

**CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO JOSÉ
CURSO DE DIREITO**

ALLAN DE SÁ FERNANDES
ALINE PEREIRA LEITE
JOSÉ LUIZ HERMENEGILDO DE SOUZA
DANIEL RIBEIRO PETROCELLI

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ERRO MÉDICO

Rio de Janeiro

2019

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ERRO MÉDICO
CIVIL LIABILITY OF THE MEDICAL ERROR

Aline Pereira Leite

Graduando de Direito do Curso de Direito do Centro Universitário São José

Allan de Sá Fernandes

Graduando de Direito do Curso de Direito do Centro Universitário São José

José Luiz Hermenegildo de Souza

Graduando de Direito do Curso de Direito do Centro Universitário São José

Daniel Ribeiro Petrocelli

Mestrando em Direito na Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Direito Empresarial e Econômico - UFJF. Graduado em Direito - Faculdade Vianna Júnior. Professor de Direito Civil (Parte Geral e Obrigações, Reais), Direito do Consumidor e Direito Eleitoral na Faculdade São José no Rio de Janeiro (desde 2017). Coordenador dos Cursos de Pós Graduação e Extensão na Faculdade São José. Coordenei a área acadêmica e de produtos do Curso Forum, onde são oferecidos diversos cursos de Pós-Graduação, Preparatórios e Extensão para alunos da área jurídica. Durante 6 anos atuei como Editor Jurídico no GEN - Grupo Editorial Nacional, atuando nos selos da Editora Forense, Método e Atlas (2010-.2015). Professor de Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil nos Cursos de Pós Graduação e Preparatório para Concursos do Curso Fórum (RJ) desde 2010

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo abordar e evidenciar a responsabilidade civil oriunda de erro médico. Com isso, faz-se necessário avaliar e analisar os pressupostos acerca ao tema, ou seja, a conduta, a culpa, o nexo de causalidade e o dano. Ademais, é de suma importância esclarecer a diferença da obrigação de meio e da obrigação de fim, atrelado à responsabilidade objetiva e subjetiva. Nessa linha de raciocínio, busca-se desvendar a aplicabilidade do tema proposto ao Código de Defesa do Consumidor, além do dever de indenizar. Por fim, será estudado a responsabilidade civil do erro médico, a obrigação de informar ao paciente todo e qualquer risco ao mesmo, sendo discricionário ao mesmo consentir ou não o procedimento, além da abordagem do instituto da perda de uma chance.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil, Indenização e Erro médico.

ABSTRACT

This paper aims to address and highlight the civil liability arising from medical error. Thus, it is necessary to evaluate and analyze the assumptions about the theme, ie, conduct, guilt, causation and damage. Moreover, it is of utmost importance to clarify the difference between the obligation of means and the obligation of purpose, linked to objective and subjective responsibility. In this line of reasoning, we seek to unveil the applicability of the theme proposed to the Consumer Protection Code, in addition to the duty to indemnify. Finally, the civil liability for medical error, the obligation to inform the patient of any and all risks to the patient will be studied, being discretionary whether or not to consent to the procedure, and the approach of the institute of the loss of a chance.

Keywords: Liability, Indemnity and Medical Error.

INTRODUÇÃO

Preliminarmente, é de grande valia salientar que nos primórdios o atuante na área da saúde era completamente isento de toda e qualquer responsabilidade dos seus atos, levava-se em consideração o caráter religioso da época, ou seja, as consequências eram atribuídas a Deus seja a morte ou a cura do indivíduo. Todavia, gradativamente o paradigma social foi-se alterando e ultrapassando o contexto histórico vivenciado pela sociedade, com isso, aquele que por conduta imprudente, negligente ou imperita deverá responder civilmente pelos seus atos.

Por consequência do notório avanço científico da especialidade da medicina, aumentou-se a chance de ocorrer o fenômeno denominado como “erro médico”. Assim, surge relevante conflito, pois por um lado, há o dano causado à saúde e à vida do paciente e, e em contrapartida, um profissional, humano passível de erros, ainda que todas as medidas adotadas tenham sido oriundas de sua atividade.

O estudo sobre erro médico e a sua responsabilidade na área cível é de suma importância, uma vez que incontáveis são os casos de ações imprudentes, negligentes ou até mesmo imperitas, do profissional da saúde que ocasionaram mais diversificadas lesões e danos aqueles que precisavam de amparo e cuidados. Pode-se usar como exemplo procedimentos cirúrgicos equivocados, diagnósticos de doenças desacertados e, ainda,

ausência de informações primordiais que é direito do paciente, visto que condiciona a aceitação ou não dos procedimentos médicos.

