.

4.2 A ANÁLISE DO ERRO MÉDICO E DE DIAGNÓSTICO

A análise do erro médico é uma das questões mais difíceis de se resolver, pois envolve a decisão de saber se haverá ou não a indenização, a questão de o médico ter ou não tido culpa pelo dano que a vítima sofreu, e mais, se entre essa culpa e o ato danoso existiu um nexo causal que gerasse o dever de indenizar.

A dificuldade em se comprovar o erro médico reside na ideia de que, em ações de responsabilidade civil ocasionadas por erro médico, tanto médico quanto vítima, buscam os devidos argumentos para comprovar, respectivamente, que agiu de forma prudente, ou de que sofreu um dano, em virtude da culpa médica. As defesas de ambas as partes buscam fundamentar suas alegações mas, no entanto, ao final, o que realmente valerá, será a fundamentação do juiz ante o caso concreto, após colhidas todas as provas necessárias para a elucidação do caso.

O juiz tem pela frente uma árdua missão, que é a tomada de decisão, e há uma certa complexidade em se proferi-la, pois há a ocorrência do dano alegado pela vítima, existe uma atuação médica, restando-se comprovar se houve ou não o liame que separa o dever de indenizar do de não indenizar, que é a culpa médica, e se entre essa culpa e o dano efetivamente causado existiu um nexo de causalidade que justificasse a propositura da demanda e a consequente indenização no patamar exigido pela vítima, em virtude do dano causado por culpa do médico.

Para que o magistrado decida da forma mais justa, de acordo com o ocorrido no caso concreto que se estará analisando, deverá valer-se de todos os meios de prova que julgue necessários para a elucidação dos fatos, e não apenas das provas, informações e documentos juntados por autor e réu, e oitiva de testemunhas, mas também por informações, documentos, perícias, depoimentos pessoais, e demais análises que ele próprio determine serem juntadas para a decisão da ação.

O juiz pode se utilizar do livre convencimento para a solução do caso concreto, ou seja, pode analisar o caso de acordo com a sua convicção e, após, proferir a decisão, cumprindo-se destacar que esta convicção e este livre convencimento devem ser devidamente fundamentados, até mesmo para que o magistrado não profira decisões ímpares em casos semelhantes.

A partir do momento que o juiz tem o arbítrio de se utilizar do livre convencimento, pode-se utilizar dos laudos periciais para auxiliar no julgamento ou pode, de outro lado, até mesmo decidir de forma contrária a eles, momento no qual deverá fundamentar o porquê de sua decisão em sentido oposto ao dos referidos laudos.

O médico não pode simplesmente presumir que o paciente está acometido de determinada enfermidade e, assim, iniciar o tratamento sem análises e exames. O médico deve interrogar o paciente, tratá-lo como deve ser tratado o ser humano, com a dignidade que lhe é inerente, colhendo todas as informações necessárias para uma análise mais pormenorizada do mal que acomete o paciente. Somente assim poderá identificar com precisão o problema para o qual o paciente busca solução e, quando identificado, o médico deverá buscar o tratamento mais adequado para lidar com a enfermidade, empregando os meios e técnicas necessárias para dirimir o problema, em toda a sua extensão.

Para que seja identificada de forma exata a doença do paciente, deve-se providenciar exames, se necessário, testes para comprovar a extensão da doença e, após se ter uma certeza do diagnóstico, começar o tratamento ideal para aquele tipo de doença. Por isso, não se permite uma análise superficial pois, se deste modo ocorresse, ao final, poder-se-ia estar tratando de uma outra doença, que não a que está acometendo a saúde do paciente.

O professor Miguel Kfoury Neto explicita alguns pontos que devem ser observados para que se tenha uma certeza diagnóstica:

[...] Por isso, para a obtenção de uma certeza diagnóstica, fazem-se necessárias providências preliminares, reunidas em dois grupos: a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença – e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas etc.); b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os

diversos quadros patológicos conhecidos pela Ciência Médica. *Diagnóstico* consiste, pois, uma vez efetuadas todas as avaliações, na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente. (grifo do autor)³⁶

Assim, é possível observar que o médico deve se valer dos meios adequados, e de todos quanto possíveis, para que profira um diagnóstico correto da enfermidade da qual o paciente se encontra acometido, e a partir deste momento, buscar o tratamento adequado, com a diligência que integra a profissão médica. Todas essas precauções servirão de resguardo para o médico, eximindo-o de qualquer tipo de responsabilidade, caso o tratamento não seja bem sucedido pois, conforme já mencionado anteriormente, a responsabilidade do médico é de meio, e não de resultado, e assim, empregando os meios mais adequados ao tratamento do caso concreto, e não obtendo sucesso na cura do paciente, estará isento de responsabilização, pois fez tudo que estaria ao seu alcance para aquele caso.

Assim, a análise e prova do erro médico é uma tarefa árdua e, em consequência, provar que existiu erro de diagnóstico, é igualmente difícil, pois nestes casos, englobará uma área estritamente técnica, o que dificulta uma melhor análise por parte do magistrado.

Isso ocorre também devido à condição de falibilidade humana, visto que o médico também possui suas falhas e, em alguns casos, determinadas condições do paciente também são essenciais para que se diagnostique corretamente sua enfermidade e, em isto não ocorrendo, o tratamento também pode vir a restar infrutífero.

Ocorrerá responsabilidade por parte do médico quando houver um erro de diagnóstico, partindo-se da análise de que, outro médico, atuando em igualdade de condições, se simplesmente agisse de forma prudente, não o cometesse.

O erro de diagnóstico também pode se caracterizar de forma grosseira e, para este, o juiz pode responsabilizar o médico mesmo sem a realização de perícia, pois mesmo sem a realização desta, restará evidenciado e comprovado o erro por parte do médico e sua consequente obrigação de indenização e reparação pelos danos causados.

O professor Miguel Kfoury Neto também traz em sua obra, no ementário cível já mencionado, exemplos em relação a erro médico e de diagnóstico, dos quais, pode-se destacar o seguinte:

³⁶ NETO, Miguel Kfoury. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.91.

68. DANOS MORAIS – Erros médicos causando padecimento aos familiares da paciente, que veio a óbito – Indenização devida – Apelo parcialmente provido. I – Erro de diagnóstico. Médico que dispensou tratamento à paciente como se estivesse em coma alcoólico, quando se tratava de acidente vascular cerebral, divulgando ainda o fato através da imprensa e causando padecimento aos seus familiares. II – Erro de tratamento. Médico que submeteu a paciente à desnecessária cirurgia para diagnosticar o AVC, sob suspeita de haver hemorragia intracraniana, quando não havia indicação quer pela angiografia cerebral, quer pela punção lombar. Como se tratava de infarto branco, a intervenção cirúrgica apenas agrediu a paciente, sem que houvesse qualquer melhora em seu estado clínico, com grande aflição a seus familiares, que tiveram de providenciar urgente remoção dela a esta Capital, mas já sem possibilidade de reverter o quadro (voto vencido, da lavra do Juiz Clayton Reis, elevava o quantum a título de compensação do dano moral, de cem (100) para mil e quinhentos (1.500) salários mínimos, quinhentos para cada um dos três réus. Sobrevieram embargos infringentes, parcialmente acolhidos, para excluir o hospital da condenação e elevar o dano moral a seiscentos (600) salários – trezentos para cada médico) (TAPR, 1.^a Câm.Cív., AC 63.372-1, rel. Juiz desig. Munir Karam, j. 29.08.1995).³⁷

Deste modo, comprovado o erro de diagnóstico, é notório que haverá responsabilidade por parte do médico, bem como o dever de reparação por danos morais, dependendo do caso concreto.

Conforme supramencionado, o juiz, na análise do caso concreto, deve valer-se de todas as provas que julgar necessárias para a elucidação dos fatos e para a formação de sua convicção, tais como a análise das alegações de médico e paciente, das perícias realizadas, dentre outras, para somente a partir deste momento, proferir sua decisão.

Somente após toda a análise do caso em tela, verificando-se se o médico agiu de forma correta para o diagnóstico do paciente e se, após essa identificação, empregou os meios adequados para o tratamento, é que o juiz

³⁷ NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.311.

poderá analisar e destacar se houve ou não o erro de diagnóstico por parte do médico, e apurar sua responsabilização, devido à extensão do dano sofrido pelo paciente.

Daí, destaca-se que, caso o médico não tenha agido com a diligência necessária que o caso exigia, se não houve as precauções necessárias que a vida humana exige, se não tomou todos os cuidados que a profissão médica exige ao lidar com o paciente, e se o médico não foi, dessa forma, diligente ao diagnosticar o paciente, é clara a responsabilidade de indenizá-lo, por todos os danos que sofrer em virtude da falta de diagnóstico correto.

4.3 A CULPA *STRICTO SENSU*

Em linhas gerais, pode-se dizer que a culpa em sentido estrito é aquela que se funda nos conceitos de imprudência, negligência ou imperícia por parte do médico, em relação a determinadas situações, que serão ensejadoras do dever de indenização, caso reste comprovada. Para tanto, dever-se-á comprovar a existência da conduta culposa do médico, o ato danoso causado ao paciente, e o nexos causal entre uma e outro.

Na obra *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*, Neri Tadeu Camara Souza fundamenta que há quatro componentes que se apresentam quando há a existência da culpa *stricto sensu*, a saber:

E, este comportamento culposos, no seu sentido estrito, em casos de erro médico, implicará, se ocorrer, em um delito culposos (leia-se, culposos em sentido estrito), que apresenta quatro componentes:

1. conduta, ação ou omissão, no caso culposos;
2. não cumprimento da obrigação (dever) de cuidados, geralmente, em casos de erro médico por negligência, imprudência ou imperícia do profissional;
3. resultado deletério involuntário, ou seja, um dano, prejuízo, ao paciente causado pelo atendimento médico;
4. previsível, o que implica que o médico podia prever, mesmo que não desejasse isto, que se agisse com imprudência, imperícia ou negligência o erro médico, dano ao paciente, poderia ocorrer.³⁸

Na mesma obra, o autor cita René Savatier, que faz uma definição sobre culpa, abordando-se o seguinte:

³⁸ SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 3.ed. Campinas, SP: Servanda, 2008. p. 73.

