

A POSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO TOCANTE AO ERRO MÉDICO

(Palestra proferida em 9.8.2012, na OAB - Subseção de Itajaí/SC por Osvaldo João Ranzi, Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Itajaí).

ERRO é a falha no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do profissional.

O erro médico pode ocorrer por:

- a) **Imperícia** que é a falta de prática ou a ausência de conhecimentos necessários para o exercício da medicina.
- b) **Imprudência** que resulta da imprevisão do médico quando assume riscos para o paciente sem respaldo científico para seu procedimento.
- c) **Negligência** que é a falta de diligência necessária à execução do ato médico.

Configurada a culpa do médico, em qualquer de suas modalidades acima citadas, nasce a **responsabilidade** (do latim, *respondere* = responder, ser responsável) que, no plano jurídico, obriga o profissional pelos atos por ele praticados, cuja responsabilidade pode ser penal e/ou civil.

No **crime**, o agente infringe uma norma de direito público e seu comportamento perturba a ordem social. A reação da sociedade é representada pela pena.

No **cível**, o interesse diretamente lesado é o privado. O ato do agente pode não ter infringido norma de ordem pública, mas causou dano a alguma pessoa. A reação é representada pela indenização a ser exigida da vítima do agente causa-

dor do dano.

Histórico: a ideia fundamental de responsabilidade em nosso Direito veio do Código Napoleônico, em vigor há mais de 200 anos, que, em seu art. 1.382, consagra: "**qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano**".

No nosso Código Civil vigente, a matéria é tratada no art. 186¹, que estabelece **a responsabilidade como decorrente de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violadoras do direito, sustentando-se, portanto, na culpa**.

No mesmo sentido é a previsão inserida no Código de Defesa do Consumidor, que trata da matéria em seu art. 14, § 4º².

Os **pressupostos** da responsabilidade civil são:

- 1) ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia do agente;
- 2) culpa do agente (para o caso de responsabilidade subjetiva);
- 3) relação de causalidade;
- 4) dano sofrido pela vítima.

Conceito: a responsabilidade civil nada mais é do que a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a outrem em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato ou coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

¹.Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

².A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Como é ressabido, a responsabilidade civil pode ser **contratual**, derivada de um contrato (art. 389 do CC³) e a **extracontratual** (ou aquiliana), derivada de ilícito extracontratual (art. 186 do CC e art. 14, § 4º, do CDC).

Na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe entre o inadimplente e seu cocontratante, um vínculo jurídico derivado da convenção.

Aqui se enquadra a responsabilidade decorrente de erro médico, ou seja, a responsabilidade contratual.

Já na responsabilidade **aquiliana (ou extracontratual)** nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele (causador do dano) ponha em ação (faça nascer) os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.

Outra classificação importante é a que divide a responsabilidade em **objetiva e subjetiva**.

Por responsabilidade **objetiva**, entende-se aquela estribada na teoria do risco⁴. É de somenos importância a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano, bastando a existência da relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente.

Importa lembrar aqui que a atividade do médico é de meio e não de resultado, salvo na cirurgia estética ou nos procedimentos embele-

³. 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.

⁴ Aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e comportamento sejam isentos de culpa.

zadores ou cosmetológicos⁵.

Naquela hipótese - atividade meio - o profissional obriga-se apenas a empregar diligência e atenção e a utilizar as técnicas conhecidas e aceitas.

A propósito, ensina Aguiar Dias citado por Rui Stoco⁶:

O que se torna preciso observar é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e, salvo circunstância excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência.(...)

O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, dever esse consubstanciado em um Código que dita o seu comportamento moral e ético, ao qual deve respeito e obrigação.

O Código de Ética da medicina (Resolução nº 1.246/88) também prevê, em seu art. 29, a vedação ao profissional em "*praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.*"

Diante disso, por **falta de resultado** não se pune, nem se impõe reparação, porquanto já se encontra pacificado o entendimento de que a responsabilidade do profissional médico, de regra, é **subjetiva**.

