

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA- FACER
CURSO DE DIREITO

FLÁVIA LOPES DA SILVA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL.

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

RUBIATABA- GO

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER
CURSO DE DIREITO



FLÁVIA LOPES DA SILVA

O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL.

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba- FACER como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito sob orientação do professor Samuel Balduino.

RUBIATABA- GO

30466
sam

Tombo n°	13892
Classif:	
Ex:	01
Origem:	d.
Data:	10/02/2009.

FLÁVIA LOPES DA SILVA

O ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL.

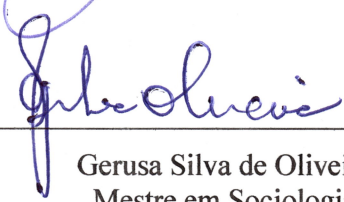
COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador(a) _____


Samuel Balduino
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

1º Examinador _____


Gerusa Silva de Oliveira
Mestre em Sociologia

2º Examinador _____

Luciano do Valle

Rubiataba-Go.

DEDICATÓRIA

Dedico a Deus, que fez presente em todos os momentos difíceis, onde passo a passo, pude sentir a sua mão na minha vida, transmitindo-me a segurança necessária para enfrentar meu caminho a seguir. A sua presença é como a luz e a vida, e eu sinto que é meu gesto, exigir o seu gesto e em minha voz a sua voz.

Com profunda gratidão e afeição aos meus pais, Antônio Venerando e Maria Aparecida que, quando a jornada parecia árdua e difícil, o desânimo tentou-se apossar, percebi suas faces preocupadas e envelhecidas no correr destes anos. Agradeço por suas orações e pelo apoio incondicional para dar-me o melhor. Obrigada pelo silêncio quando eu reclamava e, pelas palavras de estímulo quando eu me calava e precisava de ajuda.

Ao meu irmão Leandro, que apesar da distância, esteve sempre me ajudando, dando me apoio para chegar ao final deste curso, juntamente com meus pais.

Aos mestres, que não foram apenas professores e sim bons amigos, especialmente ao meu orientador Samuel, o meu muito obrigado.

Aos colegas, com os quais convivi por muitas horas, compartilhando experiências, alcançando novas aprendizagens. Que a amizade que cultivamos a distância não separe!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela sabedoria e persistência para que pudesse ir em busca de meus sonhos e ideais.

Aos familiares, que me acompanharam e me apoiaram nesta longa caminhada, jamais poderei recompensar pelo bem que me dedicaram, meus sinceros agradecimentos.

Ao meu querido e amado noivo Edilson, que nos momentos difíceis me incentivava para seguir em frente e não desistir.

A minha querida prima e madrinha Daniela Liliana pelo apoio e pela ajuda que me ofereceu em todos os momentos.

Aos colegas, a boa confraternização e eterna e nossa convivência que nos impõe uma promessa – a amizade - um bem supremo, e isso conseguimos.

RESUMO: O presente trabalho abordará sobre um assunto de extrema importância, por ser de interesse de toda a coletividade. Trata-se da questão em relação a responsabilidade civil sobre uma visão geral e em decorrência do erro médico. A responsabilidade civil tem como funções principais a garantir o direito do lesado à segurança e servir como sanção civil mediante reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos. Já a responsabilidade civil decorrente de erro médico para ser configurada é necessário que se prove a conduta delituosa do profissional. O médico deve dar o melhor de si, devendo agir com o máximo de zelo e dar o melhor de sua capacidade profissional. Em geral o profissional deverá dedicar total atenção na prestação de seu serviço, mas sem se comprometer com a obtenção de certo resultado, é o que chamamos de obrigação de meios. Incorre em erro o médico que age com negligência, imprudência ou imperícia. Se comprovado o erro médico cabe ao médico indenizar a vítima. Já nos casos de cirurgia plástica por exemplo, ocorre a chamada obrigação de resultado, pois o profissional se compromete a realizar um certo fim. Aqui basta apenas a não obtenção do resultado prometido para caracterizar o descumprimento do contrato. Em ambos os casos na averiguação da culpa do médico, a lei determinará que seja cumprida uma indenização. Essa indenização tem o intuito de desestimular o ofensor a praticar novamente a conduta que deu origem ao dano. Assim cada ofensor deve ser condenado a pagar a indenização que represente medida eficaz, para que não volte a praticar o ato ilícito.

Palavras-chave: Erro, Negligência, Imprudência, Imperícia, Reparação, Indenização.

ABSTRACT: The present work will approach on a subject of extreme importance, for being of interest of all the collective. The civil liability is about the question in relation on a general vision and in result of the medical error. The civil liability has as main functions to guarantee the right of injured the security and to serve as civil sanction by means of repairing of the actual damage the victim, punishing the injurer and discouraging the practical one of harmful acts. Already the decurrent civil liability of medical error to be configured is necessary that if it proves the delictual behavior of the professional. The doctor must give optimum of itself, having to act with the zeal maximum and to give optimum of its professional capacity. In general the professional will have to dedicate to total attention in the installment of its service, but without if compromising to the attainment of certain result, she is what we call obligation of ways. The doctor incurs into error who acts with recklessness, imprudence or ineptitude. If proven the medical error it fits to the doctor to indemnify the victim. Already in the cases of plastic surgery for example, the call occurs result obligation, therefore the professional if compromises to carry through a certain end. Here the attainment of the promised result is enough only not to characterize the descumprimento of the contract. In both the cases in the ascertainment of the guilt of the doctor, the law will determine that an indemnity is fulfilled. This indemnity has intention to discourage the ofensor to again practise the behavior that gave origin to the damage. Thus each ofensor must be condemned to pay the indemnity that represents measured efficient, so that it does not come back to practise the tort.

Keyword: Error, Recklessness, Imprudence, Ineptitude, Repairing, Indemnity.

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS.