Definition de la faute. – La faute est l’inexécution d’un devoir que l’agent pouvait connaitre et observer, ou seja, em uma tradução livre do autor: “Definição de culpa. – A culpa é a não execução de um dever que o agente podia conhecer e respeitar.

[...]

Impossibilité de définir la faute sans partir de la notion de devor. – (...) La faute est l’acte ou l’abstention que n’aurait pás commis um homme diligent, um homme avisé, um homme prudent, ou seja, em tradução livre do autor: Impossibilidade de definir a culpa sem partir da noção de dever. – (...) A culpa é a ação ou omissão que não teria cometido um homem diligente, um homem ponderado, um homem prudente.³⁹

Assim, o elemento necessário para que haja a culpa é a violação, ou uma não execução de um dever que o médico deveria observar.

Seguindo-se este conceito, partir-se-á para a definição das três formas de culpa *stricto sensu*, sendo que uma destas é a que deverá ser comprovada pela vítima, em conjunto com a demonstração do dano, para que o médico seja responsabilizado e a vítima ressarcida de todos os prejuízos por ela acometidos.

A teoria da culpa é a vigente, como regra, no Direito Civil Brasileiro, no tocante à responsabilidade civil, e os artigos 186 e 951 do Código Civil servem de pilar para que essa teoria ganhe fundamento.

Para uma compreensão maior e mais aprofundada sobre as formas de culpa supramencionadas, parte-se agora ao estudo de cada uma delas, detalhada e separadamente, com suas especificidades, conceituação e exemplificação no caso concreto.

4.3.1 Imprudência

A imprudência (do latim *imprudentia*) é a falta de precaução, de previdência, de atenção, o descuido, a prática de ato profissional com atitudes sem justificativa, atitudes essas que são tomadas sem os cuidados exigíveis para o caso concreto, isto é, sem a utilização da cautela necessária exigida para o procedimento médico.

Caracteriza-se a imprudência pela culpa comissiva do agente causador do dano, no caso em estudo no presente trabalho, do médico. A

³⁹ Idem Ibidem. p. 74.

imprudência é o oposto da prudência, que é sinônimo de cautela, previdência, atenção e cuidado, e o médico que procede com a prudência necessária que o caso exige, estará procedendo de forma correta, pois agirá com toda a cautela necessária para se evitar o insucesso nos procedimentos utilizados.

A imprudência médica se enquadra ao contexto da imprudência em geral, pois o conceito de imprudente tanto vale para a área médica, como para outras áreas profissionais, e na vida como um todo.

Assim, o ponto mais delicado e difícil, em relação à imprudência, é distingui-la da imperícia, em especial, e também da negligência.

O professor Miguel Kfoury Neto cita com propriedade Basileu Garcia e Pio Avecone, que expõem as devidas distinções entre as formas de culpa existentes, exemplificando as situações possíveis e, em especial, a diferença entre imprudência e imperícia, contribuindo para o correto esclarecimento sobre a imprudência, para não confundi-la com a imperícia, e menos ainda, com a negligência:

Para Basileu Garcia, “consiste a imprudência em enfrentar, prescindivelmente, um perigo; a negligência, em não cumprir um dever, um desempenho da conduta; e a imperícia, na falta de habilidade para certos misteres”. A seguir, exemplifica tachando de imprudente notável cirurgião que, por vaidade, resolve empregar técnica cirúrgica perigosa, sem comprovada eficiência, abandonando o seguro processo habitual. Não é imperito nem negligente, pois redobra seus cuidados – mas o paciente morre, devido à sua imprudência. Negligente seria esse mesmo operador, se não exigisse assepsia perfeita para o ato cirúrgico – ou se, finda a intervenção, deixasse o enfermo aos cuidados de auxiliares sabidamente ineptos. Imperito seria o profissional da medicina que se aventurasse em cirurgia sem dispor dos conhecimentos básicos para tanto, vindo o paciente a falecer.

Avecone entende que imperícia e imprudência não podem coexistir: num mesmo comportamento, uma exclui necessariamente a outra. O médico é imprudente quando, tendo perfeito conhecimento do risco e também não ignorando a ciência médica (não sendo, pois, imperito), toma a decisão de agir assim mesmo.

Exemplifica com o caso de um cirurgião que opera com um bisturi não esterilizado: se não conhece os

perigos da infecção será notavelmente imperito; se o conhece e todavia prossegue, sua ação será imprudente.⁴⁰

E o mesmo autor, em seu ementário cível, traz alguns exemplos de decisões em que houve imprudência, da qual se pode destacar a que segue:

150. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – Responsabilidade civil – Médico – Imprudência – Cirurgia ortopédica – Pressão região cervical – Tetraplegia – Danos patrimoniais, morais e estético.

Em se tratando de ato complexo, em um contexto de múltiplos fatores e condições, é imprescindível determinar qual a condição, naquelas circunstâncias, adequada para produzir o resultado, pois é o autor dessa condição quem responde pelo evento danoso.

Incumbe ao Médico-cirurgião zelar pelo bom funcionamento dos trabalhos de todos aqueles que participam do ato cirúrgico. O profissional que se dispõe a realizar esse tipo de operação assume o compromisso de, no mínimo, não resultar à paciente danos maiores aos já existentes, cabendo a ele, como profissional, avaliar os riscos. Da descrição do ato cirúrgico infere-se que, no decorrer de sua execução, houve a fratura da lâmina C-5, e que da intervenção cirúrgica resultou lesão neurológica irreversível na paciente. Em sendo difícil crer que uma fratura possa ser considerado fato “normal”, pois indica, pelo menos, que estava sendo aplicada força excessiva à área, elevando-se consideravelmente o nível de tensão (no sentido físico técnico de força/unidade de área) na região, o que também é evidenciado pela passagem com “dificuldade” do fio de aço de C-6 a C-4, é forçoso reconhecer a existência de erro na execução da cirurgia, pois os próprios documentos trazidos aos autos pelo réu corroboram a possibilidade de ocorrerem complicações (tetraplegia) em decorrência de compressão excessiva sobre a área medular (TRF-4.^a R., 3.^a T., AC 97.04.69211-0/PR, rel. Juíza Vivian

⁴⁰ AVECONE, Pio, e GARCIA, Basileu, *apud* NETO, Miguel Kfourí. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p. 99/100.

Josete Pantaleão Caminha, j. 13.02.2001, DJU 04.04.2001, p. 691).⁴¹

Neste caso, comprovando-se a imprudência do médico, ele deverá reparar a vítima pelos danos causados em virtude de seu ato danoso.

Desta forma, torna-se clara a conceituação de imprudência e sua aplicação em um caso concreto, embora por vezes seja necessário analisar minuciosamente, para identificar a presença de um ou outro tipo de culpa, para que então se conclua pelo dever de indenização à vítima.

4.3.2 Negligência

Pode-se caracterizar a negligência médica (do latim *negligentia, de negligere*) como aquela oriunda da inação, inércia, falta de precaução e diligência, passividade do médico.

Assim, em linhas gerais, define-se negligência como sendo a omissão aos deveres que as circunstâncias exigem do médico para o caso concreto, e aquele que assim o age, estará cometendo a denominada culpa *in omittendo*, pois estará procedendo em sentido oposto da diligência, da ação cuidadosa que deve ser inerente à atividade médica.

Miguel Kfoury Neto traz exemplos de situações que são enquadradas como negligência médica e que, por este motivo, geram o dever de indenização por parte do médico, à vítima da negligência:

O abandono ao doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro (um médico, confiando na pontualidade do colega, deixa o plantão, mas o substituto não chega e um doente, pela falta de profissional, vem a sofrer graves danos. É a negligência vicariante); mais: a prática ilegal por estudantes de medicina, acarretando a responsabilidade, por negligência, do responsável pelo estágio; [...]; a letra do médico (receita indecifrável – em geral vê-se que os médicos têm letra ruim – levando o farmacêutico a fornecer remédio diverso do prescrito) também conduz à responsabilidade por negligência: deve-se prescrever à máquina ou de forma legível e sempre com cópia; esquecimento, em

⁴¹ NETO, Miguel Kfoury. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.331.

cirurgia, de corpo estranho no abdômen do paciente (pinça ou gaze, por exemplo), causando dano.⁴²

Ainda, o mesmo autor traz em seu ementário cível, alguns exemplos em que o médico deve ser responsabilizado em virtude do reconhecimento de sua negligência, ou deve ser absolvido, caso não haja prova da negligência alegada pela vítima, conforme pode-se destacar:

69. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO – Negligência profissional reconhecida. Causa da morte da paciente. Hemorragia interabdominal consequente à ruptura traumática do rim esquerdo, no decurso de uma “simpatectomia lombar”. Na apreciação da culpa de direito comum, entre as hipóteses que a configuram, a negligência consiste na falta de precauções sem intenção de prejudicar. Embargos acolhidos. Votos vencidos (TJRS, 2.º Gr.Câm.Cív., EI 38.995, rel. Des. Bonorino Butelli, j. 15.10.1982, RJTJRS 96/166).⁴³

434. RESPONSABILIDADE CIVIL – Erro médico – Nexo causal – Não configurado. Conjunção fática e probatória que não confortam as alegações postas na inicial de que houve negligência do demandado, pois teria deixado fragmento de luva cirúrgica, o que dera origem aos problemas que culminaram em novo procedimento cirúrgico, por outro profissional. Ao contrário, as evidências apontam para a circunstância de que a cirurgia foi feita pelo demandado justamente para remover granuloma que, segundo o exame anatomopatológico, teria origem em corpo estranho (resto de luvas). Este, pelo visto, permaneceu na coxa da paciente por não ter sido aquele removido integralmente, o que também não pode ser atribuída ao profissional, não integrando, por outro lado, causa de pedir. Apelo e recurso adesivo improvidos (TJRS, 10.ª Câm.Cív., AC 70009790619, rel. Des. Luiz Ary Vessini Lima, j. 16.12.2004).⁴⁴

⁴² NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.94.