Nesse segmento, tendo em vista que a conduta arbitrária do médico pode se tornar prejudicial ao bem estar físico, mental e social do paciente e, vislumbrando tutelar seus direitos, o ordenamento jurídico possui um imenso regramento jurídico a respeito do tema. Dispõe o Código Civil de 2002 acerca da responsabilidade civil, tal como a respeito o dever de reparar o dano, compactuado com o código de ética profissional médica que conta numerosos dispositivos que devem ser obrigatoriamente observadas pelo profissional da área da saúde. Contudo, o Poder Judiciário não omite-se e também é possuidor de vasto entendimento jurisprudencial concernente ao tema.

Em suma, aquele que tiver seus direitos ceifados deve recorrer a uma tutela jurisdicional, com intuito de pleitear a justa indenização pelos danos ocasionados. Sendo assim, o presente trabalho de conclusão de curso, mediante a análise minuciosa sobre a doutrina e a jurisprudência, terá por objetivo evidenciar a responsabilidade civil do médico em eventual erro, seja em diagnóstico, procedimento clínico ou cirúrgico, de forma que venha a ser comprovada a culpa, inclusive nas hipóteses em que haja omissão nas informações que devem ser prestadas de forma obrigatória pelo profissional da saúde e, além disso, a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos casos que albergam a cura do indivíduo.

2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A nomenclatura "responsabilidade" possui suas origens no latim, cujo significado é responder pelos próprios atos.

Basicamente a responsabilidade civil é um ato lesivo em relação a outra pessoa, mesmo que não haja a intenção de causar tal prejuízo.

De fato, é sabido e notório que é intrínseco na sociedade que desde de quando a pessoa é criança que toda atitude lesiva, por mais inocente que seja deve ser ressarcida. Pode-se ter como exemplo, quando uma criança quebra o brinquedo de um colega, há a necessidade de pedir desculpa, como forma de retratação. Ou seja, a quebra do dever jurídico, lesando assim o direito do terceiro e gerando qualquer que seja o dano, faz com

que surja o direito de ser ressarcido e assim nasce a responsabilidade civil, através da quebra de conduta social.

A responsabilidade civil, tendo em vista o atual código civil, é a ferramenta utilizada para que haja proteção contra atos danosos de terceiros a outrem. Ou seja, ainda de acordo com o Código civil/2002, qualquer pessoa que vier a causar dano, deverá repará-lo (Art. 927 CC).

O Doutrinador, Flávio Tartuce (2015, p. 4.1), menciona que “A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida.”

Ainda no estrito sentido em esclarecer tal paradigma Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 1) explica que "O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso".

2.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De antemão, é de grande valia salientar que a legislação vigente no Brasil estabelece que todo e qualquer ato que venha a causar dano a alguém deve ser reparado.

Pode-se utilizar o artigo 186 e o artigo 187, do Código Civil, para evidenciar tal afirmativa.

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. 187 "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"²

Apesar da definição na legislação atual, para o Professor Flávio tartuce (2015, p. 4.2.1), “não há unanimidade doutrinária em relação a quais são os elementos estruturais da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar.”

¹ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> . Acesso em: 23 ago. 2019.

² BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> . Acesso em: 23 ago. 2019.

Entretanto, o entendimento majoritário é que são quatro os pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão voluntária (conduta), nexo de causalidade, dano e culpa.

Ademais, narra Sérgio Cavalieri Filho são três os elementos: a) conduta culposa do agente; b) nexo causal; c) dano.

2.1.1 CONDOTA

A atividade humana, basicamente, origina inúmeros resultados diários, podendo assim, surgir comportamento ou resultado que venha a chocar-se diretamente com o ordenamento jurídico. Essa conduta, seja ela por ação ou omissão, é disciplinada no código civil. (Código Civil, art. 186)

Para que se possa falar de responsabilidade civil é necessário que haja a prática de uma determinada conduta, seja ela através de uma ação ou omissão, prevista no Art. 186 e Art. 187 do Código Civil.

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

Art. 187 "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"

Realizando avaliação e interpretação do dispositivo legal, percebe-se que é necessária a existência da conduta comissiva ou omissiva para que exista a chance de ato ilícito, ou seja, lesão a qualquer direito de outra pessoa, sendo necessária a reparação do dano causado.