CDC: Código de Defesa do Consumidor

STF: Supremo Tribunal Federal

RT: Revista dos Tribunais

CC: Código Civil

Arts: Artigos

Art: Artigo

§: Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 A evolução da Responsabilidade Civil no Brasil.....	17
1.2 As Funções da Responsabilidade Civil na atualidade.....	18
2. NOVO CÓDIGO CIVIL.....	21
2.1 Da obrigação de indenizar.....	21
2.2 Da Indenização.....	23
2.3 Dano.....	24
2.4 Nexo Causal.....	25
2.5 Culpa.....	25
3. ATIVIDADE MÉDICA	28
3.1 Conceito	28
3.2 Responsabilidade dos médicos	29
3.3 Fatores de Risco	31
3.4 Obrigação de Resultado e obrigação de meios.....	32
3.5 Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	34
4. TIPOS DE DANOS	36
4.1 Dano moral.....	36
4.2 Dano material.....	38
4.3 Dano estético.....	38
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42
Endereços Eletrônicos.....	45

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem a intenção de nos mostrar um pouco sobre o que é a responsabilidade civil e principalmente essa responsabilidade em relação ao erro médico.

A expansão da responsabilidade civil se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou área de incidência. Primeiramente a civilização humana dominava a vingança coletiva, era caracterizada pela reação conjunta, posteriormente evoluiu para a reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos. Com o passar do tempo essas idéias foram evoluindo, passando a obrigação de reparar o dano para o autor da ofensa.

O Estado passou a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição renunciando á vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e penal.

Na Idade Média, com a estruturação da idéia de dolo e de culpa seguida de uma elaboração da dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da penal. Mas a teoria da responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da doutrina cuja figura dominante foi o jurista francês Domant.

Atualmente o Novo Código Civil apresenta as questões referentes à responsabilidade civil, principalmente no art 186 que diz que aquele que, por ação ou omissão, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito; e art 187 que fala que também comete ato ilícito o titular de um direito que, se exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Já a responsabilidade civil do profissional da medicina incidirá na atuação do profissional médico, em decorrência de ato seu, na relação mantida com o paciente.

Quando o médico é procurado por um cliente, forma-se entre ambos um vínculo contratual, muitas vezes tácito. Assim, pode surgir a responsabilidade civil do médico.

A obrigação do médico não é necessariamente, curar o doente, mas utilizar todo seu zelo e conhecimento profissional em cada caso. Trata-se daquilo que no direito se denomina obrigação de meio.

Assim, a responsabilidade do médico, há de ser apurada através da conduta do médico no cumprimento de sua obrigação de meio mantida com o paciente. Deve o profissional da medicina empregar os meios conhecidos, necessários e disponíveis para o tratamento do paciente, mas não há como garantir o perfeito e matemático resultado.

Entretanto, cumpre lembrar, que, por particularidades específicas algumas áreas da medicina, enfrentam a responsabilidade civil, sobre outro aspecto, pois ao invés de ser obrigação de meio, laboram sobre a égide da obrigação de resultado. É o caso das cirurgias plásticas. O cirurgião plástico obriga-se a realizar um fato determinado, adstringe-se a alcançar certo objetivo, caso não seja alcançado o resultado pretendido, aflora a responsabilidade civil do profissional que deverá indenizar por dano causado.

O objetivo geral deste trabalho foi esclarecer a todos que a medicina é uma profissão à serviço da saúde do ser humano e da coletividade e, que deve ser exercida com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional, pois o profissional da medicina deve proporcionar o melhor de si e trabalhar em prol da saúde.

Já dentro dos objetivos específicos, foram abrangidos alguns pontos referentes a legislação em relação à responsabilidade civil de acordo com nosso atual Código Civil, foram também abrangidas questões relacionadas à indenização que as pessoas poderão vir a receber caso incorra em algum tipo de dano ou lesão decorrente de erro médico; a quem caberá pagar essa indenização, e a distinção das obrigações que são de meios e de resultado que tem esse profissional da medicina.

Para a elaboração da pesquisa adotou-se o método da pesquisa de compilação e dialética, buscando a idéia de vários autores para dar uma maior ênfase no assunto acima falado.

A escolha do tema foi motivada devido ao grande número de pessoas que se dizem profissionais e acabam prejudicando a vida de pessoas inocentes ou até mesmo dos próprios profissionais que não dão o melhor de si em prol dos seus pacientes. É bom que as pessoas fiquem mais esclarecidas, e que caso incorram em algum tipo de dano causado por erro médico, lutem por seus direitos para que esses profissionais não cometam futuramente novos erros e fiquem mais atentos ao fazerem seus atendimentos.

1. A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Este capítulo tem a intenção de nos mostrar como se deu a evolução da responsabilidade civil em geral, no Brasil, e como ela é tratada hoje em nossa atualidade.

A responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e a sua profundidade ou densidade.

Nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.

Posteriormente evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas “olho por olho, dente por dente”, quem com ferro fere, com ferro será ferido. Para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou.

Depois desse período há o da composição, ante a observância do fato de que seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa – para que ele reparasse o dano mediante a prestação da poena (pagamento de certa quantia em dinheiro), a critério da autoridade pública, se o delito fosse público (perpetrado contra direitos relativos à república), e do lesado, se tratasse de delito privado (efetivado contra interesses de algum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido).

Na Idade Média, com a estruturação da idéia de dolo e de culpa em sentido estrito, seguida de uma elaboração da dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da pena.

Mas a teoria da responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da doutrina, cuja figura dominante foi o jurista francês Domat (Lois civiles, Liv. VIII, Seção II, art. 1º, responsável pelo princípio geral da responsabilidade civil).

A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar as perquirição do elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à vida e à saúde humana, levaram uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização. Este apresenta uma objetivação da responsabilidade, sob a idéia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado.

É preciso deixar bem claro que a culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, que o risco não o anulou, constituindo-se, ao seu lado, também como fundamento da responsabilidade civil.

A esse respeito bem claro é o novo Código Civil, ao estatuir no art. 927 e parágrafo único, *in verbis*:

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

A expansão da responsabilidade civil operou-se também no que diz respeito à sua extensão ou área de incidência, aumentando-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam a responsabilidade civil.

