

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

GABRIELLE GOMES DE OLIVEIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL E O DEVER DE INFORMAÇÃO ENTRE
MÉDICO, PACIENTE E INSTITUIÇÃO HOSPITALAR**

VOLTA REDONDA

2018

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**RESPONSABILIDADE CIVIL E O DEVER DE INFORMAÇÃO ENTRE
MÉDICO, PACIENTE E INSTITUIÇÃO HOSPITALAR**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
UniFOA como requisito à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Aluna:
Gabrielle Gomes de Oliveira.

Professora Orientadora:
Ma. Marise Baptista Fiorenzano
Henrichs.

VOLTA REDONDA

2018



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Responsabilidade civil e o dever de informação
entre médicos e paciente

Elaborado por Gabrielle Gomes de Oliveira apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 24 de maio de 2018

Banca Avaliadora:

Luiz Baptista de Figueiredo
Professor Orientador - Unifoa

Anderson P. Bobb J. Jr.
Professor Avaliador - Unifoa

Luiz P. Macedo Junior
Professor Avaliador - Unifoa

A Deus, aos meus pais, irmã e namorado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me dar forças para seguir em frente. A Nossa Senhora Aparecida por passar à frente carregando todas as minhas angústias, ansiedades e aflições. A minha orientadora Marise Baptista Fiorenzano Henrichs, pela dedicação e paciência no decorrer de toda monografia. A minha co-orientadora Cora Hisae Monteiro da Silva Hagino, pela disponibilidade em me ajudar nas sessões de formatação. Aos meus pais pelas palavras de ânimo e orações. Ao meu namorado por todo carinho. A minha irmã pela companhia durante toda a faculdade.

RESUMO

O referido trabalho de conclusão do curso de Direito demonstra os principais fatores sobre a responsabilidade civil do médico e da instituição hospitalar, no que tange ao dever de informação. Apresenta a evolução histórica sobre a responsabilidade médica, como também a mudança de ótica da sociedade, em relação à pessoa do médico, que já foi visto como um ser sagrado, que tinha o poder divino de curar os enfermos, sem sequer ter formação no curso de medicina. Sobretudo, tinha responsabilidade sobre os atos praticados e poderiam, em caso de alguma atrocidade, responder com a sua própria vida. Além de relatar sobre as excludentes de responsabilidade civil médica e o Termo de Consentimento Livre ou Informado, que tem o objetivo importante na defesa das ações judiciais contra médicos ou hospitais, para demonstrar a importância do dever de informação antes de um procedimento terapêutico, cirurgia ou tratamento médico. E, por fim, expor algumas decisões dos tribunais sobre erro médico comprovado ou não, o Termo de Consentimento Livre ou Informado, o dever de informar e sobre a responsabilidade civil do hospital.

Palavras-chave: Dever de informar, erro médico, responsabilidade civil, Termo de Consentimento Livre ou Informado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 EVOLUÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE MÉDICA	10
3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO	18
3.1 Das Excludentes de Responsabilidade.....	25
3.2 Por dano	28
4 O DEVER DE INFORMAR E O TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE OU INFORMADO.....	32
5 DECISÕES DOS TRIBUNAIS.....	43
5.1 Erro Médico Comprovado ou Não Comprovado.....	43
5.2 Responsabilidade Civil do Hospital	45
5.3 Dever de Informar e o Termo de Consentimento Livre ou Informado.....	46
6 CONCLUSÃO	49
7 REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil, aplicada ao médico, decorre não só do defeito na prestação de serviço médico, que acarreta dano ao paciente, mas quando o médico agrava o seu estado, cause a sua morte, inabilita-o para o trabalho ou quando não lhe dê assistência, nos moldes do artigo 951, do Código Civil.

O presente trabalho tem por escopo buscar resposta para a seguinte indagação: É faculdade ou dever do médico a informação prestada ao paciente?

No que tange ao dever de informação existe o Termo de Consentimento Livre Informado que é um documento que deve ser apresentado ao paciente esclarecendo todos os objetivos, riscos e consequências de um tratamento ou procedimento médico/hospitalar, de forma clara e precisa. O referido documento pode ser usado, inclusive, como defesa judicial quando o médico sofre acusação de defeito na prestação do serviço por falta de informação devida ao paciente.

No primeiro capítulo foi abordada a evolução histórica do médico. Antes do “médico”- não formado no curso de medicina- surgir como um ser essencial que praticava o poder da cura, por anos prevaleceu a experiência como tratamento. Com o passar do tempo e o aumento da quantidade de doenças, não foi mais possível solucioná-las sem a evolução da ciência. Os profissionais “médicos” eram pessoas escolhidas e de confiança das famílias. Assim, eram considerados seres divinos que detinham poderes de cura, Passaram a ser vistos como conhecedores da ciência e da técnica. Em seguida, no final do capítulo, a forma como esses seres eram tratados em outros países, bem como, as sanções que recebiam no caso de erro médico. Relata, também, o surgimento das primeiras faculdades de medicina, no Brasil.

No segundo capítulo foi relatada a responsabilidade do médico por erro. O profissional tem que agir com cuidado e cautela, na utilização de técnicas e métodos. Se agir com imprudência, imperícia e negligência será responsabilizado e terá que reparar o dano, conforme sua extensão. A culpa do médico somente poderá ser presumida nos casos em que o erro for grosseiro, caso contrário deverá ser rigorosamente comprovada. É possível que haja as excludentes de responsabilidade

civil por erro, nas hipóteses de: fato de terceiro, quando o terceiro é aquele agente que não tem qualquer vínculo com o aparente causador do dano e com a vítima. Além das eventualidades de caso fortuito ou força maior e quando o fato é exclusivo da vítima.

O terceiro capítulo expõe o dever do médico ou da instituição hospitalar de informar ao paciente os riscos, consequências, objetivos de um tratamento ou procedimento a ser realizado por ele ou pelo hospital. Para isso, muitos usam o chamado Termo de Consentimento Livre ou Informado para demonstrar rigorosamente, ponto a ponto, previamente, as peculiaridades de um procedimento. Nesse momento que o paciente irá consentir ou não com o método a ser utilizado. No caso dos absolutamente ou relativamente incapazes, serão os responsáveis pelo paciente que deverão anuir. No caso de iminente risco de morte, os profissionais da área de saúde deverão agir com urgência e não irão aplicar o dever de informação e nem do documento informado. O Código de Ética Médica prevê que os médicos deverão sempre utilizar corretamente de todas as técnicas estudadas, além de todo cuidado e cautela para salvar aquela vida.

No último capítulo foram relatados alguns casos jurisprudenciais sobre os assuntos que fazem referência a responsabilidade civil do médico e o seu dever de informação. As consequências da não informação prestada de forma clara e correta e as acusações de erro médico.

2 EVOLUÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE MÉDICA

As doenças e as dores nasceram junto com o homem. Por isso, houve a necessidade de se buscar meios que fizessem cessar esses males, essencialmente a cura, quando não havia medicina avançada, com o uso de medicamentos.