O ato ilícito pode ser contratual ou extracontratual, mas ambos geram a responsabilidade civil. Sendo o primeiro previsto no art. 389 CC e o segundo no Art. 927 CC.

Por fim, quando tratar-se de comportamento espontâneo, ou seja, involuntário, existirá a modalidade culposa da conduta comissiva ou omissiva. Tal situação faz com que surja a hipótese de negligência, imprudência ou imperícia.

Inerente a conduta omissiva, está a abstenção de uma atividade, resultando através dessa ausência prejuízo a um bem tutelado, ou ofensa de um direito de outrem. Portanto, existe a conduta negativa.

É válido frisar que não há distinção legal para a prática entre pessoa natural ou jurídica.

2.1.2 NEXO DE CAUSALIDADE

Antes de se falar em ato lesivo e danoso é necessário haver avaliação se a conduta do agente e o resultado estão alinhados, isto é, é imprescindível a correlação do ato ofensivo, seja ela comissiva ou omissiva, com o dano. Acarretando o prejuízo ao bem tutelado.

Por consequência, quando não houve conexão entre a conduta e o suposto resultado lesivo, não há que se falar em responsabilidade civil.

Acerca do nexo de causalidade, o Professor Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 54) estabelece que "É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano"

Ainda sobre o assunto, o para Sergio Cavalieri Filho (2005, p.70), "Trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades (...). O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado"

Por último, para o Professor Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.348-349), "Uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar."

Portanto, é nítido a necessidade de existir elo entre a conduta do agente ofensor e o resultado, causando prejuízo a vítima e existindo assim o nexo de causalidade.

2.1.3 DANO

Previamente, entende-se por dano todo e qualquer prejuízo, oriunda de uma conduta, seja ela, moral, material, imaterial, coletivo, individual, podendo estar relacionado cunho econômico ou não.

Insta salientar que o dano subdivide-se em duas categorias, podendo ser patrimonial ou moral.

Além disto, preceitua-se a existência do dano certo e atual. Quanto a este, é necessário que não esteja sob prazo prescricional, já que com isso, não seria dano atual. Quanto aquele, é preciso o dano seja certo, pois não há que se falar em reparação em situação hipotética.

Para o professor Flávio Tartuce (2015, 4.2.5.1), “Pelo que consta dos arts. 186 e 403 do Código Civil não cabe reparação de dano hipotético ou eventual, necessitando tais danos de prova efetiva, em regra.”

De início, utilizava-se o princípio do imperador, ou seja o prejuízo causado deveria ser reparado de maneira integral a vítima. Entretanto, a título de reparação, de acordo com o Art. 944 do Código Civil, a indenização será proporcional a extensão do dano em análise feita pelo Juiz de acordo com o caso concreto.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.³

Ademais, o Enunciado 456 do Conselho de Justiça Federal amplia as possibilidades de reparações de danos no território brasileiro.

A expressão "dano" no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.⁴

Já na área da saúde, com isso, relacionado à procedimentos médicos, a Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, prevê a possibilidade de cumulação de dano estético

³ BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm > . Acesso em: 23 ago. 2019.

⁴ C.J.F. **Conselho de Justiça Federal.** Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>> Acesso em: 01 de out. 2019.

com dano moral, além dos danos materiais. Surgindo assim, a cumulação tripla no Direito brasileiro.

Súmula 387, STJ: É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.⁵

É de grande valia frisar, que para haver o dano é necessário que exista a violação de um interesse de bem tutelado, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial. Assim, surge relativa proteção à pessoa natural ou pessoa jurídica.

Com a promulgação da Carta Magna brasileira em 1988, o dano moral, adquiriu maior relevância no cenário jurídico, além de possuir dispositivo legal no Art. 5, X da referida lei. Sendo instituído como Direito e garantia fundamental da dignidade da pessoa humana.

“Art. 5º, X, CF: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”⁶

Na visão do Professor Flávio Tartuce (2015, 4.2.5.2) , não há que se falar em acréscimo patrimonial para a vítima através do dano moral, tendo em vista, que o instituto visa as satisfação da reparação dos danos sofridos pelo lesado.

“Cumprе esclarecer que não há, no dano moral, uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados. Tal dedução justifica a não incidência de imposto de renda sobre o valor recebido a título de indenização por dano moral, o que foi consolidado pela Súmula 498 do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2012.”

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 47), entende que “Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade.”