Todo aquele que causar dano a outrem, seja pessoa física ou jurídica, fica obrigado a repará-lo, restabelecendo o equilíbrio rompido (Código Civil, art. 186 c/c art. 927), cabendo ao lesado a prova, no caso concreto, de dolo ou culpa do agente. Quando a responsabilidade advém de ato do próprio imputado, ela será direta. Na responsabilidade extracontratual por fato próprio (Código Civil, art. 942), será imprescindível a prática de ato lesivo pelo agente e, em sendo pessoa jurídica, por quem em seu nome atue (representante ou administrador). Todavia, houve uma evolução estendendo a responsabilidade de certa pessoa, por presunção de culpa, por fatos de terceiros pelos quais o imputado responde, no sentido de estabelecer uma solidariedade, p.ex., entre pais e filhos menores, com fundamento na falta de vigilância (RT, 244:256, 286:213, 492:117); entre tutores e tutelados; entre curadores e curatelados por culpa in vigilando; entre comitentes e prepostos de culpa in eligendo (Súmula 341 do STF), abrangendo dentre os responsáveis as pessoas jurídicas que exerçam exploração industrial etc.; entre transportadores e causadores do dano, segurados e terceiros culpados. Hoje, pelos arts. 932, I a III, 933, 734 e 750, tais pessoas, mesmo que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados por terceiros, consagrando-se a responsabilidade civil objetiva.

Na responsabilidade contratual, por haver um vínculo entre as partes que estão ligadas por uma relação obrigacional, o seu fato gerador é a inexecução da obrigação. Haverá responsabilidade contratual tanto no caso de inadimplemento total ou parcial como no de retardamento (Código Civil arts. 394 a 401) da obrigação, exigindo-se sempre a culpa na sua caracterização (Código Civil, art. 392).

Em regra, apenas o lesado ou seus herdeiros teriam legitimação para exigir a indenização do prejuízo, porém, atualmente se tem admitido que a indenização possa ser reclamada pelos que viviam sob dependência econômica da vítima, ainda que não sejam seus sucessores, pois, por sofrerem as conseqüências do dano, foram indiretamente prejudicados. Conseqüentemente os beneficiários da indenização também passaram a ser em maior número, substituindo-se ao parente o dependente econômico, cuja situação emana de circunstâncias fáticas apreciáveis em cada caso concreto.

Quanto à densidade ou profundidade da indenização, o princípio é o da responsabilidade patrimonial, segundo o qual a pessoa deverá responder com o seu patrimônio pelos prejuízos causados a terceiros, exceto nos casos em que se disponha a

proceder, ou seja, possível, a execução pessoal e nos de intervenção de terceiro para a realização devida, especialmente no campo contratual. Essa responsabilidade deverá ser total, cobrindo o dano em todos os seus aspectos, de tal sorte que todos os bens do devedor respondem pelo ressarcimento com exceção dos inalienáveis e dos gravados. Se houver mais de um autor ter-se-á solidariedade (Código Civil, art. 942), mas o solvens, terá ação regressiva, exceto se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz (Código Civil, art. 934, 186, 389, 946 e 947).

Pessoa incapaz que lesar outrem, deverá tendo recursos econômicos, indenizar, eqüitativamente, os prejuízos que causou, se seu responsável não tiver obrigação de arcar com tal ressarcimento ou não tiver meios suficientes para tanto. Se o lesado não conseguir obter do representante do incapaz o que lhe é devido, por falta de meios financeiros, o magistrado poderá condenar o lesante incapaz ao pagamento de uma indenização eqüitativa. Primeiro responderá perante terceiro (lesado) o representante do incapaz com seus bens, por ser seu responsável, e o lesante, em regra, apenas subsidiariamente. O representante goza de “benefício legal” na sua relação de tutelado e curatelado, para fins de exercer seu direito de regresso (Código Civil, art. 934).

Na relação com terceiro, que foi lesado por ato do incapaz, o seu representante, juntamente com ele, terá responsabilidade solidária (Código Civil, art. 942, parágrafo único) e objetiva (Código Civil, arts. 932 e 933), podendo ser acionado. Poderá haver, ainda, mitigação da indenização (Código Civil, art. 928 e parágrafo único), e, até mesmo, sua exclusão, se ela vier a privar o incapaz (lesante) e os que dele dependerem dos meios necessários á sua subsistência. O representante legal arcará sozinho, se puder, com a indenização devida ao lesado, não exercendo seu direito de regresso (Código Civil, art. 934) se o tutelado ou curatelado não tiver recursos financeiros ou puder ficar privado do necessário para sua subsistência. Se o incapaz não tiver condições para tanto, o incapaz deverá arcar com uma indenização eqüitativa, que poderá também não se dar e vier a deixá-lo em estado de penúria. Deverá haver uma plena e integral reparação dos direitos do lesado, até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor, apresentando-se para o credor como uma compensação pelo prejuízo sofrido.

1.1 Evolução da responsabilidade civil no Brasil

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

A seguir, houve com o Código Criminal de 1830, o início da segunda fase, começando a se delinear, com o instituto da “satisfação”, uma concepção do que seja ressarcimento.

Uma próxima fase, a terceira, tem início pela genialidade de Teixeira de Freitas, o qual não concordava que a responsabilidade civil estivesse ligada à responsabilidade criminal. Ele observava, em seus escritos, que o ressarcimento do prejuízo ocasionado pelo delito passava a ser abordado como competência da legislação civil. Isso ocorria, segundo ele, em consequência da Lei de 3 de dezembro de 1841 ter derogado o Código Criminal, tendo revogado-lhe o art. 31 e o § 5º do art. 269 do Código de Processo.

Nessa época, portanto, o instituto da responsabilidade civil se consolida como independente da responsabilidade criminal, passando, também, a se fundamentar no conceito de culpa, desenvolvendo-se a teoria da responsabilidade indireta, sendo admitida a presunção de culpa no dano causado por coisas inanimadas. Desenvolveu-se, na mesma época, o princípio da responsabilidade dos funcionários públicos.