Por milênios de anos prevaleceu a experiência como tratamento, o que não foi mais sendo o suficiente, com o passar dos anos. Os antigos faziam uso de ervas, mágicas e ritos para amenizar a dor ou curar doenças. As doenças eram atribuídas a causas sobrenaturais, consideradas castigos divinos. Os anos foram passando e certas doenças não curavam mais, bem como as dores não cessavam.

O poder de cura só algumas pessoas tinham e, era considerado dom divino, pelo fato de não existir a ciência que estudava o corpo humano. Médico não era formado na graduação médica, com isso era considerado mágico sacerdote, escolhidos pelos deuses. Por essa razão havia muito insucesso na cura.

Todavia, já havia uma noção de responsabilidade. Os curandeiros, como eram conhecidos, chegavam a responder com a própria vida caso um paciente viesse a falecer, sem a possibilidade de perdão, além de diversas outras penas severas como as descritas no Código de *Hammurabi*¹.

Desde os primórdios, já previam sanções para os casos de culpa relativa ao insucesso do médico. Previsto no Código de *Hammurabi* (1790-1770 a.C.), no qual relatava que o médico deveria ter atenção e perícia no exercício da profissão, caso não tivesse, seria submetido à penas severas que chegavam até a amputação de sua mão. Essas sanções eram aplicadas se o paciente morresse ou sofresse alguma lesão (NETO, 2010).

O paciente que morresse após um procedimento médico, mesmo que sem ser o responsável por aquele resultado, o médico seria punido, como se o tivesse matado.

Evidencia-se, assim, que inexistia o conceito de culpa, num sentido jurídico moderno, enquanto vigorava a responsabilidade objetiva coincidente com a

¹ Código de *Hammurabi*: representa um conjunto de leis escritas. Os artigos descreviam casos que serviam como modelos a serem aplicados em questões semelhantes.

noção atual: se o paciente morreu em seguida à intervenção cirúrgica, o médico o matou, e deve ser punido. Em suma, naquela época, o cirurgião não podia dizer, com certa satisfação profissional, como faz hoje: "a operação foi muito bem-sucedida, mas o paciente está morto" (NETO, 2010, p.51).

O Código de *Hammurabi* ainda estabelecia as situações indenizatórias mais comuns. Se agisse com desídia, seria determinado pela avaliação do dano sofrido se castigo físico ou em pecúnia. Se fosse algo contra o homem livre, cumpriria a Lei de Talião seguindo a máxima "olho por olho, dente por dente"; contra o campesino, normalmente miserável, o valor ou a quantidade de bens a pagar seria fixado pelo juiz; contra escravo seria através do preço proporcional ao seu custo (NETO, 2010).

Em Roma, existia a Lei das XII Tábuas, com a pena de Talião, onde previa para cada caso, uma pena aplicada ao seu ofensor, que poderia ser a perda de alguma parte de seu corpo, pelo prejuízo causado ao outro. Logo, surgiu a Lei Aquília (ano 468) que começou a generalização da responsabilidade civil com uso de um termo de responsabilização. E, também, a Lei Cornélia que relacionava os delitos da prática médica e às respectivas penas aplicáveis (NETO, 2010).

No Egito, os médicos detinham de uma posição social elevada e, por isso, às vezes, chegavam a se confundirem com sacerdotes. Com isso, se respeitassem todas as regras e se o paciente morresse mesmo assim, eles não seriam punidos. Os egípcios tinham um "Livro Sagrado", no qual seguiam que detinha todas as regras, nas quais os médicos deveriam seguir. Se a cumprissem, ficariam livres de qualquer interpelação judicial (NETO, 2010).

Na França, entendiam que para que configurasse responsabilidade médica, teria que provar negligência, imprudência, imperícia ou falta grave do médico. Foi determinado na doutrina *Iturraspe* de "responsabilidade eufemística" (NETO, 2010).

Na Grécia antiga, Hipócrates de Cós, o pai da medicina, criou o Princípio da Não Maleficência, *Primum Non Nocere*²: "Aos doentes, tenha por hábito duas coisas: ajudar ou, pelo menos, não produzir dano". Considerava que a culpa do médico não

² *Primum Non Nocere: primeiro não prejudicar. Também conhecido como princípio da não maleficência. Obriga o médico a não causar dano intencionalmente.*

era presumida, deveria ser analisada, mesmo que o tratamento não obtivesse um resultado satisfatório (NETO, 2010, p.54).

Ainda na Grécia, com fundamento nas regras adotadas no Egito, chegou-se a admitir a culpa médica quando preenchidas duas condições: a) morte do paciente; b) desobediência às prescrições geralmente reconhecidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária (NETO, 2010, p.54).

Desde então, por um caminho dificultoso, com avanços e alguns retrocessos, na Idade Média, surgiu o estudo da ciência médica de fato. A partir dessa época, surgiram os cursos médicos oficiais, onde as pessoas estudavam toda anatomia e fisiologia do corpo humano, para entender as doenças e as formas de tratá-las, podendo chegar à cura. E, desde esse momento, médico seria somente aquele que estudasse e não mais qualquer pessoa escolhida pelo dom divino da cura.

Alguns autores mencionavam, nessa época, que houve a separação legal entre a medicina e a farmácia, como profissões independentes, com características próprias de cada país.

Ainda no século passado e primórdios desse, como Ruy Rosado (2017, p:1) demonstra: "o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência, médico da família, amigo, conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços".

Era uma pessoa escolhida de confiança da família, ocupava importantes papéis sociais. De extrema confiança do povo, contudo, era possuidor de direitos e deveres perante toda a sociedade.

O ato médico se resumia na relação entre uma confiança (a do cliente-paciente) e a consciência (do médico).

No Brasil, a ciência médica surgiu no século XIX, mas poucos eram os profissionais formados nessa área da saúde. Lycurgo Santos Filho retrata como foi a medicina no período colonial, onde haviam poucos profissionais médicos, além de não serem formados, pois aprendiam de ofício e praticavam a medicina como acreditavam *in verbis*:

Pouquíssimos eram os médicos que aqui aportavam. Eram chamados físicos e tidos, em sua maioria, como cristãos-novos, ou seja, judeus recém-convertidos ao catolicismo para fugir à Inquisição. Em maior número vieram os cirurgiões, dos quais havia três categorias: os cirurgiões-barbeiros, os cirurgiões aprovados e os cirurgiões diplomados. Predominavam os cirurgiões-barbeiros, que monopolizavam a prática da medicina nos séculos XVI e XVII. Logo os nativos, quase sempre mestiços ou mulatos, aprenderam o ofício e se tornaram também cirurgiões-barbeiros. Sem nenhum preparo, iniciavam-se como aprendizes e após alguma prática eram examinados e recebiam a carta que os habilitava ao exercício da profissão. Praticavam tratamento de fraturas e luxações, curavam feridas, faziam sangria, aplicavam ventosas e sanguessugas e extraíam dentes. Tiveram papel relevante no atendimento médico à população, tanto indígena como de escravos e colonizadores, os jesuítas e os boticários. Como não havia ainda cursos de farmácia, os boticários aprendiam o ofício nas próprias boticas, prestavam exame perante o físico-mor e recebiam carta de habilitação. Para a manipulação dos remédios, baseavam-se em coleções manuscritas de receitas e, a partir do final do século XVIII, na Farmacopeia Geral de Portugal, impressa em 1794. Na ausência de médico, o boticário prescrevia ele mesmo a medicação, tal como ainda hoje ocorre com o farmacêutico nas pequenas localidades do interior. Além das categorias já mencionadas, havia ainda o barbeiro, o mais humilde dos profissionais. Além do corte de cabelo e barba, fazia sangria, aplicava ventosas, sanguessugas e clisteres, lancetava abscessos e fazia curativos. Era muito procurado pela faixa mais pobre da população. Os partos ficavam entregues às comadres (parteiras sem nenhum preparo) e por toda parte enxameavam os curandeiros e charlatães de toda ordem (SANTOS FILHO, 1991, p. 52-67).