Por fim, há o entendimento pacificado dos tribunais e da doutrina quanto ao dano moral *in re ipsa*. Trata-se daquele que não é necessário comprovar o prejuízo causado pelo ato ilícito, pois este é presumido, conforme Enunciado 587 do Conselho da Justiça Federal.

⁵ STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf> Acesso em : 03 de out. 2019.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em: 07 ago. 2019 .

Outrossim, ressalta-se que o dolo do agente não agrava o valor da indenização, devendo sempre ser respeitado o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Enunciado 587 do CJF: O dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*.⁷

2.1.4 DOLO OU CULPA

O Direito brasileiro entende que aquele que causar dano comete ato ilícito, pode-se dizer que este dano independe se é com ou sem culpa.

Assim, quando a matéria se trata de responsabilidade deve-se levar em consideração a culpa *lato sensu*. Pode-se dividir em: Dolo e culpa *stricto sensu*.

2.1.4.1 DOLO

O dolo é basicamente a conduta do qual o agente faz voluntariamente, com a intenção direta de prejudicar outrem. Constatado o dano por dolo, deverá o agente reparar integralmente o prejuízo.

Flávio Tartuce (2015, p. 4.3.2.1) conceitua “Nos termos do que consta do art. 944, caput, do Código Civil, presente o dolo, vale a regra do princípio da reparação dos danos, o que significa que todos os danos suportados pela vítima serão indenizados. “

Além disso, a legislação entende que se a gravidade da culpa for excessivamente desproporcional ao dano, o Juíz poderá reduzir a indenização de maneira simétrica, conforme Art. 944, parágrafo único.

Com isso, há o entendimento que o dano pode ser dividido em grave, leve e levíssimo.

Flávio tartuce (2015, p. 4.3.2.1) descreve que “O dolo, na responsabilidade civil, merece o mesmo tratamento da culpa grave ou gravíssima. A conclusão, de que o dolo

⁷ CJF. Conselho de Justiça Federal. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/841> > Acesso em: 01 de out. 2019.

equivale à culpa grave, vem do brocardo latino culpa *lata dolo aequiparatur*, originário do Direito Romano, e com grande aplicação na atualidade.”

Portanto, comprovado o dolo na ação ou omissão da conduta do agente, este deverá realizar ressarcimento integral do prejuízo causado à vítima.

2.1.4.2 CULPA

Quanto a culpa o agente não tem a intenção de violar o direito jurídico de outrem, ou seja, não tem há finalidade em lesar bem tutelado.

Insta salientar que para o Direito brasileiro é irrelevante se o agente agiu com dolo ou culpa, pois uma vez que a reparação do dano é obrigatória. Entretanto, como dito anteriormente, a culpa é dividida em grave, leve e levíssima. Ou seja, a indenização será fixada conforme sua avaliação, tendo em vista os Art. 944 e Art. 945 do Código Civil/2002.

Corroborando tal entendimento Flávio Tartuce (2015, p. 4.2.3.2) infere que:

Quanto ao grau de culpa: Culpa lata ou culpa grave – há uma imprudência ou negligência crassa. O agente até que não queria o resultado, mas agiu com tamanha culpa de tal forma que parecia que o quisesse. Em casos tais, o efeito é o mesmo do dolo, ou seja, o ofensor deverá pagar indenização integral (culpa lata dolo aequiparatur – a culpa grave equipara-se ao dolo). Culpa leve ou culpa média – é a culpa intermediária, situação em que a conduta se desenvolve sem a atenção normalmente devida. Utiliza-se como padrão a pessoa humana comum (culpa in abstracto). Em havendo culpa intermediária e concorrente em relação a terceiro ou à própria vítima, merecem aplicação os arts. 944 e 945 do CC, pelos quais a indenização mede-se pela extensão do dano e pelo grau de culpa dos envolvidos. E mais: havendo excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização, especialmente se a vítima tiver concorrido para o evento danoso. Culpa levíssima – no menor grau possível, situação em que o fato só teria sido evitado mediante o emprego de cautelas extraordinárias ou de especial habilidade. No Direito Civil, em regra, responde-se inclusive pela culpa levíssima, porque se tem em vista a extensão do dano (art. 944 do CC). Continua valendo, portanto, aquele antigo norte romano, baseado no brocardo *in lex Aquili et levissima culpa venit*. Todavia, presente a culpa levíssima, a indenização a ser paga deverá ser reduzida mais ainda, eis que o art. 945 do CC atual enuncia que a mesma deve ser fixada de acordo com o grau de culpabilidade. Cumpre destacar que os arts. 944 e 945 têm incidência para a fixação da indenização por danos morais. Nessa linha, podem ser citados dois enunciados aprovados na V Jornada de Direito Civil, de autoria de Wladimir A. Marinho Falcão Cunha, professor da UFPB. O primeiro deles preconiza que “Embora o reconhecimento dos danos morais se dê em numerosos casos independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência” (Enunciado n. 455). O segundo tem a seguinte redação: “O grau de culpa do ofensor ou a sua eventual conduta intencional deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral” (Enunciado n. 458).