Dessas idéias e do Código Civil da França o Código Civil Brasileiro de 1916 não deixou de sofrer influência em sua elaboração. Nele, a teoria da culpa ficou consagrada no art. 159, mesmo que tenha estabelecido casos específicos de responsabilidade sem culpa.

1.2 As funções da responsabilidade civil na atualidade

Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir a restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e a redistribuição de riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado, pois, o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito, visto que “todo o direito assenta na idéia de ação, seguida de reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada”. O interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. Na responsabilidade civil são a perda ou a diminuição verificadas no patrimônio do lesado ou o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco. Isto é assim porque a idéia de reparação é mais ampla do que a de ato ilícito, pois, se este cria o dever de indenizar, há casos de ressarcimento de prejuízo em que não cogita da ilicitude da ação do agente. Além do ato ilícito há outros fatos geradores de responsabilidade.

Deveras, hipóteses há, como mais adiante veremos que o dano é reparável sem fundamento da culpa, baseando-se no risco objetivamente considerado. Contudo, não se poderia, ainda, olvidar a existência de casos de responsabilidade por ato lícito, em que o dano nasce de um fato, permitido legalmente, praticado pelo responsável, obrigando-o a ressarcir o lesado do prejuízo que lhe causou. Deveras, “haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (Código Civil, art 927, parágrafo único). Pelo Enunciado n.38 do Supremo Tribunal de Justiça (aprovado nas jornadas de Direito Civil de 2002), *in verbis*:

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

A responsabilidade civil cinge-se, portanto, a reparação do dano causado a outrem, desfazendo tanto quanto possível seus efeitos, restituindo o prejudicado ao estado que era antes. A responsabilidade civil constitui uma relação obrigacional que tem por objeto a prestação de ressarcimento. Tal obrigação de ressarcir o prejuízo causado pode originar-se: a) da inexecução do contrato; e b) da lesão a direito subjetivo, sem que preexista entre lesado e lesante qualquer relação jurídica que a possibilite.

A responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que, por lei, deverá suportá-lo, atendendo assim à necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima violada pelo autor do prejuízo. visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o estado que era antes.

O princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da reintegração total, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente de modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento.

Infere-se daí que a responsabilidade aparece como uma sanção. A sanção é, nas palavras de Telles Jr (1980), uma medida legal que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação da norma jurídica, a fim de fazer cumprir a norma violada, de fazer reparar o dano causado ou de infundir respeito à ordem jurídica. A sanção é a consequência jurídica que o não-cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado. A responsabilidade civil constitui uma sanção civil, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, e, em sua natureza, é compensatória, por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato lícito.

Dupla é a função da responsabilidade:

- a) garantir o direito do lesado à segurança;
- b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos.

No próximo capítulo falaremos sobre quem deve indenizar no caso de um possível dano.

2. NOVO CÓDIGO CIVIL

Este capítulo trabalhará noções gerais em relação a quem deve indenizar, a legislação pertinente a esse assunto e a distinção entre dano e culpa.

A entrada em vigor no dia 11/01/2003 do Novo Código Civil não representou mudança substancial na averiguação da responsabilidade civil.

O Código Civil apresentou as questões relacionadas a esse assunto, principalmente nos seguintes artigos 186 que diz que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Já o art. 187 diz que, também comete ato ilícito o titular de um direito que, se exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

2.1 Da obrigação de indenizar

De acordo com nosso atual código civil, as obrigações de indenizar encontram-se embasadas nos arts 927 ao 942 , *in verbis*:

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.

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único: A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito á indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido o lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos á reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

2.2 Da indenização

No art. 944 ao 954 cuida o Código do valor da indenização, a fim de fixar parâmetros legais para o ressarcimento a ser efetivado pelo lesionador, *in verbis*:

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, eqüitativamente, a indenização

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplemento, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar:

Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

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.

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

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

Art. 952. Havendo usucapião ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

Parágrafo único: Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único: Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Art. 954. A indenização por ofensa á liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único: Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I – o cárcere privado;

II – a prisão por queixa ou denuncia falsa e de má-fé;

III – a prisão ilegal.

2.3 Dano

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito vier a ocasionar dano. O dano deve ser atual e certo; não são passíveis de indenização danos hipotéticos. Sem dano, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo causado a vítima. Temos sempre que examinar a certeza do dano.

Na ação de reparação de indenização que decorreu de ato ilícito, o autor busca a reparação do prejuízo e não a obtenção de uma vantagem. A quantificação do dano é dificuldade à parte no campo da responsabilidade civil, tanto no campo contratual, como no extracontratual. Quando o dano decorre de um inadimplemento contratual, o próprio contrato se encarrega pelo ressarcimento. Os contratantes poderão ter prefixado os danos em uma cláusula penal. Em sede de responsabilidade aquiliana, porém, a perda ou o prejuízo deverá ser avaliado no caso concreto.

O dano patrimonial, é aquele passível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por uma reposição em dinheiro..

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

O lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada.

2.4 Nexo causal

É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal iremos concluir quem foi o causador do dano. É um elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não haverá possibilidade de ressarcimento.

O caso fortuito ou força maior são excludentes do nexo causal, porque o cerceiam, ou o interrompem. Pois, no caso fortuito e na força maior inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Se o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima, também se rompe o nexo causal.

Há duas questões a serem analisadas na identificação do nexo causal. Primeiro, existe a dificuldade em sua prova; a seguir, apresenta-se a problemática da identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, principalmente quando este decorrer de causas múltiplas. Nem sempre há condições de estabelecer a causa direta do fato, sua causa eficiente. Normalmente, aponta-se a teoria da causalidade adequada, ou seja, a causa predominante que deflagrou o dano, o que nem sempre satisfaz no caso concreto.

2.5 Culpa

A doutrina concorda que não é fácil estabelecer o conceito de culpa, embora não haja dificuldade de compreendê-la nas relações sociais e no caso concreto. Em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e observar. Não podemos afastar a noção de culpa do conceito de dever. O mestre da responsabilidade civil entre nós, Dias, após comentar a dificuldade de conceituá-la, não consegue fugir da definição prolixa:

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.