A história da medicina (2017, p:1), no Brasil surgiu na época de 1808, quando Dom João VI assinou um documento, que criava a Escola de Cirurgia da Bahia. No mesmo ano, o príncipe regente criou a Universidade Federal do Rio de Janeiro. Contudo, somente no século XX que o ensino da medicina foi consolidado no País.

Com a vinda de Dom João VI (SANTOS FILHO, 1991) ao Brasil houve algumas mudanças, como no ano de 1808, onde foram criadas duas escolas médico cirúrgicas, uma no Rio de Janeiro e a outra na Bahia. No entanto, somente no ano de 1832, essas escolas foram transformadas em Faculdades de Medicina e, então, começaram a formar médicos brasileiros, os quais, aos poucos, foram assumindo o exercício da medicina, em concorrência com os cirurgiões-barbeiros e os curandeiros.

A partir da criação do Conselho de Medicina, em 1957, que a classe média começou a contar com um fórum, para a discussão sobre a ética médica (SANTOS FILHO, 1991).

A Declaração de Helsinque I (2017, p:1), criada em 1964, desenvolvida pela Associação Médica Mundial, na cidade Helsinque, na Finlândia, estabelecia os princípios éticos da medicina, a qual todos os médicos deveriam respeitar e seguir.

Nos anos 90, foi criada no Brasil, a lei 8.078/90 do Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 14 § 4º, que demonstra uma relação de consumo entre médico e paciente. Verifica-se, uma prestação de serviço de um profissional liberal (médico) e o contratante (paciente), como relata Ruy Rosado (2000, p.136), *in verbis*:

As circunstâncias hoje estão mudadas. As relações sociais massificaram-se, distanciando o médico do seu paciente. A própria denominação dos sujeitos da relação foi alterada, passando para usuário e prestador de serviços, tudo visto sob a ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigente quanto aos resultados.

A doutrina é divergente quanto à natureza da discussão celebrada entre o médico e o paciente. Alguns entendem que tem natureza de contrato por tratar-se de prestação de serviços, outros entendem que trata-se de contrato *sui generis*³, isso porque o médico não se limita a apenas prestar um serviço, ele atua na posição de conselheiro, guardião e protetor do enfermo e de sua família.

A responsabilidade do médico pode ser de meio ou de resultado, conforme a situação. Geralmente, a obrigação do médico é de meio, vez que por mais competente que seja não pode garantir que seu paciente sobreviva ou se cure da doença.

Com isso, no caso de erro médico, a culpa do médico terá que ser provada. Porém, imprescindível o seu dever de agir com cautela, de utilização de todos os recursos possíveis, como também a tecnologia médica de acordo com a ciência para salvar o paciente. O médico não se compromete a salvar ou curar, mas a prestar seus serviços de acordo com regras e métodos da profissão.

No caso dos médicos cirurgiões plásticos, as doutrinas civilistas entendem ser responsabilidade de resultado, uma vez que o paciente, que procura um profissional nessa especialidade, objetiva um resultado satisfatório e eficiente.

³ *Sui generis*: de seu próprio gênero.

Portanto, a culpa é presumida (culpa presumida, *culpa in re ipsa*⁴, inversão do ônus da prova, o médico é quem tem que provar que não agiu com culpa).

Há ainda entendimentos, acerca do paciente que procura um cirurgião plástico para uma cirurgia estética, a obrigação do profissional seria de resultado. Como por exemplo, cirurgia para afinar o nariz. Se o resultado não é possível de ser alcançado, o médico deve se recusar a fazer a cirurgia ou informar os resultados possíveis, para que não se frustrasse as expectativas do paciente. E, no caso da cirurgia reparadora, exemplo: paciente tem o rosto retalhado, em razão de acidente, sendo recomendável cirurgia plástica corretiva, a responsabilidade seria de meio, pelo fato do médico cirurgião tentar ao máximo corrigir a imperfeição, podendo a mesma não ser possível (TARTUCE, 2013).

Nas cirurgias de natureza mista (estética e reparadora), como no caso de redução de mama, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, conforme cada finalidade da intervenção. Assim, a responsabilidade do médico será de resultado, em relação à parcela estética da intervenção e de meio, em relação à sua parcela reparadora (STJ. 3ª Turma, Recurso Especial 1.097.955-MG, Relatora Ministra. Nancy Andrichi, julgado em 27/9/2011).

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética (Recurso Especial 819.008/PR).

Embora a responsabilidade do médico cirurgião plástico, na cirurgia estética seja de resultado, o Superior Tribunal de Justiça entende que, permanece sendo subjetiva, ou seja, com inversão do ônus da prova, cabendo ao médico comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios à sua atuação profissional, ou seja, culpa presumida.

Informativo 491 do Superior Tribunal de Justiça - Responsabilidade civil do médico em caso de cirurgia plástica I – A obrigação nas cirurgias meramente estéticas é de resultado, comprometendo-se o médico com o efeito embelezador prometido. II – Embora a obrigação seja de resultado, a

⁴ *In re ipsa*: significa “da própria coisa”, culpa presumida.

responsabilidade do cirurgião plástico permanece subjetiva, com inversão do ônus da prova (responsabilidade com culpa presumida) (não é responsabilidade objetiva). III – O caso fortuito e a força maior, apesar de não estarem expressamente previstos no Código de Defesa do Consumidor, podem ser invocados como causas excludentes de responsabilidade. (STJ. 4ª Turma. Recurso Especial 985.888-SP, Ministro. Luís Felipe Salomão, julgado em 16/2/2012).

A obrigação assumida pelo médico, em regra é de meio e, não de resultado, de forma que, se o tratamento realizado não surtiu os efeitos esperados não se pode falar em ilícito contratual (TARTUCE, 2013).

Cabe ressaltar que, o Código de Defesa do Consumidor no artigo 14, § 4º estabeleceu que somente a responsabilidade pessoal do médico é subjetiva, porém não favorece a pessoa jurídica, na qual ele trabalhe como empregado ou faça parte como sócio. Assim, a clínica, casa de saúde, hospital, banco de sangue, às quais o médico pertença, a responsabilidade será objetiva.

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. É o que o Código de Defesa do Consumidor chama de fato do serviço, que gera danos materiais e morais.

O artigo 14, § 1º diz que o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor pode dele esperar. Trata-se de uma garantia de que o serviço será fornecido sem defeito. De sorte que, ocorrido o defeito, não se discute culpa para efeito de responsabilidade. O fornecedor responde pelo simples fato de ter lançado no mercado serviço defeituoso. Será irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se, esse defeito era previsível e evitável.