É o que se extrai do ensinamento de Rui Stoco⁷, *in verbis*:

(...) Em resumo, o que importa na responsabilidade dos médicos é a relação entre a culpa e o dano para que possa haver direi-

⁵ Diz-se de qualquer dos produtos utilizados para a limpeza, conservação ou maquiagem da pele.

⁶ Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 50/532.

⁷ Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 533.

to à reparação; mas para maior apoio ao ofendido é preciso saber-se se o dano foi causado no inadimplemento de uma obrigação de meios ou, ao contrário, de resultado, pois neste último caso (e somente neste, cabe acrescentar) haverá inversão do ônus da prova e a vítima da lesão ficará em posição mais cômoda.

A jurisprudência, de igual sorte não discrepa desse entendimento:

(...) RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. SUMULA 07/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

(...) 2. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado - responsabilidade subjetiva, portanto.

(...)⁸

(...) A obrigação decorrente da atividade curativa do médico não é de resultado e sim de meio. Sua responsabilidade civil, nos termos do art. 1.545 do Código Civil de 1916 (vigente à época dos fatos), é subjetiva, devendo, para tanto, ser provado que agiu com imprudência, negligência ou imperícia.⁹

Importa lembrar que o artigo 927 do CC vigente, ao contrário do código revogado que era essencialmente subjetivista, contém uma cláusula geral de responsabilidade objetiva.

Veja-se:

⁸ RECURSO ESPECIAL 2010/0043325-8. Rel. Min. CASTRO MEIRA. SEGUNDA TURMA. Data do Julg. 13/12/2011.

⁹ TJSC. Apelação Cível n. 2004.037509-5, de Xanxerê. Relator: Des. Subst. Sérgio Izidoro Heil.

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Contudo, é bom lembrar que os princípios da responsabilidade subjetiva são aplicáveis à responsabilidade objetiva. Vale dizer, **são indispensáveis a conduta ilícita, o dano e o nexo causal. Só não será necessário o elemento culpa, que pode ou não existir.**

Note-se, por exemplo, que, *“se a cirurgia de uma pessoa idosa, embora realizada com toda a técnica e segurança, com diligência e cuidados adequados, não for bem sucedida, o insucesso não poderá ser imputado a quem prestou o serviço”¹⁰.*

Convém ressaltar que nem mesmo o **diagnóstico equivocado** leva à conclusão de erro médico, conforme entendimento jurisprudencial.

Veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO - ERRO ESCUSÁVEL - PEDIDO NÃO ACOLHIDO. Ao prestar assistência profissional a seu cliente, o médico assume obrigação de meio e não de resultado, uma vez que não lhe garante a cura ou recuperação. A responsabilidade civil do médico pressupõe sua imprudência, negligência ou imperícia, como assentado no artigo 951 do Código Civil. O diagnóstico equivocado não gera, por si só, obri-

¹⁰. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. COMENTÁRIOS AO NOVO CC, Vol. XIII, p. 150.

gação indenizatória quando resulta de erro escusável e não de ato culposo do médico.¹¹

No mesmo sentido segue a jurisprudência quando se trata de **infecção hospitalar**, isentando o médico de culpa, mas não isenta o nosocômio, *verbis*:

(...)Somente enseja indenização se comprovada a conduta culposa do médico na prestação de seus serviços ao paciente. (...)

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MORTE DO PACIENTE QUE CONTRAI INFECÇÃO HOSPITALAR - VIOLAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO - DEFEITO DO SERVIÇO - ERRO MÉDICO - INOCORRÊNCIA. A infecção hospitalar, como fato, se liga à atividade hospitalar, no que respeita aos meios para adequado tratamento e recuperação do paciente, não podendo por isso subsistir a condenação imposta ao médico.¹²

Como se viu, a responsabilidade do médico, em regra, é subjetiva (art. 186 do CC), enquanto que a do hospital é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CRFB/88¹³.

Colhe-se da jurisprudência:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO E POR DEFEITO NO SERVIÇO. (...).