A culpa civil abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (delito, na origem romana), mas também os atos ou condutas oriundos de negligência, imprudência ou imperícia, a culpa em sentido estrito (quase delito).

Há uma nova perspectiva, porém, a respeito da fixação da indenização, no Projeto de 1975, que inova nessa matéria. Estabelece que, como regra geral, a indenização mede-se pela extensão do dano. No entanto, acrescenta no parágrafo único desse art. 946, *in verbis*: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Portanto, nesse aspecto, à medida do prejuízo pode deixar de ser o valor da indenização.

A doutrina tradicional triparte a culpa em três graus: grave, leve e levíssima. A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo. Nesta se inclui também a chamada culpa consciente, quando o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter. Mesmo sendo levíssima, a culpa obriga a indenizar. Em regra, não é a intensidade da culpa que forma o dano, mas o efetivo valor do prejuízo. Em determinadas situações o ordenamento exige a culpa grave, equiparando-a ao dolo, para possibilitar a reparação.

A culpa, sob os princípios da negligência, imprudência e imperícia contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção.

Quando as conseqüências da conduta são imprevistas ou imprevisíveis, não há a configuração da culpa. Nesse caso situa-se como caso fortuito ou força maior. A falta de cautela, cuidado e atenção caracteriza-se de forma geral, pela imprudência, negligencia ou imperícia. Esses três aspectos da culpa são formas de exteriorização da conduta culposa.

Quando se fala em culpa, não devemos esquecer que o ato ilícito, na maioria das vezes, corporifica-se por uma conduta culposa e não unicamente por um ato isolado.

Este capítulo pôde nos mostrar um pouco sobre a obrigação de indenizar que o causador do dano fica obrigado a reparar, sobre o valor da indenização a ser pago que será medido de acordo com a extensão do dano e nos mostrou também o conceito de culpa e dano.

No próximo capítulo falaremos sobre a atividade médica, o que é, e os riscos que essa atividade pode nos trazer.

3. ATIVIDADE MÉDICA

Neste capítulo abordaremos sobre a atividade médica, conceito, os erros que essa atividade pode causar e fazer a distinção entre a obrigação de meio e de resultado que tem o profissional da medicina.

3.1. Conceito

O nosso Direito Brasileiro considera o contrato entre um médico e um paciente como sendo um acordo bilateral de meios e não de fins, ou seja, o profissional se compromete a tratar o paciente sem a obrigação de curá-lo, usando todo o seu conhecimento técnico-científico e oferecendo o melhor de si para alcançar os melhores resultados possíveis. Assim, não tem o médico a obrigação de curar, mas sim de fazer o possível para melhorar a saúde do paciente.

Reza nosso Direito Brasileiro que para se configurar a responsabilidade civil do médico por erro ocorre a necessidade de que se prove a conduta delituosa no exercício da atividade médica. Cabe ao paciente provar que o profissional médico incorreu em culpa.

Além disso, erro médico também pode ser entendido como o mau resultado ou resultado adverso decorrente de ação ou omissão do médico.

Podem ter origem em ato culposo ou doloso do médico, acarretando uma obrigação de compensação.

3.2 Responsabilidade dos médicos

Embora nosso Código Civil tenha regulado a responsabilidade médica no capítulo atinente aos atos ilícitos, essa responsabilidade é contratual. É nítido o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentadas da profissão. Assim, se o médico for experiente e tiver usado os meios técnicos indicados, não se explicando a origem da eventual seqüela, não haverá obrigação por risco profissional, pois os serviços médicos são, em regra, de meio e não de resultado. Se nenhuma modalidade de culpa – negligência, imprudência ou imperícia – ficar demonstrada, como não há risco profissional, independente de culpa, deixará de haver base para fixação de responsabilidade civil, pois as correlações orgânicas ainda são pouco conhecidas de surgem às vezes resultados inesperados, desconhecidos.

O médico, por exemplo., responderá extracontratualmente quando: a) fornecer atestado falso; b) consentir, podendo impedir, que pessoa não habilitada exerça a medicina; c) permitir a circulação de obra por ele escrita com erros de revisão relativos à dosagem de medicamentos, o que vem a ocasionar acidentes ou mortes; d) não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhora nas condições em que o cliente está sendo tratado; e) operar sem estar habilitado para tal; f) lançar mão de tratamento cientificamente condenado, causando deformação no paciente (Revista dos Tribunais, p.178).

O médico que atende a um chamado determina, desde logo, o nascimento de um contrato com o doente ou com a pessoa que o chamou em benefício do enfermo. Nasce a partir daí um contrato entre o médico e seu cliente, que se apresenta como uma obrigação de meio (Ciência Jurídica, p.173) e não de resultado, pelo fato de que o médico não tem o dever de curar o paciente, mas sim o de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina (Código de Defesa do Consumidor, art.14, § 4º; Código Civil, art. 951), procurando sempre obter seu consentimento prévio e esclarecido. Há casos em que se supõe a obrigação de resultado, como ocorre na cirurgia plástica estética ou no contrato de

hospitalização, em que o médico assume o dever de preservar o enfermo de acidentes, hipóteses em que sua responsabilidade civil será objetiva e não subjetiva.

Sendo assim, se o paciente vier a falecer, sem que tenha havido negligência, imprudência ou imperícia na atividade do profissional da saúde, não haverá inadimplemento contratual, pois o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo adequadamente. É preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico; ele (Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VIII) é que deverá provar que não houve inexecução culposa da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imperícia, negligência ou imprudência sua.

A responsabilidade civil dos médicos somente decorre se a culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência ou imperícia ou negligência, nem erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade civil dos doutores em medicina, em virtude mesmo da presunção da capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares.

O médico tem o dever de vigilância não só em relação aos doentes alienados, mas também relativamente aos que, pelo seu estado mórbido, não estejam em condições de se conduzir livremente, podendo até causar dano a si mesmo ou, ainda em relação aos que se tornaram inconscientes pelo efeito da anestesia.