⁴³ Idem Ibidem. p. 311

⁴⁴ Idem Ibidem. p. 402.

Deste modo, reconhecendo-se a negligência do médico, este deverá indenizar a vítima pelos danos causados, mas se a negligência não for caracterizada, como em um dos exemplos acima, por falta denexo causal, não existirá dever de indenização, pois não houve a comprovação de culpa por parte do médico.

Ocorrerá erro grosseiro – aquele fácil de se constatar, mesmo sem realização de perícia – quando o médico desconsiderar sintomas que estão latentes em determinado paciente, e tratá-lo com descaso.

Deste modo, a negligência (que ocorre em virtude de passividade, inércia, distração, indolência) pode ser considerada o contrário da diligência, considerando esta como o dever de o médico agir com todo o cuidado necessário que o tratamento do paciente exige, sem cometer falhas ou distrações que possam lesar o paciente.

Além dos exemplos acima citados, muitos são os casos de negligência médica, pois a distração, a inércia em determinadas situações, faz parte da natureza humana, e neste sentido, diversas são as vezes em que o médico, por algum tipo de distração, enfim, por algum motivo, comete erro em virtude de sua negligência, e isto ocorrendo, deverá reparar o dano causado ao seu paciente.

Como conclusão, cumpre destacar que, para que a negligência não seja caracterizada, o que se exige do médico é uma diligência mediana, aquela exigida para o profissional médico normal, pois não se pode exigir uma diligência plena, não se pode exigir que ele seja perfeito, que não cometa erro algum, mas sim, que tome todas as precauções necessárias que o caso concreto, e sua profissão, que lida diretamente com a vida humana, exigem.

4.3.3 Imperícia

Após a abordagem das formas de culpa *stricto sensu* denominadas negligência e imprudência, necessita-se identificar a terceira forma – imperícia – para que se possa compreender em que casos se enquadram cada uma dessas formas. Deste modo, necessária se faz a compreensão em relação à imperícia, do que ela vem a ser e como surge no âmbito da responsabilidade civil médica, e como pode ser identificada, para após, determinar se realmente se tratará de imperícia, ou se o que se fará presente no caso concreto será imprudência ou negligência.

A imperícia (do latim *imperitia, de imperitus*) pode ser definida como a falta de habilidade do profissional médico, para o desempenho de suas funções, é a inexperiência do médico ao lidar com o paciente, é a falta de conhecimento técnico para exercer a profissão para a qual se formou, é o

despreparo para o exercício de sua atividade, tudo isso em virtude de alguns possíveis motivos, tais como ser recém-formado e, assim, não ter ainda a vivência da prática médica, ou mesmo, por nunca ter se preocupado em observar os conhecimentos técnicos para a profissão que exerce.

Para se destacar o conceito de imperícia, bem como para diferenciar os casos em que esta se dará, ou quando ocorrerá imprudência ou negligência, há exemplos bem explanados na obra de Edmundo Oliveira, que se referem e podem clarear a distinção em relação às três formas de culpa *stricto sensu*, realçando quando exatamente se deve considerar um ato danoso causado pelo médico em virtude de imperícia:

O médico que, ao proceder ao exame de conjunção carnal, causa a rotura do hímen de uma jovem, pode responder por lesão corporal culposa (art. 129, §6º, do Código Penal). Esse erro do médico será caracterizado como negligência se durante a perícia o médico relaxar na atenção aos cuidados essenciais. Por outro lado, o médico agirá com imprudência caso venha a se comportar de maneira afoita, sem perguntar, por exemplo, antes de fazer o toque ginecológico, se a jovem é ou não virgem. Agora, se esse médico for um dermatologista e vier a realizar o toque ginecológico causando rotura do hímen, ele será responsabilizado por imperícia, porque não estava preparado para fazer um procedimento que foge da alçada de sua especialidade.

O médico que, de forma atabalhoada, atua no trabalho do parto, causando danos à parturiente, é imprudente. Se resolve delegar ao estudante estagiário de medicina o poder de manusear instrumento médico cirúrgico, vindo a parturiente a sofrer danos, em decorrência do mau uso do instrumento, o médico é negligente pela falta de cuidado objetivo. Imperito é o estudante estagiário que não possui ainda habilitação técnica para o procedimento que arriscou fazer.⁴⁵

Com esta análise e exemplos, resta claro o entendimento de quando ocorrerá imperícia, isto é, quando o médico exercer uma atividade para a qual não possui o devido e necessário conhecimento, pois foge à sua área de atuação. Ou, como citado por Edmundo Oliveira, no caso do estagiário do curso de medicina, que ainda não possuía a habilitação técnica

⁴⁵ OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, erro médico e direito penal*. Rio de Janeiro. Forense, 2000. p.59.

necessária e exigível para o caso, e mesmo assim acabou por fazer o procedimento.

O professor Miguel Kfourri Neto, também em relação à imprudência, traz diversos exemplos, no ementário cível de sua obra *Responsabilidade Civil do Médico*, dentre os quais, pode-se destacar:

158. RESPONSABILIDADE CIVIL – Erro médico – Imperícia – Inocorrência – Método de esterilização utilizado que ocasionou gestação indesejada. Adequação diante da mãe ser jovem e primípara – Acuidade profissional demonstrada diante das circunstâncias que se de risco não restaram demonstradas – Cirurgia que é realizada com a margem de 1% de falha – Inexistência de culpa – Danos morais e materiais – Descabimento – Recurso não provido (RJSP, 1.^a Câm. Dir. Priv., AC 68.113-4/Barretos, rel. Des. Guimarães e Souza, j. 02.03.1999, v.u.).⁴⁶

338. APELAÇÃO CÍVEL – Responsabilidade civil – Erro médico – Imperícia. Era da autora, a teor do disposto no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. Não tendo logrado demonstrar que do procedimento cirúrgico levado a efeito pelo réu decorreu a lesão do nervo ciático, ou, mesmo que tivesse decorrido, que tal lesão impunha-se evitável, correto o decreto de improcedência da demanda. Apelo improvido (TJRS, 6.^a Câm.Cív., 70001107523, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, j. 10.12.2003).⁴⁷

Deve-se comprovar a falta de habilidade do médico para ele seja qualificado como imperito, caso contrário, não há que se falar em culpa e responsabilidade.

Dentre as formas de culpa *stricto sensu*, a imperícia é a forma mais delicada e sutil para ser abordada, pois se necessita diferenciar e identificar quando o médico atuou de forma correta ou culposa, e esta identificação e diferenciação que é difícil de ser feita.

⁴⁶ NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.333/334.

⁴⁷ Idem Ibidem. p. 379.

O médico será considerado imperito, deste modo, quando poderia evitar o dano ao paciente a partir de seus estudos básicos, mas não conseguiu evitar. Outro motivo em que se considera o médico como imperito será quando ele não conhecer os progressos científicos que sejam de conhecimento geral, de domínio público, e que todo médico com diligência mediana deveria conhecer. Será do mesmo modo imperito, o médico que não fizer verificações sobre a experiência médica, visto que, em determinados casos, a experimentação demonstra resultados negativos, e que, por este motivo, devem ser evitados.

Assim, o médico não pode ser deficiente de conhecimentos técnicos, devendo manter-se sempre atualizado e com um mínimo de conhecimento, que qualquer outro médico também poderia possuir.

Não poderia existir melhor síntese para se concluir acerca das conceituações de imprudência, negligência e imperícia, do que a trazida como citação, na obra de Miguel Kfoury Neto, cujas palavras foram proferidas há alguns anos, perante a Corte de Apelação de Milão, pelo Procurador-Geral:

[...] ‘não é imperito quem não sabe, mas aquele que não sabe aquilo que um médico, ordinariamente, deveria saber; não é negligente quem descure alguma norma técnica, mas quem descure aquela norma que todos os outros observam; não é imprudente quem usa experimentos terapêuticos perigosos, mas aquele que os usa sem necessidade (...)’.⁴⁸

Para completar a conceituação supracitada, merece destaque a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, abaixo exposta:

‘A atitude médica revela-se imprudente quando o profissional atua de maneira precipitada ou ousada. Já a negligência é caracterizada pela omissão, inércia, passividade ou mesmo pela falta de vigilância. E, por sua vez, a imperícia dá-se quando carece ao médico a técnica adequada ou este deixa de observar as normas da profissão.’(‘O Médico e a Justiça’, Coordenação Institucional de Nacime Mansur e Reinaldo Ayer de

⁴⁸ NETO, Miguel Kfoury. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.104

Oliveira. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006, p. 24)'.⁴⁹

Assim, conclui-se a abordagem acerca da culpa *stricto sensu*, bem como a análise pormenorizada de suas formas, que são de fundamental importância para se definir a culpa médica, e a forma na qual ela se enquadrará. Com isso, agora passa-se à análise da sequência do presente trabalho, com uma breve abordagem da distinção entre a culpa civil e a culpa penal.