Além disso, é relevante ratificar que a culpa é classificada em: negligência, imprudência e imperícia.

Conceitua-se negligência em culpa por omissão, onde o agente deixa de realizar atividade com o cuidado necessário. Imprudência em culpa por ação, onde o agente pratica a atividade de maneira desleixada, sem observar as cautelas necessárias. Imperícia por ausência de conhecimento técnico, ou seja, ausência de habilidade profissional da atividade.

Portanto, no elemento do pressuposto da culpa, o agente causador do dano, poderá ter o ato lesivo avaliado em três proporções, são eles: graves, leves e levíssimos. Além disso, deverá ser classificado em: negligência, imprudência ou imperícia.

3. DA OBRIGAÇÃO DE MEIO E RESULTADO DO MÉDICO

Preliminarmente é válido salientar que o Código de Ética Médica é taxativa ao vedar ao médico em seu Art. 1º, "Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência".⁸ Frisa-se, ainda, que o referido artigo descreve em seu parágrafo único que a responsabilidade do médico será sempre pessoal, não podendo ser presumida.

Dito isto, é evidente a inclusão do médico no certame da Responsabilidade Civil, devendo o profissional médico observar rigorosamente seu conhecimento técnico-profissional, além do referido Código de Ética.

É inegável que eventual erro de conduta médica, pode acarretar imensurável e irreparável prejuízo aquele que necessita de seus cuidados. Entretanto, é considerado erro médico, conduta como por exemplo realizar procedimento sem prévia autorização ou até mesmo abandonar o paciente em determinada fase de tratamento.

Insta salientar, que a obrigação de resultado do médico é meio. Tendo em vista que esses profissionais não podem e nem devem prometer cura de doença, devendo apenas utilizar prudência e diligência normal comprometendo-se a fornecer o melhor tratamento possível para a patologia, sem a obrigatoriedade da cura. Assunto este abordado e ensinado pelo professor Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 403):

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência

⁸ Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_3.asp> . Acesso em: 26 ago. 2019.

médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.

Neste mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 303) explicam que:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a empreender a sua atividade, sem garantir, todavia, o resultado esperado. Nelas, o devedor (profissional) se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais para a prestação de certo serviço, segundo as melhores técnicas, com o objetivo de alcançar um determinado resultado, sem se vincular a obtê-lo.

Ainda acerca do tem Conceitualmente, Maria Helena Diniz (2010, p. 291), define a obrigação de meio como:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí que sua prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser conseguido pelo obrigado, mas tão somente numa atividade prudente e diligente deste em benefício do credor. Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.

Portanto, pode-se inferir que o médico tem o compromisso de utilizar todos os meios de seu conhecimento para fornecer o melhor tratamento ao paciente, não sendo de sua incumbência a cura, ou seja, o resultado esperado.

Entretanto, os procedimentos estéticos não se aplicam a essa regra. Uma vez que, configura-se prestação de serviço médico e estético, devendo o profissional apresentar o resultado prometido previamente ao cliente, ou seja, a responsabilidade de obrigação é fim. Assim, pode-se utilizar o Código de Defesa do Consumidor na relação, visto que o caso possui consumidor e prestador de serviço.

4. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO ERRO MÉDICO

Com o surgimento da Constituição de 1988, o Código de defesa do consumidor, foi instituído e estabelecido definitivamente como Direito e Garantia fundamental do Cidadão.

A Lei 8.078/1990, visa estabelecer normas de proteção ao consumidor, este definido no Art. 2º da referida lei, ou seja, "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final".⁹

Sob outra perspectiva, o Art. 3º estabelece fornecedor como:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.¹⁰

Tendo em vista a disparidade existente na relação de consumo, o consumidor encontra-se vulnerável. Com isso, o Art. 6º, inciso VIII, em busca de diminuir a hipossuficiência nessa relação, estabeleceu a inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor.