O artigo 14, § 3º, Inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que, o fornecedor só será isento da responsabilidade se provar que o defeito inexistiu, que o acidente não teve por causa o defeito no serviço.

O Código de Ética Médica regido pelo Conselho Federal de Medicina preceitua que a responsabilidade médica é pessoal e não pode ser presumida. E,

ainda que, é vedado ao médico assumir responsabilidade por ato médico do qual ele não participou.

Vários são os diplomas legais aos quais, o médico se submete. Sejam eles, o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Ética Médica e o próprio Código Civil, como tratar-se-á a seguir.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

A responsabilidade civil se consagra com a invasão ao interesse jurídico de alguém, em virtude de um descumprimento de uma norma jurídica contratual ou não e, como consequência, causa um dano, sendo obrigado a repará-lo.

Assim, o artigo 186 do Código Civil demonstra: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A responsabilidade civil, por erro médico, é quando o profissional comete algum erro no procedimento médico, causando um prejuízo comprovado a um paciente e, posteriormente, terá que repará-lo, conforme a extensão do dano. Assim demonstra o Código Civil em seu artigo 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

O erro médico ou dano médico é o dano imputável ao profissional da medicina, nos termos do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor cumulado com o artigo 951, do Código Civil, segundo a apuração de sua culpa profissional (imperícia, imprudência ou negligência, plenamente demonstrada) e o Código de Ética Médica.

O médico tem responsabilidade por um erro no tratamento ou procedimento, no qual atuou. Para configurar a responsabilidade civil médica, faz-se necessário como pressuposto o ato médico praticado, com violação ao dever médico, imposto pela lei, através ou não de um contrato imputável a título de culpa. Sendo causador de um dano injusto podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial.

Pelo Código de Ética Médica é considerado vedado ao médico: Art. 4º “Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal”.

Nas últimas décadas, os processos judiciais, contra médicos, aumentaram o número de demandas no Poder Judiciário. No entanto, o erro médico, por muitas das vezes, é de difícil comprovação pelo julgador. Quando o profissional médico

usar de sua experiência e habilitação técnica, dos meios técnicos indicados, com todos os cuidados, somente uma prova inquestionável poderá levar a uma indenização pleiteada.

Segundo Miguel Kfoury Neto (2010) demonstra que, a postura do juiz de direito ao analisar no exame de prova o erro no diagnóstico médico, não irá se orientar pelos métodos clínicos, cirúrgicos e terapêuticos ligados ao estudo da medicina. A posição do julgador do caso será adotada como a frente a qualquer outro erro profissional, no que tange a apreciação do que está sendo alegado e provado, visando atender também pareceres dos peritos e depoimentos de testemunhas.

Ruy Rosado Aguiar (2017, p:1) alerta que o médico comete erro, quando se pratica uma violação a um dever médico, *in verbis*:

A responsabilidade civil específica do profissional médico (isto é, daquele que tem habilitação universitária e exerce a Medicina com habitualidade, vivendo do seu trabalho), aspecto que ora nos interessa, tem como pressuposto o ato médico, praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo costume ou pelo contrato, imputável a título de culpa, causador de um dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial.

A culpa do médico somente poderá ser presumida nos casos em que, o erro foi demonstrado de forma grosseira, ao contrário ela há de ser evidentemente comprovada. Quando o profissional deixar de apresentar alguma técnica médica, que deveria ser aplicada naquele momento, agindo com descuido, indiferença ou desatenção, quando se distanciar da literatura médica atualizada e, nos casos em que, o médico não tem habilitação técnica para agir na situação e, mesmo assim, age causando dano, por muitas das vezes irreversíveis ao paciente.

O Artigo 14 § 4^a do Código de Defesa do Consumidor demonstra a prestação de serviços entre médico e paciente, como uma relação consumerista:

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

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

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

Sobre a matéria, o **enunciado nº460 da V Jornada de direito Civil** preceitua:

A responsabilidade subjetiva do profissional da área de saúde, nos termos do art. 951 do CC e do art.14, § 4º do CDC não afasta a **responsabilidade objetiva** pelo fato da coisa da qual tem a guarda, em caso de uso de aparelhos ou instrumentos que, por eventual disfunção, venham a causar danos a pacientes, sem prejuízo do direito regressivo do profissional em relação ao fornecedor do aparelho e sem prejuízo da ação direta do paciente, na condição de consumidor, contra tal fornecedor.

O Código Civil menciona em seu artigo 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." E quem comete ato ilícito é obrigado a repará-lo, conforme o artigo 927 Código Civil.

Provar a culpa do médico é difícil, por dois motivos: primeiro porque os Tribunais têm responsabilizado os médicos somente quando ocorre erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou ainda, omissão na assistência e cuidados indispensáveis ao doente; e segundo, porque os juízes não tem conhecimento técnico, ficando atrelados aos laudos periciais.

É de se saber que, o juiz não está preso ao laudo pericial, mas dificilmente terão, nos autos, outras provas suficientemente capazes de responsabilizar o médico. Ainda, deve-se ter em conta que não cabe ao Poder Judiciário avaliar questões de alta indagação científica e nem se pronunciar sobre qual tratamento seria o mais adequado.

Só cabe ao Judiciário aferir se o médico agiu dispensando os cuidados necessários ao doente, de acordo com os padrões determinados pela ciência médica. Se o médico não se comportou adequadamente, agiu com culpa. Essa culpa tem que ser provada, ainda que, não seja grave.

Comprovado os três pressupostos da responsabilidade civil do médico através do ato lesivo (culposo), dano e nexa causal no tratamento ou procedimento, no qual ele atuou, gera a obrigação de indenizar.

Como Miguel Kfoury Neto (2010, p.93) demonstra, não é o erro de diagnóstico que o juiz vai analisar, mas o modo no qual ele procedeu se teve culpa.

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa, no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.

O artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, enquadra os estabelecimentos hospitalares como prestadores de serviços, logo, a responsabilidade é objetiva. Importante ressaltar que para se configurar a responsabilidade objetiva é indispensável o nexo causal entre a conduta e o resultado (serviço defeituoso). Ratificando ao que dispõe o art. 932 do Código Civil: “São também responsáveis pela reparação civil: III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

O art. 933 do Código Civil complementa: “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”, ou seja, as entidades hospitalares, na condição de empregadoras, respondem, sem culpa, pelos atos dos seus médicos e demais empregados, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça entende ainda que, a responsabilidade do hospital pelo erro do profissional médico empregado é subjetiva, fazendo-se dependente a comprovação da responsabilidade dos médicos, *in verbis*:

O STJ adota posição restritiva em relação à responsabilidade objetiva dos hospitais, fazendo-a dependente da comprovação da responsabilidade subjetiva dos médicos: “A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes”. A seguir continua o relator: “Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do

hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente” (STJ, Recurso Especial 258.389, Relator Ministro Fernando Gonçalves, 4º turma, julgado em: 16/06/05).

O ministro relator desse julgado entendeu que, pelo fato de o hospital atuar na esfera empresarial, no caso de internações, instalações e serviços auxiliares como exames, suporte com profissionais de enfermagem. E, não, ao aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

Sobre a questão, o **enunciado nº 191 da III Jornada de Direito Civil**: “A instituição hospitalar privada responde, na forma do artigo 932, III, do Código Civil, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico”.