O médico não poderá forçar o cliente ao tratamento, devendo obter prévio e esclarecido consentimento dele para aplicá-lo, e, em se tratando de operação, tal necessidade será ainda mais rigorosa, salvo premência do caso, quando não houver tempo para obtê-la. O médico deverá, portanto, pedir a autorização do cliente para proceder a uma operação ou a um tratamento arriscado, após explicar-lhe os riscos ou os perigos. A anuência prévia do paciente será imprescindível nas operações cirúrgicas, na anestesia, na inoculação de vírus, no tratamento por meio de eletricidade ou radiologia ou que possa ser perigoso (RT, 231:285). Proibidos estão os ataques, sem consentimento, á integridade física ou moral do paciente. O enfermo, em certas hipóteses, não poderá dar tal anuência. É o que ocorrerá quando: a) for menor ou doente mental - assim o consentimento será dado pelas pessoas sob cuja guarda estiver; b) a operação ou tratamento se imponha como decisão de emergência, ante o perigo

de vida que corre o doente - claro é que, se for possível a obtenção de consentimento dos parentes do enfermo, o médico procurará consegui-lo (Ciência Jurídica, 55:154).

O consenso do doente ou de seus parentes libera o médico da responsabilidade.

3.3 Fatores de Risco

Não há como se falar em erro médico sem mencionar antes alguns fatores que podem levar à configuração do ato lesivo. Inúmeras podem ser as circunstâncias que acarretam o erro, mas convêm destacar algumas:

1. Péssimas condições para o pleno e bom exercício da medicina, variando desde a falta de recursos materiais até o excesso de pacientes diante de um número pequeno de profissionais disponíveis para o atendimento de toda a massa que busca orientação e aconselhamento.
2. Formação médico-universitário inapropriada ou deficiente diante do péssimo sistema de ensino vigente em algumas instituições do país, bem como a acomodação do profissional que não procura especializar-se e atualizar-se cada vez mais em sua área profissional.
3. Interesses meramente comerciais, onde o paciente é visto como um polpudo cheque ou notas de dinheiro seja por iniciativa isolada do médico em especialidades rendosas ou em conjunto por meio de cooperativas ou empresas médicas comprometidas com o lucro.
4. O baixo nível dos profissionais empregados de empresas públicas.
5. O alto nível de stress diante da realidade sócio-econômica do país e das péssimas condições de trabalho e emprego.
6. Distorções e desorganização do sistema de saúde pública, que acarretam complexas implicações de ordem ética e legal.
7. A falta de compromisso do médico.
8. Precária fiscalização do exercício profissional por parte das entidades de classe, que nem sempre procuram ajustar o profissional às normas éticas que regem seu ofício.

Existem outros fatores, foram destacados os mais preocupantes e vistos como diretamente ligados à maioria dos casos de erro médico.

3.4 Obrigação de resultado e obrigação de meios

A obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de certo resultado. O médico, normalmente, assume uma obrigação de meios.

A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar a outro, ou consertar e pôr em funcionamento uma certa máquina (será de garantia se, além disso, ainda afirmar que o maquinário atingirá uma determinada produtividade). O médico a assume, por exemplo, quando se compromete a efetuar uma transfusão de sangue ou a realizar a certa visita.

Sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não-obtenção do resultado prometido, pois isso basta para caracterizar o descumprimento do contrato, independentemente das suas razões, cabendo ao devedor provar o caso fortuito ou a força maior, quando se exonerará da responsabilidade. Na obrigação de meios, o credor (lesado, paciente) deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor (agente, médico) não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato.

Logo, tanto na responsabilidade delitual como na responsabilidade contratual derivada de uma obrigação de meios, o paciente deve provar a culpa do médico, seja porque agiu com imprudência, negligência ou imperícia e causou um ilícito absoluto, seja porque descumpriu sua obrigação de atenção e diligência, contratualmente estabelecida.

A responsabilidade civil, como vista, incidirá na atuação do profissional médico, em decorrência de ato seu, na relação mantida com seu paciente.

Quando o médico é procurado por um cliente, forma-se entre ambos um vínculo contratual, muitas vezes tácito. Assim, pode surgir a responsabilidade civil do médico.

Interessante anotar que não há um conceito de erro médico, pois as particularidades da atuação do profissional devem ser avaliadas em cada caso, ainda mais diante do constante avanço da medicina no aprimoramento e criação de técnicas e tratamento.

Não se discute, diante da avassaladora posição legislativa, doutrinária e jurisprudencial ser a responsabilidade do médico de ordem subjetiva. Não se pode admitir diante da ausência de conceitos técnicos pelo Direito de apurar a culpa do médico e exponha a análise da conduta do profissional a ótica da responsabilidade objetiva, pois a legislação, doutrina e jurisprudência são acordes ao repetir tal aplicação. Para fins de responsabilidade civil do médico tem que ser provado o dano, a culpa e o nexo, como acima dito.

Contudo, a obrigação do médico não é, necessariamente, curar o doente, mas utilizar todo seu zelo e conhecimentos profissionais em cada caso.

Nos contratos de meio, o devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir com prudência para atingir a meta colimada pelo ato.

Assim, a responsabilidade do médico, há de ser apurada através da verificação da conduta do médico no cumprimento de sua obrigação de meio, mantida com o paciente. Deve o profissional da medicina empregar os meios conhecidos, necessários e disponíveis para o tratamento do paciente, mas não há como garantir o perfeito e matemático resultado do labor.

Na obrigação de resultado, o profissional obriga-se a realizar um fato determinado, mas não consegue alcançar certo objetivo.

É o caso típico da obrigação assumida pelo cirurgião plástico. Este não alcançado o resultado estético pretendido, incorrerá na responsabilidade civil do profissional, que deverá indenizar pelo dano causado.

Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético.

Interessando-lhes apenas o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito a pretensão indenizatória. Da cirurgia mal-sucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. A indenização abrange, geralmente, todas as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético, bem como verba para tratamento e novas cirurgias.