4.4 DISTINÇÃO ENTRE CULPA CIVIL E PENAL

O fato ilícito pode gerar diversos tipos de efeitos, talvez os principais sejam os civis e os penais, mas também podem existir outros, como administrativos, financeiros e ambientais. Deste modo, quando o médico age de forma culposa, e causa algum dano ao paciente, seja por ação ou omissão, pode vir a surgir o dever de responsabilidade civil ou penal do médico, ou as duas em conjunto, dependendo do caso concreto.

Há pontos comuns e distintos entre a culpa civil e penal do médico. As semelhanças entre os dois tipos de culpa se originam porque ambas surgem através de um ato danoso que o paciente sofre, em virtude de uma atitude culposa do médico e, assim, para que exista a responsabilidade e surja o dever de indenização, deve-se provar o nexo causal entre o dano causado e a conduta do médico. As distinções entre a culpa civil e a penal são no sentido de que, a culpa penal é caracterizada pela tipicidade, prevista na lei penal, já a culpa civil não é tão rígida e inflexível, podendo restar caracterizada mesmo sem a previsão legal na lei expressa. A culpa penal imputa ao médico (culpado) uma pena, já a culpa civil impõe ao médico o dever de indenização, reparação pelo dano causado ao paciente. Outra distinção reside no fato de que, a culpa penal, por caracterizar uma pena, é estritamente pessoal, não podendo ser transferida da pessoa do médico, já a culpa civil pode ser transferida a outras pessoas, em caso de ausência ou impossibilidade do médico que causou o dano ao paciente.

O objeto da presente monografia é o estudo da responsabilidade civil médica, em relação aos danos que porventura possa ter causado ao paciente e que, assim, enseja o dever de indenização. Por este motivo, a culpa penal

⁴⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº 492.510.4/7-00, da Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelante: Alessandra Araújo Santos. Apelada: Congregação das Filhas de Nossa Senhora Stela Maris – Hospital Stella Maris. Relator: Juiz José Luiz Gavião de Almeida. São Paulo, 24 de março de 2009. Página 02/03 da apelação. Disponível em: <<<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsjg/resultadoCompleta.do>>>. Acesso em 07/04/2009.

e a responsabilidade penal do médico não serão aqui abordadas, apenas mencionadas, conforme exposto acima.

Insta salientar que, para a caracterização da culpa civil, e o consequente dever de indenizar a vítima pelo dano causado, deve-se comprovar a responsabilidade civil do médico pelo dano, e para tanto, faz-se necessário que exista realmente a conduta culposa por parte do agente, que haja a comprovação do dano efetivamente sofrido pela vítima e que, entre esta conduta e o dano seja estabelecido um nexo de causalidade, que acabará por motivar a indenização à qual a vítima fará jus.

4.5 DA CLÁUSULA DE NÃO-INDENIZAR E DO CONTRATO MÉDICO

Seria simples, fácil e cômodo, para qualquer profissional, em qualquer área de atuação, estipular no contrato de prestação de serviços uma cláusula que o exima de qualquer tipo de responsabilidade pelo serviço prestado, em caso de insucesso naquilo ao qual se comprometeu a fazer.

Na área médica, em especial na área cirúrgica, os médicos têm se valido da cláusula de não indenizar, estabelecendo parâmetros na tentativa de ficarem isentos de qualquer indenização caso falhem em seu dever, ao tratar o paciente. Entretanto, as cláusulas de não-indenizar impostas por médicos ao paciente não possuem nenhuma eficácia no âmbito do Direito Penal, uma vez que o dever de punir do Estado independe da vontade da vítima.

Entretanto, essa questão da cláusula de não-indenizar ganha ênfase no âmbito civil, e nela se apresenta de modo mais explícito.

A responsabilidade civil do médico, como já mencionada em momentos anteriores, é de meio, e não de resultado, como ocorre excepcionalmente no caso dos cirurgiões plásticos. E assim sendo, o profissional deve empregar e dispor de todos os meios adequados para a busca da cura do paciente, só que não pode, em momento algum, prometer-lá, pois há limitações e fatores biológicos que independem da habilidade e aptidão do médico para lidar com a enfermidade com a qual o paciente está acometido.

A responsabilidade do médico surge com a manifestação do erro por sua parte, ou seja, com a caracterização da culpa *stricto sensu* (imprudência, negligência ou imperícia), que gerará o dever de indenização à vítima. Desse modo, vê-se que o médico, independentemente de estar sob a guarda de uma cláusula de não-indenizar, já é beneficiário deste direito, mesmo que de forma tácita, pois sua missão é fazer uso de todos os meios adequados e necessários na busca da cura do paciente, mas isso pode vir a

não ocorrer. E para ser responsabilizado, deve ser comprovada sua culpa, em qualquer uma de suas três formas, caso contrário, não haverá que se falar em indenização. Esse seria o liame no qual o médico poderia se fundamentar, e não explicitar esta cláusula de isenção de responsabilidade através de um contrato, mas sim, em se isentando caso a vítima não comprove sua culpa, pelo ato danoso que veio a sofrer.

Um contrato de prestação de serviços médicos com cláusula de não-indenizar, na maioria das vezes pode trazer, desde sua origem, certo vício de consentimento por parte do paciente que, na busca de um médico para o início de determinado tratamento, para tentar a cura de sua enfermidade, pode assinar o contrato com referida cláusula expressa, isentando o médico de qualquer responsabilidade por ato porventura culposos que venha a existir, pois vê nessa concordância, talvez a única possibilidade de tentar se salvar do mal que lhe acomete. No entanto, se houver assinatura impositiva, do contrato de prestação de serviço com cláusula de não-indenizar, este se torna inválido, quando não ocorre o verdadeiro consentimento por parte do paciente.

Desse modo, as cláusulas de não-indenizar não devem prevalecer nos contratos médicos, visto que se trata do direito à vida, e não se pode validar em contratos, cláusulas que tenham por objeto o próprio ser humano.

Em relação à questão legal, a relação entre médico e paciente tem características negociais. Embora se enquadre no assunto referente a atos ilícitos, indenização e reparação de danos, essa relação pode receber o tratamento de um contrato, mesmo com sua atipicidade, e assim o sendo, seria considerado um contrato inominado. Para tal definição, pode-se fundamentar no artigo 425 do Código Civil, que prevê a existência dos contratos atípicos.

Há de se fazer uma ressalva, quando se trata de contrato médico, pois se este fosse um contrato normal, e ocorresse o erro médico, competiria ao médico fazer a prova de que não teve responsabilidade pelo dano causado ao paciente e, em caso de não provar sua isenção, seria obrigado a indenizar a vítima. Porém, no caso do contrato médico, há algumas especificidades que o contornam, pois se referido contrato tem por fim uma obrigação de meio, que é a regra da responsabilidade civil do médico, a comprovação da culpa e do dano competem exclusivamente à vítima.

Com todos os argumentos acima explicitados, resta notório o enquadramento da responsabilidade do médico como um contrato, e isso ocorre mesmo quando a prestação dos serviços médicos se der de forma não onerosa, ou que tenha acontecido o contrato de modo verbal. E, uma vez comprovado o erro médico, originar-se-á uma obrigação de indenizar a vítima por todos os danos sofridos. Desta feita, conclui-se a ideia de cláusula de não-indenizar e do contrato médico.

Assim sendo, após ter-se abordado os aspectos relativos à culpa, e as formas de culpa *stricto sensu*, pode-se prosseguir à fase final do trabalho, qual seja, a liquidação dos danos. Mas isso só se torna possível, após ter-se provado a culpa do médico, o ato danoso e o nexa causal entre esta culpa e o ato que causou dano ao paciente.

5 A LIQUIDAÇÃO DOS DANOS MÉDICOS

O direito brasileiro admite a indenização por danos materiais e morais, sendo que este último, também pode ser chamado de dano imaterial ou não patrimonial, e a indenização proveniente de danos imateriais, tem por fim impor ao agente causador do dano uma sanção civil, não apenas pelo abalo sofrido pela vítima, mas sim, estendendo-se também a todos os bens personalíssimos do ser humano. Essa indenização deve ser proporcional ao abalo e sofrimento experimentado pela vítima, bem como capaz de reparar o bem personalíssimo que foi ferido. Já a indenização por danos materiais consiste em ressarcir à vítima, pecuniariamente, em sentido estrito, pelo prejuízo que experimentou em razão da atitude culposa do médico.

5.1 LIQUIDAÇÃO: DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES

A liquidação dos danos pode ser conceituada como a determinação do *quantum* indenizatório, em pecúnia, que o agente causador do dano terá de despendar em favor da vítima, a fim de ressarcir-la pelos prejuízos causados em virtude da conduta culposa do médico.

Esta indenização à qual o médico deverá proceder será por perdas e danos e, assim, deve corresponder tanto àquilo que a vítima efetivamente perdeu em razão do ato culposos, isto é, o *damnum emergens* (danos emergentes), como em relação ao valor que a vítima deixou de lucrar – caso estivesse em atividade – em virtude do ato danoso ocasionado pelo médico, o que caracteriza o *lucrum cessans* (lucros cessantes).

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 402, traz presente os institutos dos danos emergentes e dos lucros cessantes, conforme se apresenta: “Art. 402. Salvo as exceções, expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele **efetivamente perdeu**, o que **razoavelmente deixou de lucrar**” (grifo nosso)⁵⁰.

⁵⁰ BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.193.

Assim, o médico que age de forma culposa no tratamento do paciente, deve reparar a vítima pelos prejuízos causados, tanto no tocante aos danos emergentes (o que a vítima efetivamente perdeu) quanto aos lucros cessantes (aquilo que razoavelmente deixou de ganhar).