Todavia, recentemente anunciou-se que a responsabilidade do hospital é objetiva, quanto ao médico plantonista. Mas, somente nesse caso, permanecendo ser subjetiva, a responsabilidade do médico atendente em hospital (Decisão do Recurso Especial 696.284, do relator ministro Sidnei Beneti).

Os hospitais assumem responsabilidade pelo paciente por erro médico, segundo decisão dos Tribunais, desde o ano de 2011. Logo, respondem na esfera judicial por casos de suposto erro médico. A 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por unanimidade, seguindo a luz jurisprudencial, deu provimento a um recurso de apelação de uma paciente vítima de uma má prática médica, relacionada a problema de vesícula biliar, para desconstituir sentença de primeiro grau que extinguiu o processo contra o hospital por ilegitimidade passiva. Foi decisão dos desembargadores Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Ney Wiedemann Neto e Artur Arnildo Ludwig.

A autora narrou, segundo registra o acórdão, que foi submetida a um procedimento cirúrgico na Sociedade Hospitalar Beneficente de Vista Gaúcha, no município de Vista Gaúcha, para operar a vesícula biliar, a expensas do Sistema Único de Saúde (SUS). Em razão das fortes dores na fase pós-operatória, marcou uma nova cirurgia. Durante a operação, foi encontrada uma compressa cirúrgica em seu abdômen, que havia sido deixada pelo médico que lhe atendera. A paciente, então, entrou com pedido de indenização por dano moral contra o hospital e o município de Vista Gaúcha, que é operador local do SUS. O processo tramitou na Comarca de Tenente Portela.

Em seu voto, que balizou o entendimento do colegiado, o desembargador Artur Arnildo Ludwig, relator da matéria, disse que a instituição hospitalar

assume a responsabilidade pelo paciente por força do disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ou seja, o prestador do serviço responderá independentemente de culpa, pelos danos causados. Salientou que, ainda que a responsabilidade do hospital seja objetiva, é indispensável o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. “Se não for possível apontar o defeito no serviço prestado, não há que se falar em responsabilidade do hospital, nos termos do artigo 14, parágrafo 3º, inciso I do CDC. Obviamente, que não se pode confundir eventual ausência de responsabilidade com ilegitimidade”, observou.

Julgou, portanto, que há legitimidade dos réus para responder pela demanda, na qual deverá ser apurada a sua eventual responsabilidade pelo alegado erro médico. “Considerando que o processo não se encontra apto para julgamento, ainda mais que se trata de questão complexa afeta ao alegado erro em procedimento cirúrgico, imperiosa a desconstituição da sentença com o retorno dos autos à origem, para a dilação probatória (prazo concedido igualmente aos litigantes para a produção de provas ou execução de diligências necessárias à prova do pedido de contestação).

Ainda que tenha havido insucesso na cirurgia ou outro tratamento, se não houver defeito no serviço, não se pode falar em responsabilidade objetiva.

Não obstante, o dano indenizável ter como pressuposto a certeza do dano. Mitigando esta exigência, há situações em que a Teoria da Perda de uma Chance é aplicada, quando o agente retira da vítima a possibilidade de auferir resultado danoso ou evitar o agravamento do prejuízo.

A Teoria da Perda de uma Chance pode ser usada na relação médica, quando o médico retira a possibilidade do paciente de auferir um resultado positivo, uma chance de obter resultado favorável ao tratamento, por exemplo, a cura.

No entanto, há a perda da probabilidade, quando a atividade médica é omissiva, não fazendo com que o paciente morra, mas perca a chance de que a doença seja curada. Casos em que, se o paciente fosse internado a tempo ou operado imediatamente, talvez não tivesse morrido (BARROS, 2015).

A questão gira em torno do nexo causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda da chance da sobrevivência ou cura.

A omissão médica não é a causa do dano, mas faz com que o paciente perca uma possibilidade real e séria de cura e sobrevivência. Por essa perda de uma

chance de cura, alguns tribunais já aplicaram o valor do dano moral correspondente à possibilidade da cura, pois a chance tem valor menor que o próprio sucesso.

Julgado da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PARA A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OCACIONADA POR ERRO MÉDICO.

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 e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico (Recurso Especial 1.254.141-PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em: 4/12/2012).

Entretanto, jurisprudência nacional entende que quanto ao erro de diagnóstico, só caberá à responsabilidade se o erro for grosseiro, tanto no diagnóstico, como no tratamento dispensado ao paciente ou na omissão ou abandono do paciente.

Para se apurar erro de diagnóstico fundamental, a prova pericial e verificar no caso concreto, se pelo avanço da ciência e do avanço tecnológico, eram possíveis ao médico chegar ou não a um diagnóstico correto ou a um tratamento satisfatório.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro recentemente noticiou nos jornais o seguinte julgado referente a erro de diagnóstico, *in verbis*:

Casa de Saúde de São Gonçalo é condenada por erro de diagnóstico- A Casa de Saúde São José, em São Gonçalo, foi condenada a pagar indenização de R\$ 10.000,00, a título de dano moral, por erro em diagnóstico. A decisão é dos desembargadores da 1ª Câmara Cível – TJ/RJ.

Existe uma relação contratual e extracontratual entre médico e paciente, a primeira com fundamento no artigo 1.056 do Código Civil: “Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”; e a segunda, no artigo 159 também do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

A contratual, que deriva de um contrato entre as partes (paciente e médico), que por muitas das vezes acontece de forma tácita, no que tange a realização da prestação do serviço médico, após o médico ser contratado e pago pelo paciente.

Na extracontratual, conhecida também como Aquiliana, a doutrina entende como nos casos especiais, em que o médico atende o paciente em uma emergência médico-hospitalar, prestando assistência e cuidados urgentes. Não tem vínculo contratual, mas tem o legal.

Ambas as responsabilidades estão fundamentadas no artigo 186 do Código Civil, *in verbis*: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Ou seja, causando dano ao paciente, em quaisquer umas das hipóteses referidas, o médico terá que indenizá-lo.

3.1 Das Excludentes de Responsabilidade

A inexistência do defeito do serviço é causa de exclusão de responsabilidade médica, conforme artigo 14, § 3º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. O médico e o hospital se eximem da responsabilidade se provarem que o insucesso da cirurgia ou do tratamento se deu pelas condições físicas do paciente e não pelo defeito de serviço. Se o paciente ficar com sequelas, não há que se falar em nexo causal, se não houver defeito do serviço médico. Se as sequelas decorrerem da gravidade da doença, não há defeito, não há nexo causal e nem responsabilidade. Por exemplo, no caso em que a pessoa perde membros, em consequência do diabetes.

Para que haja a responsabilidade objetiva é necessário o defeito no serviço, que é o fato gerador da responsabilidade. Somente o defeito no serviço desencadeia a responsabilidade civil do fornecedor.