Observando em Lato Sensu, a relação médica e paciente satisfaz os requisitos básicos para a aplicação do CDC, uma vez que há o consumidor (paciente), fornecedor (médico) e a prestação de serviço (tratamento). Entretanto, o médico detém responsabilidade civil subjetiva, e como previamente abordado, obrigação de meio não devendo prometer resultado de determinada ação. Com isso, é inviável que haja mera alegação de erro e dano, com ausência da efetiva comprovação da conduta médica culposa, a originar por consequência tal prejuízo. Seja por não utilização de ciência adequada ou até mesmo a não aplicação do ensinamento acadêmico no tratamento patológico.

Miguel Kfoury Neto, citando Zelmo Denari (2001, p. 192) discorre acerca das disposições do estatuto consumerista:

Os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

Portanto, baseado no Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do médico é considerada subjetiva. Frisa-se que na relação entre o profissional e o paciente,

⁹ BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

¹⁰ BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

presencia-se a obrigação de meio, ou seja, o médico deverá utilizar métodos adequados, ter atenção e zelo, sem a garantia de alcançar a efetiva cura. Devendo o profissional, ser responsabilizado, de acordo com o Código Civil, quando agir de maneira imprudente, negligente ou por imperícia, uma vez que a ciência médica é baseada em possibilidade e não em exatidão.

Por outro lado, existem os procedimentos de cirurgia plástica reparadora ou de estética.

A cirurgia plástica reparadora, visa a correção de defeitos congênito ou adquirido, possuindo característica terapêutica.

A cirurgia plástica estética, busca a satisfação do cliente que não possui qualquer mal físico, sendo na grande maioria das vezes, estimuladas pelos médicos que prometem resultados encantadores.

Quanto a obrigação do resultado, Maria Helena Diniz (2010, p. 282-283), menciona em sua obra:

A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem e vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação de resultado só será considerada adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se-á a execução dessa relação obrigacional quando o devedor cumprir o objetivo final. Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentara de responsabilidade se provar que não agiu culposamente. Assim, se inadimplida essa obrigação, o obrigado fará constituído em mora, de modo que lhe competira provar que a falta de resultado previsto não decorre de sua culpa ...

Dessa forma, é necessário que a vítima prove que a relação contratual não foi cumprida para que a obrigação seja de resultado e conseqüentemente haja o inadimplemento contratual. Devendo o médico corroborar a ausência de culpa para que assim consiga isentar-se da responsabilidade.

Nesse sentido, Miguel Kfoury Neto (2002, p. 175) estabelece que:

a) a cirurgia de caráter estritamente estético, na qual o paciente visa a tornar seu nariz, por exemplo – que de modo algum destoa da harmonia de suas feições -, ainda mais formoso, considerando, por vezes, um modelo ideal de beleza estética. Neste caso, onde se expõe o paciente a riscos de certa gravidade, o médico se obriga a um resultado determinado e se submete à presunção de culpa correspondente e ao ônus da prova para eximir-se da responsabilidade pelo dano eventualmente decorrente da intervenção (a jurisprudência alienígena registra caso de cirurgia que, no propósito de corrigir a linha do nariz, terminou por amputar parte do órgão).

Portanto, tratando-se de cirurgia plástica estética, o entendimento é de obrigação de resultado fim, uma vez que as pessoas buscam o serviço para melhorar aparência de determinado local e não são portadoras de doença.

5. O DEVER DE INFORMAR

É de conhecimento geral, que a atividade médica possui características intrínsecas e inerentes. Essas características ao mesmo tempo que podem prolongar o bem estar físico, ou até mesmo salvar a vida do cliente, podem desencadear inúmeros sentimentos ao mesmo tempo, por motivo cultural, religioso e etc.

Por esta razão, é obrigação do médico informar toda e qualquer possibilidade de riscos acerca do procedimento ou tratamento.

Nessa concepção, Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 411) explica que:

A informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. É o chamado consentimento informado, considerado, hoje, pedra angular no relacionamento do médico com seu paciente.

Imaginemos que determinado paciente, seja adepto de religião que não admite submissão a um procedimento específico. Sem prévia informação e autorização o médico realiza a técnica.

É notório que a conduta do profissional, causou grande prejuízo ao cliente, tendo esse exemplo fica claro a necessidade de haver comunicação e ampla informação entre o médico e o paciente, sob risco de originar responsabilidade do médico.