Pela conceituação trazida à baila pelo próprio Código Civil, nota-se que os danos emergentes são mais fáceis de serem solucionados, visto que se referem aos danos materiais e, com isso, torna-se possível quantificá-los e comprová-los, demonstrando-se os gastos efetivamente realizados pela vítima, originando o valor que o médico deverá ressarcir em virtude do erro cometido. Deste modo, permite-se a quantificação da indenização pecuniária que deverá ser paga pelo médico, para que o paciente realize o tratamento com vistas a voltar ao *status quo ante*.

A grande dificuldade reside no tocante à fixação da indenização em razão dos lucros cessantes, e ela se torna ainda mais difícil quando se trata da reparação por dano moral, visto que não é simples fixar um *quantum* de algo que não possui um valor determinado. Nos danos emergentes, aquilo ao qual se irá indenizar, já possui um valor determinado, sendo de fácil quantificação.

O ordenamento jurídico brasileiro defende que deve existir uma denominada indenização indenizatória, e não uma indenização punitiva do agente. Em linhas gerais, quer-se dizer que, o que realmente deve ser reparado, são os danos que foram efetivamente sofridos em razão do erro médico, e não de uma forma punitiva a ponto de levar o agente causador do dano à ruína. Assim, busca-se uma proporcionalidade em relação à indenização, de tal modo que, tanto ela não seja exorbitantemente grande, a ponto de causar a ruína do médico, mas que não seja também tão pequena, a ponto de deixar a vítima com uma sensação de impunidade.

Neste tipo de indenização, tem-se por objetivo o retorno ao *status quo ante*, ressarcindo-se a vítima de forma adequada, em virtude dos danos sofridos pelo ato danoso do médico e assim, conseguindo-se a chamada *restitutio ad integrum* do patrimônio do lesado. Esta última regra dificilmente ocorrerá no caso do dano moral, onde será realmente difícil um retorno ao *status quo ante*, e por este motivo, neste caso, a indenização terá um caráter compensatório, em razão dos danos que a vítima experimentou.

O dispositivo processual que vem a fundamentar a questão da liquidação pode ser encontrado no Código de Processo Civil, em seu artigo 475-A a 475-H.

Em sequência, objetivar-se-á destacar alguns aspectos relevantes à liquidação dos danos médicos, tais como quando há a ocorrência da morte do paciente, em virtude do erro médico, ou quando há como resultado alguma seqüela. Tratar-se-á também em relação aos danos morais, como se

deve proceder à indenização, bem como quando se tornará necessário o pagamento de pensão alimentícia.

5.2 ERRO MÉDICO QUE RESULTE EM MORTE

Em caso de ocorrência de morte do paciente em virtude de erro médico, a indenização que deverá ser paga pelo médico deve abranger não somente as despesas que o falecido teve, em virtude do tratamento, na busca de se retornar ao *status quo ante*, como também as despesas com o funeral, o denominado luto de família, os alimentos às pessoas para as quais o falecido devia, tudo isso, levando-se em consideração a expectativa média de vida da vítima.

Além dessas obrigações de indenização, o médico que causou a morte do paciente em virtude de sua culpa, deverá prestar todo e qualquer tipo de reparação, além das acima citadas, que forem porventura existentes. O Código Civil traz a base legal para a reparação em caso de morte do paciente, em seu artigo 948.

Quanto ao funeral da vítima, a reparação deve se dar desde o velório até a lápide, levando-se em consideração a condição econômica e social da vítima, sendo que estas devem ser devidamente comprovadas e, a partir daí, poder-se-á determinar e se fixar os gastos e o montante em que serão indenizados.

Em relação ao luto de família, este diz respeito à ausência da vítima no convívio familiar, e aos danos ocasionados pela privação deste convívio. O professor Miguel Kfoury Neto cita o Magistrado Irineu Antonio Pedrotti, que descreve com grande clareza, o que vem a ser o luto de família:

‘(...) o luto moderno, ou ‘luto de família’ constante do n.I do art. 1537 do CC (art. 948 do novo CC brasileiro), deve compreender tudo quanto possa martirizar a pessoa e, ainda, suficiente à garantia de uma indenização racional, equânime e justa. (...) Luto da família, em palavras outras, compreende o denominado período de nojo. Não será de boa técnica uma indenização apenas das despesas com as vestimentas próprias, posto que, pela generalidade do termo adotado pelo legislador, o conceito é bastante amplo e quase se confunde com o dano moral. Apenas um tênue fio, pode-se afirmar, separa o ‘luto de família’ do ‘dano moral’. Eis porque na indenização do ‘luto de família’ é elementar que sejam os lucros cessantes correspondentes ao período de nojo e que as

pessoas e/ou familiares da vítima tiveram que arcar. (...) Cada caso será um caso e todos eles deverão receber apreciação cuidadosa para que seja alcançado o princípio consentâneo da justiça'.⁵¹

O ementário cível que o professor Miguel Kfourri Neto traz no apêndice de sua obra *Responsabilidade Civil do Médico* pode muito bem ser empregado também neste capítulo relacionado à liquidação. Em relação ao acontecimento de morte do paciente, uma vez comprovada a culpa do médico para a sua ocorrência, originará o dever de indenizar, conforme se pode observar:

587. RESPONSABILIDADE CIVIL – Médico anestesista – Omissão – Culpa caracterizada – Morte do paciente – Danos morais – Quantum – Manutenção – Pensionamento. 1. Culpa. Médico anestesista que não apenas deixou de realizar o procedimento pré-anestésico, de sorte a apurar eventuais reações adversas do paciente, como também não agiu prontamente no atendimento do paciente, de modo a reverter o quadro de agitação apresentado e que culminou com a bradicardia, que logo acarretou a parada cardio-respiratória. Urgência não caracterizada. Criança submetida à intervenção cirúrgica em razão de um simples corte na mão, e que veio a falecer. 2. Dano moral. A morte de um ente querido é o quanto basta para ter-se por configurado o dano moral alegado e descrito na exordial. O valor da reparação deve compreender, dentro do possível, a compensação pelo dano infligido a vítima, ao mesmo tempo servindo de ferio, de elemento inibidor e de sanção ao autor do ato ilícito, a fim de que não o volte a repetir. Hipótese em que o quantum fixado a título de reparação por dano moral vai mantido, por apresentar-se consentâneo aos parâmetros de fixação desta Corte. 3. Pensionamento. O cabimento da fixação de pensão em favor dos pais, em decorrência da perda do filho menor, independente do exercício de trabalho remunerado pelo mesmo. Ocorre que milita em favor dos autores presunção no sentido de que o filho contribuiria para a renda

⁵¹ NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.124/125.

familiar. 4. Sucumbência. Honorários advocatícios que bem remuneraram o profissional do direito em atuação neste feito, além de guardarem correspondência com as operadoras do art. 20 e §§ do Código de Processo Civil. Apelos improvidos (TJRS, 10.^a CâM.Cív., AC 70013347943, rel. Paulo Antônio Kretzmann, j. 22.11.2007).⁵²

Assim, restando caracterizada a culpa do médico para a morte do paciente, deverá ser reparado o dano, bem como o pagamento de indenização por danos morais e o pagamento de pensão, pois o filho, neste caso acima exemplificado, contribuiria para a renda familiar quando adulto.

5.3 LESÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O médico deverá indenizar a vítima, quando for considerado culpado em virtude de algum ferimento, sequela ou lesão que causar à saúde da vítima, sendo obrigado a indenizá-la nas despesas de tratamento e nos lucros cessantes, até se findar a convalescença, e o valor a ser pago, a título de reparação, deve ser atualizado monetariamente.

Para tal afirmação, o dispositivo legal que a respalda encontra-se presente nos artigos 949 e 950 do Código Civil, que preconizam:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

⁵² NETO, Miguel Kfourir. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.445.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.⁵³

A lei é bem clara, e seu texto explícito, isto é, quando ocorrer alguma inabilitação ou redução da capacidade laborativa da vítima, o médico deverá indenizá-la, inclusive com o pagamento de uma pensão correspondente à importância que a vítima receberia pelo trabalho que realizava, ou da depreciação que sofreu em virtude da lesão sofrida.

O ressarcimento da lesão que a vítima experimentou tem por objetivo mor a mais completa reparação, tanto em relação aos danos materiais existentes, quanto aos danos morais sofridos em virtude da culpa ou erro médico, bem como qualquer outro prejuízo ou lesão que a vítima comprove ter sofrido.

Miguel Kfoury Neto traz como exemplo, dentre outros, a seguinte ementa, relativa à lesão causada ao paciente:

26. INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Ato ilícito – Danos físicos causados a menor em razão de negligência em tratamento médico-hospitalar – Perda da capacidade laborativa – Indenização fixada a partir dos doze anos, limite legal e constitucional para trabalho pela vítima – Percentual indenizatório, no entanto, condicionado à futura perícia médica a que se submeterá a ofendida – Verba devida – Ação procedente – Recurso parcialmente provido (TJSP, rel. Des. Silva Ferreira, RJTJSP-Lex 109/130).⁵⁴

Assim, restando comprovada a lesão em virtude da culpa do médico, este deverá ser responsabilizado, e arcar com a indenização, cujo percentual será fixado após a realização de perícia médica.

5.4 DANO MORAL

O dano moral é a dor resultante da violação de um bem juridicamente protegido, desde que não exista nenhum tipo de

⁵³ BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.232.