Para que seja configurada responsabilidade médica, a culpa do profissional e o nexo causal tem que serem provados, podendo em outros casos a culpa ser do próprio paciente ou de terceiros, conforme Genival Veloso de França menciona, *in verbis*:

Dentro do universo da responsabilidade médica, seja ela de ordem legal ou ética, há de provar o dano ao paciente, a culpa do profissional e o nexo de causalidade. Todavia, pode ocorrer mesmo em situações mais raras, que a culpa alegada seja do próprio paciente ou de terceiros (FRANÇA, 2013, p.303).

Pode haver o rompimento do nexo causal por caso fortuito, força maior culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. Vejamos:

a) FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA – é causado pela própria vítima (paciente) e que efetivamente contribuiu para o evento danoso, isentando da responsabilidade o aparente causador do dano. O suposto causador direto do dano, o responsável aparente, o estabelecimento médico/hospitalar, é apenas um simples instrumento do acidente. Exemplo, no caso em que um paciente internado tenha recebido ordem de seu médico para não se levantar da sua cama até o enfermeiro voltar com a cadeira de rodas para levá-lo ao banho. Porém, quando o enfermeiro sai do quarto, o paciente se achando disposto resolve sozinho, contrariando a ordem recebida, levantar pela própria conta e se dirige ao banheiro e, no primeiro passo, não aguenta e cai vindo a fraturar a bacia. Com isso, é evidente que houve um dano causado por fato exclusivo da vítima, pois não há que se falar, em ausência do hospital no seu dever de cuidado, vigilância, segurança, a não ser que estivesse o enfermeiro esquecido o paciente, deixando-o com necessidades e sem recurso.

b) FATO DE TERCEIRO – o terceiro é aquele agente que não tem qualquer vínculo com o aparente causador do dano e com a vítima. São muitos os casos em que o atuar de um terceiro é a causa efetiva e adequada do dano causado a alguém que, num primeiro momento, de imprevisto, promova uma ação judicial contra quem é o aparentemente responsável pelo evento danoso. Exemplo em que um caso de paciente que está internado inconsciente, sob cuidados médico-hospitalares. Entretanto, sua esposa decide retirá-lo do hospital e levá-lo para casa, alegando que pode pagar uma enfermeira particular e que não o deixará, nem mais um segundo no hospital, pois se tiver que vê-lo morrer, prefere que seja em sua casa. Após ouvir toda a orientação médica de que sua locomoção, assim como sua permanência fora do hospital lhe trará riscos, mesmo assim, a esposa insiste e assina termo de responsabilidade, afirmando que ninguém pode impedi-la e obrigá-la a permanecer no hospital, e que é a responsável legal dele. Realizados os procedimentos de saída, assina termo de responsabilidade e providencia a Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) móvel e, no trajeto, o paciente falece.

c) CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR – São eventos imprevisíveis ou de difícil previsão e que provocam consequências. Quando o dano não decorreu de falha na prestação de serviço médico, por exemplo: na hora do parto, mulher teve acidente vascular cerebral e faleceu.

Sendo assim, como o médico tem obrigações a cumprir dentro da relação profissional, o paciente também tem suas obrigações, em suas condutas respeitando as prescrições e recomendações de seu médico.

Nos casos de responsabilidade médica empresarial, como clínicas e hospitais, são fornecedores de serviços e, com isso, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. É o que o Código de Defesa do Consumidor chama de fato do serviço, que gera danos materiais e morais.

O artigo 14, § 1º diz que o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor pode dele esperar. Trata-se de uma garantia de que o serviço será fornecido sem defeito. De sorte que, ocorrido o defeito, não se discute culpa para efeito de responsabilidade, o fornecedor responde pelo simples fato de ter lançado no mercado serviço defeituoso. Será irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito era previsível e evitável.

O artigo 14, § 3º, I, legisla que o fornecedor só será isento da responsabilidade se provar que o defeito inexistiu ou que o acidente não teve por causa o defeito no serviço.

Sérgio Cavalieri (2012, p.405) explica que o erro e culpa são conceitos completamente distintos.

Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto.

No entanto, são poucos os juízes que possuem conhecimento técnico sobre a medicina para avaliar, no caso concreto, se houve culpa do profissional médico. Então, faz-se necessário recorrer a perito, que é essencial na apreciação das provas e elucidação do caso em julgamento.

3.2 Por dano

Dano é o ato ou efeito de danar (-se), causando um prejuízo a alguém. Segundo o Código Civil, no artigo 927: “aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” E no parágrafo único diz que: “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”.

O dano médico é analisado através dos três pressupostos jurídicos da culpa *stricto sensu*⁵, que são subjetivos e utilizados pelo direito civil, a saber: imprudência (falta de cuidado + ação que contraria o código de ética médica no que diz que o profissional tem o conhecimento sobre o risco de uma atitude tomada, mas prossegue e ignora a ciência médica), negligência (falta de cuidado+ omissão do artigo 186 CC) e a imperícia (falta de qualificação ou treinamento de um profissional liberal que atua na área de saúde, para desempenhar determinada função no artigo 951 CC). A negligência ocorre por omissão, enquanto a imprudência e imperícia ocorrem por comissão.

É vedado ao médico pelo Código de Ética Médica:

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

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

O juiz analisará no caso concreto a extensão do dano causado para uma reparação integral à vítima. No entanto, ao mesmo tempo em que a lei prevê a restituição integral, possibilita que, havendo disparidade entre a culpa do ofensor e o dano sofrido, o juiz reduza o valor indenizatório.

⁵ Culpa *stricto sensu*: “É a não observância de um dever objetivo de cuidado, quando as circunstâncias objetivas tornavam previsível a produção do resultado criminoso (o agente não queria produzir o fato criminoso, mas por falta de cuidado, produziu)”.

Nesse sentido, o ressarcimento deve ser proporcional ao agravo e, ao mesmo tempo, não pode ultrapassar o limite dessa proporcionalidade, a fim de evitar o enriquecimento ilícito.

Oportuno destacar que o arbitramento do dano se especifica nos princípios da reparação integral e do *neminem laedere*⁶.

A conduta médica é subjetiva, no entanto, para gerar dever de reparação sob a ótica da responsabilidade civil, são necessários os principais elementos: conduta dolosa e/ou culposa, nexo causal e o dano. Para que o médico se exima do dever de reparação do dano, ou seja, de indenizar o paciente, deverá provar causas de excludentes de responsabilidade.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, essas causas excludentes de responsabilidade, são ônus de prova do médico. Além de, em outros casos, demonstrar as causas exclusivas da vítima, como descritas no tópico anterior.

O médico que trabalha em um hospital, responderá por culpa e a responsabilidade civil da instituição será apurada objetivamente. Assim seriam entendimentos doutrinários.

Caso de vínculo empregatício entre o hospital e o profissional, a vítima demandaria em face do estabelecimento, incumbindo o hospital provar as excludentes do artigo 14 § 3º do Código de Defesa do Consumidor para se exonerar dos encargos. No entanto, caberá direito de regresso do hospital para com o médico.

Como sói acontecer, no exercício de suas atividades, a pessoa jurídica, necessariamente, trava relações jurídicas com terceiros, sendo possível que tais condutas, praticadas pelos seus representantes, integrantes, prepostos, empregados ou prestadores de serviços, decorram danos (patrimoniais ou extrapatrimoniais). Ocorrendo um dano, gerado por uma pessoa jurídica, deverá a entidade reparar integralmente o prejuízo sofrido pela vítima (FARIAS E ROSENVALD, 2017, p.464).