1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao

¹¹ TJMG. Ap. Cível nº Processo: Apelação Cível nº 1.0261.04.024845-0/001. **Relator(a)**: Des.(a) Maurílio Gabriel **Data de Julgamento**: 24/08/2006.

¹² TJMG. Processo: Apelação Cível 1.0145.01.006349-6/001. **Relator(a)**: Des.(a) Alvimar de Ávila. **Data de Julgamento**: 13/02/2008

¹³ . As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

paciente-consumidor pode ser assim sintetizada:

(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);

(ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não correu para a ocorrência do dano;

(iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).(....).¹⁴

(...) A responsabilidade do médico que procedeu ao acompanhamento da paciente e realizou a cirurgia requisita para a sua configuração que seja demonstrado o atuar imprudente, imperito ou negligente do profissional de saúde. A obrigação do clínico cinge-se ao dever de informar, ao emprego de preceitos éticos, do conhecimento da medicina e de cuidado máximo, não

¹⁴ RECURSO ESPECIAL 2009/0118263-2. Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. QUARTA TURMA. Data do Julgamento 28/06/2011.

lhe sendo imputada a obrigação de resultado. (...).¹⁵

(...) ASSISTÊNCIA EM PRONTO-SOCORRO. OBRIGAÇÃO DE MEIOS, NÃO DE RESULTADO. O profissional médico, em regime de plantão, ao assistir um paciente acometido de cólicas renais, não se compromete com a eliminação de tal mal, mas apenas com a utilização de toda a técnica disponível para amenizar as consequências danosas, a fim de melhorar a qualidade de vida da vítima. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL: POR ATO DO MÉDICO, SUBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE MEIOS, E, POR INFECÇÃO HOSPITALAR, OBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. (...).¹⁶

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; (...)

1.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. (...).¹⁷

A responsabilidade **subjetiva**, como já se disse, se inspira na ideia de culpa, sendo **necessária** a configuração do dolo ou da culpa para que surja o dever de indenizar.

Extrai-se da jurisprudência:

"[...] a responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência ou imperícia ou ne-

¹⁵ TJSC. Apelação Cível n. 2009.053349-6, de Joinville. Relator: Des. Luiz César Medeiros. **Data:** 18/07/2012.

¹⁶ TJSC. Apelação Cível nº 2012.019126-7, de Palhoça. Relator: Des. Subst. Gilberto Gomes de Oliveira. **Data:** 14/06/2012.

¹⁷ RECURSO ESPECIAL 2010/0038999-0 Rel. Min. SIDNEI BENETI. TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 08/06/2010.

gligência, 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" (DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, v.7: responsabilidade civil, 17ª ed. aum. e atual, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 266)...¹⁸

Por sua vez, como já ficou dito a-
lhures, a responsabilidade do médico, em casos i-
solados, é de resultado quando se tratar de **cirur-
gia estética ou nos procedimentos embelezadores ou
cosmetológicos**.

Cabe, porém, esclarecer que a respon-
sabilidade é de resultado no tocante à **informa-
ção** acerca do procedimento e não ao resultado da
cirurgia propriamente dito.

Destarte, conclui-se que não é a res-
ponsabilidade de resultado em si que emerge para o
médico cirurgião plástico, **mas sim o dever da pré-
via informação, devendo dar ciência ao seu pacien-
te dos riscos da cirurgia a ser realizada**.

Comumente, o que se vê é o "**TERMO
DE CONSENTIMENTO INFORMADO**", documento que adverte
o paciente acerca dos possíveis resultados indese-
jáveis que podem decorrer da prática cirúrgica.

A jurisprudência é uníssona quan-
to ao assunto:

(...) CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGA-
ÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUN-
ÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRE-
CEDENTES.(...)

3. Apesar de abalizada doutrina em sentido
contrário, este Superior Tribunal de Jus-
tiça tem entendido que a situação é dis-

¹⁸ Apelação Cível n. 2011.001098-8, da Capital. Relator: Des.
João Henrique Blasi. **Data:** 08/06/2012.

tinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.