⁵⁴ NETO, Miguel Kfoury. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.302.

consequência patrimonial. A conceituação de dano moral é muito bem feita pelo mestre Wilson Melo da Silva, citado pelo professor Nehemias Domingos de Melo, em sua obra *Responsabilidade Civil por Erro Médico*, assim o definindo:

[...] os danos morais são definidos como sendo as *“lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”*. Para melhor explicitar o seu pensar, o insigne mestre complementa: *“Danos morais, pois, seriam exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, à liberdade, à vida, à integridade corporal”*.⁵⁵

Deste modo, essa dor resultante do dano moral pode ser física, ou exclusivamente moral. Daí cumpre-se fazer, sinteticamente, uma distinção entre dano moral e material. O dano material é aquele que diz respeito aos direitos patrimoniais (direitos reais e pessoais), e é nele que se fixa o montante relativo às perdas e danos, ou seja, é aí que se engloba a questão dos danos emergentes e dos lucros cessantes. Já o dano moral é aquele concernente aos direitos extrapatrimoniais (direitos personalíssimos e de família), que não podem ser quantificados de forma exata, mas cujo caráter indenizatório visa uma compensação à vítima, pelo abalo moral que sofreu.

Assim sendo, pode a vítima buscar uma reparação por todos os danos materiais que veio a sofrer em virtude da atividade culposa do médico, bem como uma reparação pelos danos causados à sua integridade física, honra e sentimentos, que caracterizará a indenização a título de danos morais.

A Constituição Federal, no Art. 5.º, incisos V e X, e o Código Civil, em seu Art. 186, trazem os dispositivos legais que prevêm a possibilidade de cobrança a título de dano moral e, por conseguinte, a reparação pelo abalo moral que o paciente sofreu.

O paciente pode pleitear os danos morais de forma separada, independentemente do dano material que veio a sofrer, isto quer dizer que, mesmo que tenha ocorrido exclusivamente o dano moral, surgirá o dever de indenização por parte do médico, caso o paciente comprove que sua dor ou sofrimento começou a existir em razão da culpa médica.

⁵⁵ SILVA, Wilson Melo da, *apud* MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil por Erro Médico*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 31.

O Ministro Cláudio Santos, citado na obra de Miguel Kfourí Neto, entende no mesmo sentido, conforme se pode observar:

‘A idéia de que o dano simplesmente moral não é indenizável pertence ao passado. Na verdade, após muita discussão e resistência, acabou impondo-se o princípio da reparabilidade do dano moral. Quer por ter a indenização a dupla função reparatória e penalizante, quer por não se encontrar nenhuma restrição na legislação privada vigente em nosso País. Ao contrário, nos dias atuais, destacáveis são os comandos constitucionais quanto ao agravo através dos meios de comunicação e a violação da intimidade, respectivamente estabelecidos nos n. V e X, do art. 5.º da CR, *in verbis*: ‘É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem’. (...) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’.⁵⁶

Com tal afirmativa, pode-se ressaltar de forma clara que o paciente tem o direito de ser indenizado material ou moralmente, ou das duas formas, e para que isso ocorra, dependerá da análise e das provas do caso concreto que será analisado.

Em relação a se poder pleitear o dano exclusivamente moral, o Código Civil de 1916 também já permitia que isso ocorresse, visto que não se estipulava que deveria efetivamente existir um dano material, para se originar um dano moral. Com isso, mesmo que existisse um interesse exclusivamente moral, o paciente poderia ingressar com uma ação requerendo a reparação pelo abalo, dor ou sofrimento que veio a experimentar.

Um fator de extrema dificuldade é a liquidação dos danos morais, visto que a fixação do *quantum* indenizatório é extremamente complicada nesses casos, pois envolve o lado íntimo do ser humano, não sendo nada fácil limitar a extensão de um dano psíquico causado ao paciente. A extensão do dano é diferente, dependendo da personalidade, da idade, da maturidade da pessoa, enfim, para se liquidar os danos morais, deve-se levar em consideração a análise minuciosa de cada caso concreto.

⁵⁶ SANTOS, Cláudio, *apud* NETO, Miguel Kfourí. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p. 128.

Pode-se tratar como exemplo, a questão de indenização por dano moral em virtude da morte de uma pessoa. Neste caso, são infintos os fatores a serem observados e analisados, cada qual em seu pormenor, a saber, deve-se buscar amenizar a dor e a frustração da felicidade que os familiares tinham quando se encontrava presente o ente querido, isto significa que, deve-se almejar uma diminuição, suavização da sensação de vazio que se alojou no seio familiar de quem perdeu seu ente querido. Este é apenas um dos fatores, devendo-se levar em consideração também as condições sócio-culturais e econômicas da família, bem como as circunstâncias em que se deram o óbito do paciente e todas as demais características específicas do ato danoso ocasionado em razão da culpa do médico.

Somente após realizada esta análise pormenorizada do caso concreto é que o julgador terá base para definir o valor da verba indenizatória referente aos danos morais. Essa definição por parte do juiz deve levar em consideração a equidade, e o valor deve ser fixado, preferencialmente, em salários mínimos, para assim se manter o valor sempre atualizado, com o passar do tempo.

Difícilmente se vê uma decisão condenando a parte ao pagamento de valor superior a cem salários mínimos a título de dano moral. Uma maneira frequentemente utilizada por magistrados têm sido a fixação do *quantum* indenizatório relativo ao dano moral tomando-se como base o artigo 84, §1º, do Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962 –, que defende uma razoabilidade na aplicação dos danos morais, devendo estes serem fixados no limite entre cinco e cem salários mínimos.

Assim, não resta dúvidas de que, para a fixação do dano moral, depender-se-á fundamentalmente do caso concreto a ser decidido, pois somente após análise pormenorizada do caso em questão, é que se poderá chegar ao *quantum* a título de indenização para amenizar a dor e sofrimento pelos quais a vítima passou.

Pode-se exemplificar, através do ementário cível constante na obra de Miguel Kfoury Neto, alguns casos onde se dará a responsabilidade civil com conseqüente dever de indenização por danos morais, dentre os quais, destaca-se os seguintes:

79. RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano moral – Cirurgia – Culpa.

Ao médico cumpre o dever de instruir o cliente quanto aos riscos de intervenção cirúrgica a que será submetido, bem como proceder ao devido acompanhamento pré e pós-operatório, sob pena de

responder civilmente na hipótese de insucesso do tratamento realizado.

A evolução do processo infeccioso com a consequente perda do membro, proveniente de cirurgia realizada sem a observância de medidas indispensáveis ao restabelecimento do paciente, caracterizam a conduta culposa do médico, a acarretar-lhe responsabilidade indenizatória.

Em caso de internação de paciente para tratamento de enfermidade decorrente de cirurgia anteriormente realizada, impõe-se ao médico que o assistiu comunicar à instituição hospitalar seu real estado de saúde, por meio de relatório, de modo a possibilitar-lhe diagnóstico da doença em tempo hábil, impedindo seu agravamento (TAMG, AC 180.069-5, rel. Juíza Jurema Brasil Marins, RF 331/283).⁵⁷

507. ADMINISTRATIVO – Responsabilidade civil – Cirurgia catarata – Infecção ocular – Falta de higiene – Negligência – Perda do olho – Configuração de nexo causal – Danos morais – Juros. 1. Ajuizou-se ação ordinária, objetivando a condenação da ré em indenização por danos morais, na base de 500 (quinhentos) salários mínimos vigentes no país, pela lesão sofrida; verba para tratamento médico, incluindo toda medicação utilizada, bem como toda e qualquer despesa com intervenções cirúrgicas, quando forem necessárias, a serem apuradas em liquidação de sentença; e, verba para transplante de córnea. 2. Com efeito, a uma, no que concerne ao nexo etiológico, conforme anotado pelo Ministério Público Federal restou configurado, na medida em que o dano experimentado, insofismavelmente, sobreveio do atuar médico pretérito; a duas, que em realidade, o que se intenta afastar é a qualificação de imprudente, negligente ou imperito deste atuar, pretendendo-se a configuração, afinal, de um dano iatrogênico, o que todavia não se sustenta, na medida em que, não houve o cumprimento do dever de informação necessário ao

⁵⁷ NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.313/314.

esclarecimento do autor, a par da falta de condições de higiene do nosocômio, bem como a falha na resolução do processo infeccioso intra-ocular, a permitir o reconhecimento da conduta, nos moldes epigrafados; a três, que a fixação do valor do dano moral, atendeu aos parâmetros, usualmente apontados pela jurisprudência, havendo assim proporcionalidade do valor fixado ante as circunstâncias fáticas, em tela, o poder econômico do ofensor, e o caráter educativo da sanção; a quatro, que a taxa de juros adequada deve se orientar pela data da ocorrência do evento lesivo, sendo de 6% ao ano. 3. Remessa e recurso conhecidos, para dar-lhes parcial provimento (TRF-2.^aR., 8.^a T.Esp., AC-REO 199.51.01.061340-1, rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrlund, DJU 08.11.2005, p. 138).⁵⁸

Conforme se pode notar, a partir do momento em que se comprova a culpa do médico, surge o dever de indenizar, e nos casos postos em tela, houve uma dor e abalo sofrido pelo paciente, em virtude do erro médico, o que fez surgir o dever de reparação por danos morais, além dos materiais que porventura existiram.

Disto posto, destaca-se que o dano moral pode ser objeto de reparação independentemente da existência de dano material, ou seja, pode-se pleitear apenas a reparação pelo dano moral experimentado pela vítima ou somente a reparação pelos danos materiais que esta sofreu em virtude do ato danoso do médico, ou também, pode-se pleitear indenização referente a ambos, simultaneamente, desde que provados, em qualquer das situações, o ato danoso do médico, o dano efetivamente sofrido pelo paciente, e o nexo de causalidade entre o dano e o ato danoso.

É de extrema importância a análise de cada caso, para a fixação do *quantum* indenizatório, para que este não fuja dos parâmetros do bom senso e da justiça. Daí a necessidade de analisar o caso concreto amparado pelo princípio da equidade, pois se este não se fizesse presente, poder-se-ia fazer certo tipo de “justiça” para o paciente, pelos danos contra si causados, e cometendo-se uma espécie de injustiça em relação ao médico. Deste modo, lastreando-se no princípio da equidade para a fixação do valor a ser indenizado, ter-se-á uma segurança maior para que a reparação do dano se proceda na proporção real que deve ocorrer.