Acerca do exemplo, Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 151):

A omissão na informação correta ao paciente pode acarretar responsabilidade profissional. As situações de emergência devem ser devidamente sopesadas. As informações somente podem ser suprimidas quando efetivamente não puderem ser prestadas. O princípio a ser levado em conta é que, quanto mais arriscada à intervenção do profissional, seja com tratamento, seja com cirurgia, tanto mais necessárias tomam-se a advertência e a informação ao paciente.

Assim, o Tribunal do Mato Grosso, cujo desembargador Juracy Persiani, determinou pagamento de indenização por dano moral e estético, além da pensão mensal referente aos proventos da vítima.

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO - DANOS MATERIAL MORAL E ESTÉTICOS - ERRO MÉDICO - BIÓPSIA DO CORPO VERTEBRAL - HEMORRAGIA - PARAPLEGIA - IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS - PERÍCIA NÃO IMPUGNADA - NOVA PERÍCIA OU COMPLEMENTAÇÃO - MATÉRIA PRECLUSA - NEXO DE CAUSALIDADE E NEGLIGÊNCIA COMPROVADOS - DEVER DE INFORMAÇÃO SOBRE TÉCNICA MAIS AVANÇADA - RESPONSABILIDADE DO MÉDICO - DANOS MORAL E ESTÉTICO (SÚMULA 387, STJ) - PENSIONAMENTO - DESPESAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS E CAPACITAÇÃO LABORATIVA - APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. É preclusa a pretensão recursal de nova perícia ou exame em complemento, se a parte, no curso do processo, à vista do laudo pericial, se mantém silente. Constatado em laudo pericial que o procedimento utilizado para a biópsia de corpo vertebral, que resultou em paraplegia, não era o único e nem o mais recomendado, pois existentes técnicas mais avançadas, e de menor ou nenhum risco, responde o médico, civilmente, pelo resultado danoso, quando se tratar de intervenção eletiva e de alto risco, se olvida do dever ético profissional de informar previamente. “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.” (Súmula 387-STJ). A reparação civil da vítima de paraplegia compreende, além da indenização pelos danos moral e estético, o pensionamento mensal equivalente aos rendimentos que auferia a pessoa e das necessidades que passou a depender, bem como a capacitação laborativa. (N.U 0011273-47.2010.8.11.0000, , JURACY PERSIANI, QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 16/02/2011, Publicado no DJE 01/03/2011)¹¹

Isto posto, é de grande valia a franca e verídica informação ao paciente, já que é através dela que o mesmo obtém a possibilidade de percepção e assim manifestar desejo ou repúdio de realizar tratamento e/ou qualquer procedimento que seja, imprescindível para a manutenção de sua saúde.

6. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance é oriunda do Direito Francês, na década de 60, buscava reparar aquele que por virtude de erro médico teve uma chance de cura ou sobrevivência frustrada.

A referida teoria é derivada de ato ilícito, no qual o agente frustra a probabilidade de outrem em obter ganho ou evitar prejuízo

Em relação ao tema defende, Sergio Cavalieri Filho (2012 p.75):

“A teoria da perda de uma chance (*perte d’ une chance*), [...] se utiliza nos casos e que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor.

¹¹ JUSBRASIL. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso**. Disponível em: < <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/329423162/apelacao-apl-112734720108110000-11273-2010?ref=serp> > Acesso em 11 de Out. 2019.

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma chance.”

A reparação está lastreada na expectativa que o lesado teria em determinada vantagem ou se fosse evitado prejuízo. Não há indenização totalitária referente ao prejuízo, mas sim quanto a probabilidade da chance desperdiçada.

Em busca de esclarecer o assunto, mostra-se oportuno trazer o conceito apresentado por Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 81):

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

Salienta-se que a teoria da perda de uma chance é aplicada quando houver dúvida ou incerteza da causa e do dano, ou seja, o dano não pode ser real, atual e certo, uma vez que se esses requisitos se fizerem presentes deverá ser deferido o lucro cessante, com isso a indenização passará a ser referente ao total do dano sofrido.

Neste sentido é válido observar posicionamento de Sergio Savi (2012, p. 67) sobre o tema:

A indenização da perda da chance jamais poderá ser igual ao benefício que a vítima obteria se não tivesse perdido a chance e tivesse conseguido o resultado útil esperado. Ou seja [...] a quantificação da indenização da perda da chance não poderia equivaler ao benefício que o cliente auferiria com o provimento do recurso que deveria ter sido interposto pelo advogado negligente. Por não haver certeza acerca da vitória no recurso, a indenização da chance perdida será sempre interior ao valor do resultado útil esperado.