4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado (...) basta que a vítima demonstre (...) o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente)...¹⁹

(...) REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA (RINOPLASTIA). ERRO MÉDICO. SEQUELAS FÍSICAS DEIXADAS NO NARIZ DA AUTORA. PROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. EXEGESE DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO CONSUMERISTA. NÃO COMPROVAÇÃO DAS CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO.²⁰

Convém registrar, ainda, que é **vedado ao juiz afirmar qual procedimento médico deveria ter sido adotado pelo profissional, porquanto a questão refoge ao conhecimento científico do julgador.**

A propósito, tem-se a lição do mestre Yussef Said Cahali²¹, *verbis*:

¹⁹ RECURSO ESPECIAL 1999/0099099-4 Rel. Min. CARLOS FERNANDO MATHIAS. QUARTA TURMA Data do Julgamento 10/02/2009.

²⁰ TJSC. Ap. Cível nº 2009.023463-9. Rel. Cinthia Beatriz da Silva Bitencourt Schaefer. **Orgão Julgador**: Primeira Câmara de Direito Civil. **Data**: 09/04/2012.

²¹ Yussef Said Cahali apud Rui Stocco, op. cit., p. 531.

Ao juiz é defeso, por não ser de sua competência, pronunciar-se por essa ou aquela escola, optar por esse ou aquele método operatório.

A **omissão do profissional da medicina como causa dos danos** é, igualmente, reconhecida pela jurisprudência, como, *verbi gratia*:

Indenização. Responsabilidade civil. Negligência médico-hospitalar. Paciente atendida em ambulatório, com fortes dores abdominais, e submetida a medicação. Retorno por quatro vezes até ser internada. Exames que constataram apendicite aguda. Cirurgia realizada só no dia seguinte, apesar da gravidade do estado da paciente. Falecimento treze dias após. Negligência caracterizada porque os sintomas indicavam necessidade de internação imediata, com exames aptos a procedência do pedido de indenização. (TJSP-5ªc.-Ap.-Rel. Afonso André - j. 25.101979 - RJTJSP 64/100)²²

Vale anotar, por oportuno, que o prazo **prescricional** para ingressar com a ação de responsabilidade civil por erro médico passa a fluir da **ciência inequívoca que a vítima teve de seu dano**.

Veja-se:

(...) ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA VÍTIMA DO DANO IRREVERSÍVEL. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o prazo prescricional da ação para indenizar dano irreversível causado por erro médico começa a fluir a partir do momento em que a vítima tomou ciência inequívoca de sua invalidez, bem como da extensão de sua incapacidade. Aplicação do princípio da actio nata....²³

²² *in*. STOCCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 543.

²³ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0198749-0 Rel. Min.RAUL ARAÚJO. Data do Julg.22/06/2010.

(...)Tratando-se de demanda na qual o pedido indenizatório está fundado em suposto erro médico, aplica-se o disposto no art. 14, § 4º, do CDC, e, conseqüentemente, o prazo quinquenal do art. 27 do mesmo estatuto legal (...).²⁴

POR FIM E EM RESUMO:

1. A atividade do médico, como regra, é de meio e não de resultado e sua responsabilidade, também como regra, é subjetiva. Nessa hipótese, não ocorre a inversão do *onus probandi*, cabendo ao paciente/vítima o ônus de provar a culpa do médico, mais o resultado danoso e o nexos de causalidade.

2. Na responsabilidade objetiva (quando o médico garantiu o resultado [INFORMAÇÃO], por exemplo), cabe à vítima demonstrar somente o resultado, mais o nexos causal. Por sua vez, o médico, para eximir-se de responsabilidade, poderá comprovar as seguintes exceções: a) caso fortuito; b) força maior; e c) culpa exclusiva da vítima.

²⁴ TJRS. Embargos de Declaração Nº 70049414998, Nona Câmara Cível. Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012.