⁵⁸ NETO, Miguel Kfour. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.422.

5.5 PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA EM VIRTUDE DE ERRO MÉDICO

Quanto à pensão alimentícia, esta pode ser definida como sendo aquela que é devida em caso de o paciente se tornar inapto para a realização de atividade laborativa, ou quando esta atividade for reduzida, sendo que, para tanto, a fixação da pensão leva em consideração a expectativa média de vida no país. O outro caso em que se dará o pensionamento é aquele que ocorre quando há o falecimento do paciente, em consequência do ato culposo do médico.

O valor a ser pago aos dependentes da vítima, em caso de sua morte, deverá ser no valor equivalente a dois terços da renda devidamente comprovada da vítima na data em que ocorreu o ato danoso do qual resultou sua morte, e este valor é estipulado em dois terços levando-se em consideração que, um terço da renda do paciente, seria utilizado para o seu sustento, e apenas os dois terços restantes seriam para o sustento de seus dependentes. Caso a vítima seja assalariada, deverá ser computado, a título de pensão, o valor relativo à gratificação natalina, popularmente chamada de 13º salário, que pode ser paga no período em que o falecido receberia, ou dividida proporcionalmente em doze parcelas, acrescendo-se à pensão paga mensalmente aos dependentes da vítima.

Na situação de o paciente não vir a falecer, este terá direito à pensão alimentícia para si, caso o ato danoso do médico o torne inabilitado para o exercício do trabalho, total ou parcialmente. Nesta hipótese, não haverá limite para o recebimento da pensão alimentícia, que deve se dar no valor integral do salário da vítima, caso este se torne completamente inapto para o exercício de atividade laborativa, e esta pensão pode ser vitalícia.

Em relação à pensão alimentícia, esta deve ser paga pelo médico que cometeu erro por ocasião de um ato culposo seu, conforme pode-se observar a seguir:

103. CIVIL – Reponsabilidade civil – Erro médico – Nexo de causalidade existente – Indenização – Dano moral – Dano estético – Pensão alimentícia mensal. Apontada pela perícia que a causa da necrose, que causou a amputação do pé direito da autora, foi decorrente de falta de atendimento adequado ao caso, em especial de acompanhamento indicado no pós-operatório, revela-se a responsabilidade do médico assistente e seu dever de indenizar. Suficiência de provas nos autos – e não se trata de indícios – que demonstram a má atuação do réu no caso. Dano

estético já atendido pela determinação sentencial de colocação de próteses. A reparação nesse sentido é tentar, por meio de outros procedimentos, no caso, colocação da prótese, que a pessoa possa diminuir as deficiências que o dano lhe causou. Pensão mensal devida a título de ressarcimento pela necessidade de maior esforço na realização de tarefas, inclusive no recesso do lar, causada pela falta do pé direito. Apelo da autora provido em parte e desprovido o do réu (TJRS, 5.^a Câm.Cív., AC 597200633/RS, rel. Des. Carlos Alberto Bencke, j. 01.10.1998).⁵⁹

O ementário cível que o professor Miguel Kfourri Neto traz em sua obra, é de grande valia para a compreensão do assunto, pois serão nos casos concretos que hão de se empregar a responsabilidade e, por conseguinte, o dever de indenizar. Com isso, caso não houvessem exemplos a serem destacados, inerentes ao assunto a ser comentado, estar-se-ia falando levemente, sem ter uma visão real de como determinado assunto se procederia no caso concreto, ou melhor, como pode se materializar no caso concreto as situações abordadas no presente trabalho.

O valor a título de pensão deve ser expresso em salários mínimos, para que, em seus reajustes, haja a atualização do valor que o paciente irá receber, no intuito de se manter o poder aquisitivo, tal qual se ele estivesse trabalhando normalmente.

A súmula n.º 490 do Supremo Tribunal Federal prevê que a indenização a título de pensão deve ser feita com base no salário mínimo: “A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores”.⁶⁰

Em relação à pensão alimentícia, outro assunto que deve ser abordado é aquele que se refere ao direito de acrescer, isto ocorre em caso de existirem esposa e filhos menores. Nesta situação, com a morte do paciente, ambos terão o direito à pensão, só que, se por algum motivo cessar o direito à pensão alimentícia para uma dessas pessoas, os que remanescerem, terão direito de ver sua parte acrescida. Essa é a tese adotada por grande parte da doutrina e a que vem sendo seguida e defendida nos Tribunais, até mesmo porque, é o que mais se aproxima da realidade, no tocante ao Direito de Família e Sucessões.

⁵⁹ NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p.320.

⁶⁰ BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.1899.

O juiz possui o livre arbítrio para fixar o lapso temporal em que se fará vigente a pensão, mas há uma certa razoabilidade e proporcionalidade que deve ser observada. A regra é que o direito de pensão alimentícia cessa pela morte do paciente que foi lesado, pela maioria dos filhos, ou quando a mulher da vítima contrai novas núpcias ou passa a conviver em união estável.

Há decisões, no entanto, que são mais flexíveis, permitindo que exista a pensão aos filhos, mesmo que maiores de idade, desde que estejam estudando, até que conclua o estudo universitário e, para a filha, além dos estudos, até que se case. Diante disso, comprova-se que, para a fixação de pensão, e a ponderação do tempo em que deverá ser paga a mesma, deve-se sempre levar em consideração o caso concreto.

Para definir o limite de tempo em que será devida a pensão, leva-se em consideração a expectativa média de vida do brasileiro, que é de 65 (sessenta e cinco) anos, embora haja decisões isoladas, que entendem que a sobrevivência do brasileiro é de 70 (setenta) anos. Todavia, como mencionado, trata-se de decisão isolada e, por isso, a jurisprudência é firme ao definir a idade de 65 (sessenta e cinco) anos como o limite para se pagar o pensionamento.

No caso de invalidez total ou permanente, como se trata da própria pessoa que foi vítima do ato danoso do médico, a pensão deve ser vitalícia, cessando somente com a morte da vítima, até porque, se assim não o fosse, cometer-se-ia a maior das injustiças, que seria deixar ao relento uma vítima de erro médico, aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, e impossibilitada, total ou parcialmente, de exercer sua atividade laborativa.

Parte-se agora, para uma questão bastante controversa, que diz respeito à pensão em virtude de falecimento de filho menor de idade. As decisões são inúmeras, em diversos sentidos, dependendo do caso concreto para se enquadrar de um ou outro modo. A título meramente exemplificativo, pode-se dizer que há decisões no sentido de o pensionamento ser devido apenas até a idade em que o filho menor completasse a idade de 25 (vinte e cinco) anos, partindo-se do pressuposto que, a partir dessa idade, ele seguiria o curso natural da vida, constituindo família, não mais se vinculando aos pais, na contribuição do sustento destes. Entretanto, há decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que podem seguir em caminho díspares, mas como dito, para que se possa definir como ocorrerá o pensionamento, tudo dependerá de uma análise minuciosa do caso concreto para sua definição.

Caso a morte seja de um recém-nascido, se este vier a falecer em uma incubadora, por exemplo, uma vez provada a culpa do médico para o fator morte, o dano causado (falecimento do recém-nascido) e o nexo causal entre a conduta médica e o dano, o direito dos pais será apenas em

relação às despesas ocorridas, inclusive funeral. Nesta situação, haverá que se falar apenas em indenização por dano moral, e não material, pois não se consegue prever o que aconteceria no futuro, e os possíveis danos que a criança teria em virtude do ato danoso do médico.

Outra hipótese ocorre no caso de filho solteiro, quer seja do sexo masculino como do feminino, que ajudava no sustento da família. Nessa situação, ocorre de modo similar ao que acontece no caso de filho menor, as decisões não são uniformes, dependendo do caso concreto para que haja a definição para o valor e o prazo para pagamento da pensão. Algumas decisões são no sentido de que se deve levar em consideração a expectativa média de vida do brasileiro, que seria 65 (sessenta e cinco) anos, já outras consideram que deve ser a idade possível em que o filho se casaria, atribuindo-se como idade para tal, a idade de 25 (vinte e cinco) anos. Caso o filho fosse arrimo de família, esta condição não seria cessada simplesmente com o casamento, devendo ser paga, por parte do agente causador da morte do paciente, pensão em um valor superior ao que é atribuído como regra geral, que é um terço dos rendimentos após a vítima completar 25 (vinte e cinco) anos, isto é, este valor pode chegar até a 50% (cinquenta por cento) do valor despendido ao sustento de sua nova família. Para se gerar o dever de pensão, os pais devem comprovar que eram economicamente dependentes dos filhos, e para a fixação do montante a ser pago a título de pensão alimentícia, será levado em consideração cada caso concreto, que será analisado pormenorizadamente.

O ressarcimento a título de pensão pode ser realizado mês a mês, tal como ocorria no caso de recebimento da remuneração pelo trabalho exercido, e também pode ser feito de uma só vez, se desse modo a vítima ou seus remanescentes desejarem. O artigo 950 do Código Civil, já citado quando da abordagem das lesões e suas consequências, traz a base legal para que o pagamento se dê de uma ou outra forma, como acima explicitado. Em caso de ressarcimento por dano moral, o pagamento não pode se dar mensalmente, como é possível ocorrer na pensão, e sim, deve ocorrer de uma só vez, em seu valor integral.