Por fim, a Terceira Turma do STJ, em julgamento do Recurso Especial nº 1.662.338, julgou e utilizou como tese:

A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas de cura de paciente.¹²

¹² STJ. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77032254&num_registro=201503075580&data=20180202&tipo=51&formato=PDF pág. 3> Acesso em : 11 de out. 2019.

Portanto, a teoria da perda de uma chance é um importante instrumento para que haja possibilidade de, razoável, indenização para situações da quais não há certeza do desfecho, principalmente para a área de atuação médica.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, vislumbrou evidenciar a responsabilidade civil do médico em sua atividade, seja por imprudência, negligência ou imperícia.

Para isso é tutelado no ordenamento jurídico que aquele que causar dano a outrem tem o dever de indenizar, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil. Trata-se da ação ou omissão, consubstanciada com o dano causado pelo agente e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Ainda na mesma linha de raciocínio, cabe ao paciente ou até mesmo ao herdeiro comprovar a conduta danosa do médico, ou seja, a prova da culpa. Devendo-se corroborar a falta de cuidado e zelo com enfermo, além da inobservância de conduta técnica, através de todos os meios em direito admitido.

É de grande valia ressaltar, que a obrigação adotada pelos profissionais médicos é de meio, com isso não podem e nem devem prometer cura de doença, deve-se utilizar prudência e diligência normal comprometendo-se a fornecer o melhor tratamento possível para a patologia, sem a obrigatoriedade da cura. Tendo como exceção o procedimento médico estético, no qual é assumido uma obrigação fim contratual.

Desse modo, a relação médico e paciente não se aplica ao Código de Defesa do consumidor, pois o médico detém responsabilidade civil subjetiva. Toda via, na relação médico e paciente em procedimento estético, aplica-se o Código de defesa do consumidor, contudo a vítima deve provar o inadimplimento contratual. Assim, o procedimento médico de estética, é tido como obrigação de resultado fim, devendo o médico comprovar a ausência de culpa para sentar-se da responsabilidade.

Além disso, é de suma importância comunicar todo e qualquer risco, possibilidade de prejuízo ou situação adversa ao paciente, cabendo a ele autoavaliação para consentir ou não a conduta médica e sua ciência.

Por fim, vem sendo aplicada pelos tribunais, aos poucos, a teoria da perda de uma chance que decorre da frustração de uma esperança, ou seja, indeniza-se, de forma parcial, a chance que foi retirada da vítima. A indenização não deverá ser totalitária ao dano,

mas sim quanto a probabilidade da chance desperdiçada. Aplicando-se quando o dano não for real, atual e certo. Em suma, o instituto da perda de uma chance é oposto ao lucro cessante.

Percebe-se que é grande a desinformação entre os profissionais da área médica, tanto no sentido de ignorar a possibilidade de responsabilização como na de achar que com o avanço da matéria nos tribunais sua atividade será inviabilizada. O centro da questão está na forma como a comunicação é estabelecida entre cliente e profissional médico, bem como as formas de adaptação entre a linguagem técnica do domínio médico com a necessidade de informações do paciente. Uma vez que o profissional médico informa adequadamente seu cliente sobre os possíveis rumos de um tratamento, as características de sua patologia ou de sua organicidade, dada a conhecer por linguagem simples e precisa, podendo dormir tranquilo.

De fato, o tema em tela é uma árdua atribuição aos operários do direito, bem como aos doutrinadores, sendo incumbência do magistrado analisar, processar e julgar de forma minuciosa e precavida cada caso concreto, para que assim seja feita de fato a justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> . Acesso em: 19 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> . Acesso em: 23 ago. 2019.

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

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp> . Acesso em: 26 ago. 2019.

CJF. **Conselho de Justiça Federal.** Disponível em:
<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>> Acesso em: 01 de out. 2019.

CJF. **Conselho de Justiça Federal.** Disponível em:
<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/841>> Acesso em: 01 de out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil.** ed. Saraiva, 2010

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSBRASIL. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso.** Disponível em: < <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/329423162/apelacao-apl-112734720108110000-11273-2010?ref=serp>> Acesso em 11 de Out. 2019.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77032254&num_registro=201503075580&data=20180202&tipo=51&formato=PDF pág. 3> Acesso em : 11 de out. 2019.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf> Acesso em : 03 de out. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual do Direito Civil.** 5. ed. Método, 2015

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.