O hospital somente irá se responsabilizar, no caso que a culpa do médico seja comprovadamente clara e provada.

⁶ *Neminem laedere: Base dos princípios da dignidade humana, da boa-fé e da responsabilidade civil.*

O erro médico é investigado sobre alguns aspectos, sejam eles: se a conduta e a técnicas seguidas pelo profissional foram as corretas e previstas nos estudos da medicina, empregadas com zelo, atenção e cuidado, se haveria possibilidade de efeito reverso ao pretendido, as condições de saúde do paciente naquele momento e se o dever de informação foi relatado de forma segura e precisa. São esses pressupostos que o julgador analisará em um processo judicial contra um médico.

O erro de técnica médica deve ser apreciado com delicadeza pelos tribunais, não podendo e nem devendo o julgador entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos, que por sua natureza sejam passíveis de dúvidas e discussões.

Existem as chamadas iatrogenias que são danos que também não são de responsabilidade do médico. Segundo estudos da medicina, elas são consideradas lesões previsíveis e esperadas ou não, quando o atuar médico é correto e necessário, e causam danos, mas não há violação de dever por parte do médico. Verificado, no caso concreto, a ocorrência da iatrogenia, esta funcionará como excludente de responsabilidade do médico, desde que sejam informadas previamente ao paciente.

É sabido que por mais aptidão técnica que o profissional da medicina tenha e que tenha agido com toda diligência e precaução, se ocorrer caso fortuito ou força maior, ele não terá poder de intercessão sobre aquele acontecimento, gerando, por consequência, o rompimento do nexo causal e a exoneração da responsabilidade civil.

Cabe diferenciar erro médico oriundo do acidente imprevisível e do resultado incontrolável. Acidente imprevisível é o resultado lesivo, advindo de caso fortuito ou força maior, incapaz de ser previsto ou evitado, qualquer que seja o autor em idênticas circunstâncias. Por outro lado, o resultado incontrolável é aquele decorrente de situação incontornável, de curso inexorável, próprio da evolução do caso _ quando, até o momento da ocorrência, a ciência e a competência profissional não dispõem de solução.

O paciente assume a posição de consumidor pelo Código de Defesa do Consumidor, na lei 8.089/90 no artigo 2º e o médico ou a pessoa jurídica, como uma instituição hospitalar, que presta serviços, se coloca no lugar de fornecedor que efetua prestação de serviços, de acordo com o artigo 3º do CDC.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

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.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Partindo do pressuposto que a relação entre médico e paciente é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, por ser aquele um fornecedor de serviços, caso não venha a utilizar as técnicas atualizadas previstas na literatura médica, como também, os recursos tecnológicos que dispõem em seu ambiente de trabalho vindo a causar um dano ao paciente, será responsabilizado. Sobretudo, se não houver defeito no serviço, não haverá dever de reparação.

4 O DEVER DE INFORMAR E O TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE OU INFORMADO

Ao profissional de saúde é determinado, por lei, informar ao paciente acerca do diagnóstico, prognóstico, resultado do tratamento, bem como, sobre os riscos em uma cirurgia ou procedimento.

A lei preceitua o dever de informação, importando em defeito na prestação do serviço médico a falta de informação acerca das situações acima descritas, como se depreende do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

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

Se, por um lado, a informação é um dever do médico, por outro, é um direito do paciente. Seguindo os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia e boa-fé.

A maneira que o médico tem de provar a informação é através de um documento chamado de Termo de Consentimento Livre Informado ou Termo de Consentimento Esclarecido previsto na Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde.

Essa ideia surgiu na Segunda Guerra Mundial, quando foram cometidas atrocidades em experimentos científicos feitos pelos médicos nazistas, utilizando-se de uma minoria que era perseguida, por questões étnico-raciais. Foi quando o mundo inteiro, depois de algum tempo, tomou conhecimento sobre aqueles absurdos que atentavam contra vidas e, então, foi editado o chamado “Código de Nuremberg” em 1947, que serviu de referência para o tribunal militar americano, em delegação ao tribunal internacional de Nuremberg, julgar os casos dos médicos nazistas. Em seu primeiro artigo do código, já relatava sobre o consentimento voluntário do ser humano.

A luta da ética na pesquisa e no registro documental do TCI para pessoas submetidas a tratamentos médicos ou a pesquisa, iniciou na Segunda Guerra Mundial, constando os riscos e benefícios aos quais o indivíduo será

submetido. Este documento teve seu uso reafirmado pelo Código de Nuremberg em 1947, elaborado após o julgamento dos médicos e oficiais nazistas, pela Declaração de Helsinque em 1964 e pela Assembleia Médica Mundial ocorrida em Hong Kong, em 1989.

No Brasil, em 2002 aconteceu a primeira decisão judicial com uso do “Termo de Consentimento”, quando um médico e uma instituição hospitalar foram acusados serem responsáveis pelo dano causado a um paciente que se submeteu a um procedimento oftalmológico, sem ter sido informado do risco que poderia ter de uma cegueira, que acabou por ocorrê-la.

Todavia, a utilização do Termo de Consentimento Informado no Brasil, já tinha sido formalizada no início dos anos 80.

No Brasil, a utilização do Termo de Consentimento Informado (TCI) foi normatizada no início da década de 80, com base nos documentos do Ministério da Saúde e do Conselho Federal de Medicina. Estes documentos possuem várias nomenclaturas para designá-lo, sendo os mais conhecidos: Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) ou TCI.

Nessa seara foi editada a Resolução 10/96 do Conselho Federal de Medicina determinando, que o médico deve esclarecer ao paciente sobre as práticas diagnósticas e terapêuticas, conforme preceitua o Código de Ética Médica, não sendo considerada obrigatória a fixação do termo escrito, mas admite que tal consentimento possa ser registrado pelo médico no prontuário.

Trata-se de um documento de grande valor para a defesa judicial médica e, em qualquer área da saúde. Visa esclarecer ao paciente os riscos do tratamento, cirurgia ou procedimento, a forma de condução do serviço médico, possíveis complicações, seus benefícios, efeitos colaterais e demais informações necessárias.

Redigido de forma individual para cada caso em especial, trata-se mais de uma conduta ética do médico e do hospital, do que necessariamente de uma regra de consumo. Além de que é uma forma do médico demonstrar confiança e segurança ao paciente.

Para a biomedicina, existem dois tipos de termo de consentimento informado: aquele que serve para assistência médica, que informa o

procedimento/tratamento a ser utilizado e, o outro, em pesquisas que envolvem seres humanos.

Neste documento, o paciente estará ciente de todas as situações descritas, de forma clara, com linguagem simples e que mesmo assim, deseja prosseguir com os cuidados para saúde. É elaborado pelo médico ou pela instituição hospitalar, onde o paciente concorda, assinando o termo que descreve como será em detalhes o procedimento/tratamento. Contudo, não há nada que impeça que o mesmo seja revogado a qualquer momento pelo paciente. É importantíssimo que seja entregue uma cópia do documento ao paciente ou responsável por ele.