É sob análise das duas formas de obrigação, em cada caso, que deverá ser observada a responsabilidade civil do médico, a fim de constatar ou não, ter o profissional causado uma lesão.

3.5 Responsabilidade contratual e extracontratual

É comum fazer-se, na doutrina a distinção entre responsabilidade por violação de obrigação derivada de um negócio jurídico, cujo descumprimento caracterizaria o fato ilícito civil gerador do dano, e a responsabilidade delitual ou extracontratual, que abstrai a existência de um contrato previamente celebrado e decorre de um ato ilícito absoluto, violador das regras de convivência social e causador de um dano injusto.

A primeira encontra seu fundamento no artigo 1056 do Código Civil: Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devido, responde o devedor por perdas e danos; a segunda, no artigo 159 do mesmo Código Civil, *in verbis*: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano

A responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário. Ela pode ser contratual, derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, a maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da Medicina privada, isto é, ao profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente: será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo aquele o devedor de prestar assistência

Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados. Nesses últimos casos o atendimento é obrigatório, pressupondo uma relação primária de Direito Administrativo ou de Direito Civil entre o médico e a empresa ou o hospital público, e uma outra entre o empregado e a empresa, ou entre o segurado e a instituição de seguridade, mas não há contrato entre o médico e o paciente.

A diferença fundamental entre essas duas modalidades de responsabilidade está na carga da prova atribuída às partes; na responsabilidade contratual, ao autor da ação, lesado pelo descumprimento, basta provar a existência do contrato, o fato do inadimplemento e o dano, com o nexó de causalidade, incumbindo ao réu demonstrar que o dano decorreu de uma causa estranha a ele; na responsabilidade extracontratual ou delitual, o autor da ação deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização se o autor não se desincumbir desse ônus. Na prática, isso só tem significado com a outra distinção que se faz entre obrigação de resultado e obrigação de meio.

Esse capítulo nos mostrou sobre a atividade médica, que para o direito essa relação médico e paciente é considerada como um contrato, e desse contrato poderá advir erros cujo profissional da medicina se for o causador, responderá por eles.

No próximo capítulo falaremos sobre o dano material, dano moral e o dano estético.

4 TIPOS DE DANOS

Neste capítulo, trabalharemos sobre os tipos de danos oriundos de erro médico, as formas de caracterização de cada um e o que será observado em relação ao valor a ser fixado para o pagamento da indenização

4.1 Dano moral

Em relação ao dano moral entende-se as conseqüências negativas ao psíquico de uma pessoa, oriundas de um ato ilícito, lesivo ou ainda do inadimplemento contratual, causando-lhe assim dor, angústia, humilhação, tristeza dentre outros. São aqueles que acabam por abalar a honra, a boa-fé subjetiva ou a dignidade das pessoas físicas ou jurídicas.

A caracterização da ocorrência dos danos morais depende da prova do nexo de causalidade entre o fato gerador do dano e suas conseqüências nocivas à moral do ofendido. É importante, para a comprovação do dano provar detalhadamente as condições nas quais ocorreram às ofensas à moral, boa-fé ou dignidade da vítima, as conseqüências do fato para sua vida pessoal, incluindo a repercussão do dano e todos os demais problemas gerados devido aos reflexos gerados por este dano.

A fixação de indenização por danos morais tem a intenção de reparar a dor, o sofrimento ou exposição indevida sofrida pela vítima em razão da situação constrangedora, além de servir para desestimular o ofensor a praticar novamente a conduta que deu origem ao dano.

Assim, cada ofensor deve ser condenado a pagar indenização que represente medida eficaz para que não volte a praticar o ato ilícito, observando-se, para tanto, sua capacidade econômica e a conseqüente razoabilidade do valor que deve ser arbitrado sem que lhe abale demasiadamente, mas que torne necessária a imediata correção da prática de posturas reprováveis como a que ensejou a conde

Quando se fala em caracterização do dano moral discute-se os pressupostos necessários para sua ressarcibilidade.

Nessa discussão, duas correntes encontram-se presentes; a dos que defendem a necessidade de se comprovar a dor; e a dos que entendem a necessidade de se comprovar o nexos causal entre o ato praticado pelo agente e o dano que por sua vez se presume.

A primeira corrente defende que não se pode restringir apenas à narrativa dos fatos, deve o autor demonstrar a extensão da lesão sofrida, até porque, será o parâmetro para fixação da indenização na hipótese de condenação. Alguns mais extremistas chegam inclusive, a suscitar na possibilidade de se realizar uma prova pericial psicológica.

A segunda corrente defende que não se está em questão a prova do prejuízo, e sim a violação de um direito constitucionalmente previsto.

É natural que antes de aderir por uma ou por outra corrente, deve se levar em consideração que o instituto requer uma análise minuciosa a cada caso concreto, pois à justiça, através do devido processo legal, cabe a aplicação do direito ao caso concreto.

Nesse critério, cabe ao julgador analisar os fatos narrados pelo autor em sua peça, bem como contrapô-los a contestação apresentada pelo réu.

Nessa contraposição se verificará os fatos controvertidos que serão matéria de prova. Agora, inexistindo fatos controversos, têm-se que resta apenas ao julgador verificar se, se trata de dano garantido pelo sistema normativo pátrio.

Dessa forma, a única prova que se concebe nas ações indenizatórias, é a da existência dos fatos narrados na peça. Incontrovertidos os fatos, ou devidamente provados na fase instrutória do processo, resta para se caracterizar a existência de dano moral, apenas o estabelecimento do nexos causal entre o ato ilícito praticado pelo agente e os fatos narrados pelo autor

4.2 Dano material

Os danos materiais são aqueles que atingem diretamente o patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas.

Os danos materiais podem ser configurados por uma despesa que foi gerada por uma ação ou omissão indevida de terceiros, ou ainda, pelo que se deixou de auferir em razão de tal conduta, caracterizando a necessidade de reparação material dos chamados lucros cessantes.

O direito à reparação destes danos está expressamente previsto na Constituição Federal e em outros dispositivos legais, como o Código Civil em vigor, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Comercial, entre outros.