As prestações de pensão alimentícia vencidas, bem como a gratificação natalina, deverão ser calculadas com base no salário mínimo vigente na data da liquidação, e corrigidas monetariamente, no caso de ocorrer atraso no pagamento. As prestações vencidas serão baseadas no valor do salário mínimo vigente na data da liquidação, já as prestações vincendas, deverão ser reajustadas de acordo com a variação do salário mínimo. Por estes motivos, o pensionamento deve sempre ser fixado em salários mínimos, para que a vítima sempre mantenha o mesmo poder aquisitivo.

A fixação do *quantum* a título de pensão alimentícia em virtude de erro médico, deve levar em consideração a condição econômica e os recursos dos quais dispõe o agente causador do dano, visto que a obrigação a se estabelecer ao médico não pode exceder seus recursos, pois se assim ocorresse, a sentença se tornaria inexecutível.

Mesmo se o paciente estiver desempregado, fará jus à pensão alimentícia, no montante de dois terços do salário mínimo, pois esta é a menor remuneração admitida para que o ser humano possa sobreviver. Caso a vítima tenha idade superior a 65 (sessenta e cinco) anos, estabelece-se uma sobrevivência de mais 05 (cinco) anos, para efeitos de pensionamento. Isto é, deixando claro que, essa idade limite é no caso morte do paciente, e pensionamento aos remanescentes deste, pois no caso de o mesmo continuar vivo, a pensão será concedida de forma vitalícia.

Por fim, quando a vítima se tratar de pessoa com algum tipo de anomalia mental, que a impeça de exercer todo e qualquer tipo de atividade laborativa, a pensão por morte deve ser fixada em dois terços do salário mínimo, até a idade em que a vítima de erro médico completasse 25 (vinte e cinco) anos.

Como se pode notar, muitos são os pormenores no tocante à pensão alimentícia, e tudo só será possível de fixar definitivamente, após minuciosa análise de cada caso concreto, com todas as suas particularidades e especificidades.

5.6 PRESCRIÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NO DANO MÉDICO

A obrigação de reparar os danos causados pelo médico à vítima, em virtude da culpa médica, tem prazo prescricional, o qual é regido pelo Código Civil, que em seu artigo 206, §3º, inciso V, menciona o seguinte:

Art. 206. Prescreve:

[...]

§3.º: Em três anos:

[...]

V – a pretensão de reparação civil.⁶¹

Deste modo, a prescrição nos casos de indenização em virtude da responsabilidade civil do médico, que era de vinte anos, conforme

⁶¹ BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.177/178.

regulamentado no Código Civil de 1916, em seu artigo 177, teve seu prazo prescricional reduzido para três anos, conforme o Código Civil de 2002.

Este prazo de três anos pode parecer curto, no entanto, como por vezes a constatação do prejuízo e do dano causado à vida ou à saúde do paciente não pode ser percebido logo no início, faz-se importante destacar que ele somente começa a correr a partir do instante em que o dano ao paciente se tornar conhecido, o que acaba por ser justo ao paciente, caso contrário, muitas vezes o médico ficaria impune por um dano causado à vítima, e que viesse a ser descoberto mais de três anos após findo o tratamento por ele realizado.

Conclui-se, deste modo, e ante todo o exposto, que a liquidação dos danos materiais, em virtude do erro médico, segue os mesmos princípios encontrados na fase de liquidação no processo de conhecimento.

Para que haja a indenização, e para que o valor pecuniário do prejuízo experimentado pelo paciente possa ser liquidado, deve-se comprovar efetivamente os gastos realizados em razão do dano sofrido, com todas as despesas ocorridas.

E com tudo isso, finaliza-se com a afirmativa que esteve em realce no decorrer deste trabalho, que para a existência do dever de indenização, deve-se comprovar que o dano causado ao paciente realmente existiu, que houve um ato culposo por parte do médico, que causou dano à vítima, e entre este ato e o dano efetivamente causado, deve existir um nexo de causalidade, para assim, ensejar o dever de indenização.

6 CONCLUSÃO

O tema desenvolvido no presente trabalho teve por escopo tratar da responsabilidade civil médica, em especial quanto à culpa médica e a liquidação dos danos ocasionados em virtude do erro médico.

Para uma melhor compreensão do tema proposto fez-se, primeiramente, uma explanação acerca da responsabilidade civil, em seus aspectos gerais, conceito, suas espécies e forma, posto que importantes para se conhecer o assunto abordado para, a partir de então, desenvolver-se o assunto específico da responsabilidade civil médica.

Reverendo-se a história da responsabilidade civil, é interessante notar que ela advém desde a época da Lei de Talião, passando pelo direito francês até chegar aos dias de hoje.

Em sequência, partiu-se para uma visão geral acerca da responsabilidade civil do médico, abrangendo seu aspecto histórico, ponto onde se constatou o primeiro documento histórico que trata de erro médico, que foi o Código de Hamurabi, datado do século XVII a.C. No Brasil, a

responsabilidade médica é regida pelo Código Civil de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Quanto à responsabilidade civil do médico, foi feito um estudo do direito comparado, onde constatou-se que, em vários países, o direito se assemelha ao do Brasil, lastreados à necessidade da responsabilidade subjetiva do agente causador do dano, para sua responsabilização. A ressalva que deve ser feita é que, devido a cada país ser diferente dos demais, haverá algumas diferenças, no entanto, estas se mostram atenuadas, tendo-se em vista que o direito à vida do paciente se mostra acima de qualquer divergência porventura existente. Portanto, deve existir a responsabilização do médico por seu ato culposos, visando proteger a integridade física da vítima.

Após essa análise mais geral sobre o tema, abordou-se a culpa médica, em sua especificidade, enfatizando-se que, para que haja de fato a responsabilização, deve-se provar o dano causado, o ato danoso do médico e, para a existência do dever de indenização, deve existir o nexo causal entre o dano e o ato danoso.

Um dos pontos mais difíceis é a análise do erro médico e de diagnóstico, se este teve ou não culpa pelo dano causado ao paciente, e se entre o dano causado e a culpa realmente existiu o nexo de causalidade que ensejasse o dever de indenizar. Foi visto no presente trabalho que, para que se defina se existirá ou não a obrigação de indenizar, deve-se levar em consideração o caso concreto, pois cada um deles terá suas particularidades, devendo assim, o juiz, formar sua convicção de forma fundamentada, valendo-se do uso de todas as provas em direito admitidas.

Outro aspecto importante foi o relativo à culpa médica *stricto sensu*, onde se abordou detalhadamente sobre a imprudência (falta de atenção e de precaução, descuido e prática de atos profissionais que não possuem justificativa), negligência (inação, inércia, omissão aos deveres que as circunstâncias exigem) e imperícia (inabilidade, falta de conhecimento para o desempenho das funções médicas, a própria inexperiência), citando-se exemplos que melhor elucidaram as definições de cada uma dessas formas de culpa.

Por derradeiro, abordou-se a questão da liquidação dos danos médicos, que consiste na determinação e fixação do valor da indenização a ser paga, em razão da atitude culposa devidamente comprovada. Em relação à liquidação, discorreu-se acerca dos danos emergentes (aquilo que a vítima realmente perdeu em virtude do ato danoso do médico) e dos lucros cessantes (aquilo que a vítima efetivamente deixou de lucrar).

Deste modo, nos casos de morte da vítima, ou em que ela fique com alguma lesão ou seqüela em virtude do ato danoso do médico, uma vez provado o nexo de causalidade entre o dano e o ato danoso, o médico

deverá indenizar a vítima, sendo que o *quantum* indenizatório será analisado conforme o caso concreto. A questão relativa ao dano moral também não poderia deixar de ter sido abordada e, conforme foi visto, é um dano difícil de ser reparado, pois envolve o sofrimento e a dor provenientes da violação do bem jurídico protegido, no caso em questão, a própria vida do ser humano. Também foi abordada a questão da pensão alimentícia, nos casos em que ela se torne inapta ao trabalho, ou quando venha a falecer, sendo que, neste último caso, para o pagamento da pensão, leva-se em conta a expectativa média de vida do brasileiro, devendo sempre, o juiz, analisar de forma justa o caso concreto com o qual se deparará.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade civil do médico foi um tema muito interessante que se abordou, devido ao seu dinamismo, uma vez que cada caso deverá ser analisado de uma forma específica, pois cada ser humano é único e se comporta de modo diferente, e é um assunto também atual, conforme se vê nos inúmeros exemplos de erro médico que são noticiados pela mídia. Deste modo, é importante destacar a atuação e a responsabilidade do juiz na análise da responsabilidade médica, pois deverá julgar cada caso de modo específico, valendo-se de seu arbítrio e convicção devidamente fundamentados, para aplicar ou não uma indenização e, assim, absolver ou punir o médico.

7 BIBLIOGRAFIA

- AMODEO, Celso; SCHIMMELPFENG, Marcelo M.; e SOUZA, Márcio Gonçalves de. *O médico e a lei: guia prático de procedimentos jurídicos*. São Paulo: PlanMark, 2004.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça e; DINIZ, Maria Helena, *apud* CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. Responsabilidade civil dos conviventes. Disponível em <<http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Nicolau_Eladio_Bassalo_Crispino/Responsabilidade%20civil.pdf>>. Acesso em 23/03/2011.
- BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COUTINHO, LÉO MEYER. *Responsabilidade Ética, Penal e Civil do Médico*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- CROCE, Delton e CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 7v.

- Godoy, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas Introdutórias ao Direito Comparado*. Disponível em <<<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/direitoComparado.htm>>>. Acesso em 07/04/2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- Lei das XII Tábuas. Disponível em <<<http://www.internext.com.br/valois/pena/451ac.htm>>>. Acesso em 06/04/2009.
- MATIELLO, Fabrício Zamproгна. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: LTR, 2006.
- NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, erro médico e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 4v.
- SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 3ed. Campinas: Servanda, 2008.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelações*. Disponível em <<<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>>. Acesso em 07/04/2009.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. 4v.

julho - 2011