Para a reparação do dano material é indispensável demonstrar-se o nexo de causalidade entre a conduta indevida do terceiro e o efetivo prejuízo patrimonial que foi efetivamente suportado.

Assim, será apurado se a conduta reprovável e indevida foi ou não culposa, excetuando-se os casos das relações de consumo, onde a responsabilidade é objetiva, ou seja, não se discute culpa, mas somente a ocorrência ou não do fato gerador do dano.

Por sua natureza, evidentemente, a demonstração da extensão do dano material deve ser precisa também quanto ao valor da indenização pretendida, pois o que se visa através da ação judicial é a recomposição da efetiva situação patrimonial que se tinha antes da ocorrência do dano.

4.3 Dano estético

Quando falamos em dano estético nos referimos a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas físicas de alguém. Contudo, em virtude da relatividade existente em torno do termo belo, ao examinar-se o dano estético deve-se direcionar para a modificação física sofrida pela pessoa em relação ao seu estado anterior.

Existe uma divergência entre a definição do dano estético no âmbito civil e no âmbito penal. No âmbito civil o dano estético consiste em qualquer transformação, ofensa à harmonia física da pessoa. No aspecto penal, o dano estético é configurado a partir de deformações graves, deixando a pessoa com aparência desfigurada. Não é qualquer ematoma que configura o tipo penal.

Além da lesão à integridade física, o dano estético, para ser indenizável, deve ser permanente ou de efeito prolongado. Ou seja, o incômodo deve ser permanente, um vexame constante.

Pode-se dizer, ainda, que o dano estético é uma espécie de dano moral vez que representa uma ofensa a um direito da personalidade.

CONCLUSÃO

Podemos concluir que a responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que por lei deverá suportá-lo, atendendo assim a necessidade moral, social e jurídica de garantia a segurança da vítima violada pelo autor do prejuízo.

Para que se configure a responsabilidade civil do médico decorrente de erro, é necessário que se prove a conduta delituosa no exercício de sua atividade. Cabe ao paciente provar que o profissional médico incorreu em culpa.

A medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza, e o médico deve agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

O vínculo entre o médico e o paciente se configura com a consulta. No hospital, o médico ao entrar em contato com o paciente deverá proporcionar o melhor de si, respeitando a dignidade de seu paciente. Deve existir um relacionamento onde haja a cordialidade e a competência profissional. Os médicos têm a obrigação de dar o melhor de sua atenção técnica e ética a todos os pacientes que venham em busca de seu auxílio.

Não se pode exigir de nenhum profissional a garantia de êxito de qualquer tratamento, pelo simples fato de que a ciência médica não é um conhecimento matemático absoluto, infalível, pois lida com elementos complexos e com fatores variáveis de paciente a paciente. Sendo assim o médico terá a chamada obrigação de meios, onde o profissional dedicará total atenção na prestação de seu serviço, mas sem se comprometer com a obtenção de certo resultado. Já nos casos de cirurgia plástica por exemplo, quando o profissional se compromete a realizar um certo fim, terá a obrigação de resultado.

Sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido, pois isto basta para caracterizar o descumprimento do contrato.

Em síntese deve o médico trabalhar em prol da saúde, da ética e do profissionalismo, respeitando seus deveres.

O médico comete erro quando incorre em casos de negligencia, imprudência ou imperícia, devidamente analisados por perícia médica, onde se verificará que o profissional é responsável pelo dano por não ter cumprido com suas obrigações básicas no exercício da profissão.

Na averiguação da culpa do médico diante do ato lesivo, a lei determina que seja cumprida uma indenização á vitima lesada ou aos familiares do falecido.

Diante da prova de erro, cabe ao médico indenizar a vitima ou seus familiares no caso de falecimento da mesma, e o valor da indenização poderá englobar tanto ressarcimento material quanto moral em seus variados graus de configuração e valores, conforme disposto em legislação específica. As indenizações por dano moral serão sempre fixadas a critério do juiz.

A indenização material compreende a reposição de tudo quanto a vitima perdeu, como também tudo quanto ficou impedida de receber.

Quanto aos danos morais, estes se classificam em danos estéticos, ou seja, aqueles relacionados com lesões permanentes á beleza física do paciente e danos morais propriamente ditos, fica a critério do magistrado atribuir valor pecuniário diante de ofensa moral provocado pelo erro médico,

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. – 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2001.

ISKANDAR, Jamil Ibrahim, **Normas da ABNT**. – 2ª ed. – Revista e ampliada 6ª tiragem, Curitiba: ano 2003

BRASIL, Código Civil (2002). art.186. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil (2002). art.187. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil (2002). art.927. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 928. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 929. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 930. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 931. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 932. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 933. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 934. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 935. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 936. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 937. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 938. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 939. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 940. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 941. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 942. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 944. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 945. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 946. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 947. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 948. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 949. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 950. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 951. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 952. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 953. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

BRASIL, Código Civil, 2002, art. 954. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Demóstenes Torres

Endereços Eletrônicos:

Disponível em www.portalmedico.org.br Antônio Carlos Mendes. Acesso em 20/05/08.

Disponível em www.boletimjuridico.com.br Nehemias Domingos de Melo. Acesso em 20/05/2008.

Disponível em www.saude.sc.gov.br. Neri Tadeu Câmara Souza. Acesso em 10/08/2008.

Disponível em direitonet.com.br Rafael Mattos. Acesso em 12/08/2008

Disponível em www.consultaja.com.br. Acesso em 12/08/2008.

Disponível em www.imesc.sp.gov.br. Acesso em 25/08/2008.

Disponível em www.dropius.sites.uol.com.br/erromedico.htm Acesso em 02/09/08

Disponível em www.revistajuridica.com.br Acesso em 16/09/08.

Disponível em www.danos.com.br Acesso em 20/09/2008.

Disponível em www.jusnavigandi.com.br Acesso em 29/09/2008.

Disponível em www.jus2.uol.com.br. Neri Tadeu Câmara Souza Acesso em 12/10/2008.

Disponível em www.jusvi.com Acesso em 12/10/2008.