É de suma importância para a valoração e legitimidade do termo, que o enfermo compreenda o que está relatando o documento, visto que quando é mal compreendido, prejudica a voluntariedade que é obrigatória no ato. Deve-se ser considerado no momento da assinatura, as condições emocionais, mentais, culturais e educacionais da pessoa. Além de que, um vulnerável não apresenta autonomia necessária para concordância ou recusa.

O referido documento também utilizado para fins de experiência com seres humanos. No caso em que, utilizam as pessoas selecionadas com a finalidade de exploração em estudos de pesquisas médicas e acadêmicas. Contudo, a mesma que irá servir como um teste terá que ser obrigatoriamente comunicada sobre as condições experimentais e ter o consentimento, por escrito, para que não haja danos físicos ou psicológicos.

Se caso existirem termos científicos, estes devem ser acompanhados de seus significados, em uma linguagem acessível ao paciente. De forma que, esse documento traz autonomia para o paciente optar ou não por aceitar tal procedimento.

Apesar de, na maioria das vezes serem escritos e registrados, sendo a forma mais recomendada, muitos médicos ainda usam a forma verbal para o consentimento, apenas transcrevendo-o em prontuário médico.

Como por exemplo, em uma cirurgia de ligadura de trompas ou também chamada de laqueadura, que é um procedimento de esterilização definitiva, na

qual as tubas da mulher são amarradas e cortadas, evitando-se que o óvulo e os espermatozoides se encontrem. Apesar de ser considerado raro pela medicina, há um percentual baixíssimo, dito pelos médicos, como possibilidade de, em certos casos, ocorrer uma recanalização espontânea das tubas e a mulher engravidar.

Isso não significa que é culpa do médico que realizou a cirurgia e, muito menos, que ele cometeu algum erro no procedimento. Ela ocorre mesmo quando o médico realiza as técnicas corretas. Tanto que a mulher e mais duas testemunhas assinam o Termo de Consentimento Livre ou Informado, que consta esse percentual de reversão do caso e a hipótese de uma possível gravidez.

Oportuno destacar, que o médico pode fazer a laqueadura durante o parto de cesariana, já que tecnicamente não há nenhum impedimento. No entanto, há uma série de restrições impostas pela Agência Nacional de Saúde para que esse procedimento seja feito junto e ao mesmo tempo.

O objetivo dessas restrições é proteger as mães de esterilizações contra a sua vontade ou sem o grau de informação adequado. Afinal, é uma decisão muito séria a de optar por não ter mais filhos e de difícil reversão. Por isso, o hospital e a equipe médica redigem o Termo de Consentimento e a mulher se torna responsável pelas informações recebidas diante de sua anuência.

O Termo de documento Informado, como dito acima, informa todos os riscos e circunstâncias que podem gerar uma falta de êxito no procedimento e a paciente assina com a presença de mais duas testemunhas, registra-se no Cartório de Registro Civil, 90 dias antes da operação, que será obrigatoriamente notificada ao governo.

Em cirurgias que trazem grandes riscos de morte, como as do coração, o consentimento do paciente é fundamental em todo o processo cirúrgico. A não ser, que esteja sobre iminente risco e urgência, quando não há de forma alguma como obter esse consentimento e, os médicos, devem agir com rapidez para salvar o paciente.

A apresentação do Termo de Consentimento Informado é realizada por médicos e dentistas, em procedimentos odontológicos, cirurgias plásticas e em tratamentos contra o câncer, por exemplo.

Há várias situações em que o paciente tem que se submeter a uma radioterapia, quimioterapia, braquiterapia, assim, o médico e o hospital, informam através do Termo de Consentimento, os riscos e consequências do procedimento, sejam eles: quedas de cabelo, náuseas, mal estar, queimaduras na pele, no local do tratamento e, até mesmo, a eventualidade ínfima de cura.

Os médicos cirurgiões plásticos utilizam necessariamente esse documento, para que o paciente saiba dos riscos, aos quais se sujeita durante a cirurgia ou no resultado do pós-operatório, até mesmo de o resultado não sair exatamente como o desejado.

Além de explicar, claramente, que todo paciente possui risco de ter complicações cirúrgicas, mas os que possuem idade mais avançada, doenças crônicas, imunidade baixa têm maiores chances de ocorrê-las.

Destaca-se que o paciente munido de informações acerca de procedimento terapêutico ou cirúrgico capazes de lhes causar risco, não são obrigados a eles se submeterem, por força do art. 15 do Código Civil: "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica".

Sendo assim, paciente tem o direito de optar por não querer que seja feito um procedimento médico-hospitalar após um diagnóstico, a não ser que a vida dele esteja sobre risco de morte. Como certifica o artigo 31 do Código de Ética Médica: "É vedado ao médico: Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte".

Em métodos alternativos ou experimentais, em que é oferecida ao paciente outra possibilidade de tratamento, diferente da habitual, o uso deste termo se faz extremamente necessário, visto que, além desse método não ser tão eficaz e confiável pode ainda estar em estudo na medicina. Existindo a possibilidade de ocorrer um dano irreparável.

Todo procedimento médico, uma pequena cirurgia, por mais simples que ela seja, traz risco ao paciente, ainda que realizado com toda segurança e técnica médica. Esse risco pode ser inevitável, que não decorre de um defeito do serviço prestado.

Assim, entende Sérgio Cavalieri em suas doutrinas, que considera a prática da Medicina como “atividade de risco”, ou seja, possuidora um risco inerente, essencial à própria natureza do serviço e sua forma de prestação.

Entendendo que a atividade médica é considerada uma atividade de risco. Aqueles riscos que são considerados previsíveis e esperados deverão ser informados ao consumidor/paciente. Além de não serem conceituados como defeitos no serviço médico, são chamados por iatrogênicos, advindos da conduta lícita do profissional.

Por exemplo, em uma ação judicial, após a perícia técnica, restou comprovada a ausência de culpa do profissional da saúde, mas constata-se que no Termo de Consentimento ou no contrato de prestação de serviços, faltou a indicação de uma informação ao paciente. Isso, por si só, pode gerar a condenação do médico, visto que se encaixa ao disposto na parte final do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Por isso, faz-se necessário o dever de informar.

A propósito, a conduta de deixar de apresentar ao paciente o Termo de Consentimento, é vedada, conforme o artigo 22 do Código de Ética Médica. Também versam sobre o consentimento informado os artigos 31 e 34 do mesmo código.

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

As informações prestadas de forma clara, formal e precisa quanto aos possíveis riscos ao paciente, faz com que diminua, se houver um possível dano, as ações de reparação civil, visto que, não há o que se reclamar quando lhe foi informado os riscos do procedimento. Serviria, até mesmo, de defesa judicial do médico processado.

O médico deve agir sempre com cuidado, zelo e atenção em suas práticas médicas, cumprindo fielmente as recomendações da medicina, como preceitua nos Princípios Fundamentais do Código de Ética Médica.

É como preconiza o Princípio da Beneficência que estabelece obrigação moral ao médico de agir em benefício do paciente de forma humanizada, não causando mal, aumentando os benefícios e minimizando os danos possíveis. Esse princípio faz relação com o Princípio da Autonomia, que relata o dever de agir do médico deve estar relacionado ao interesse do paciente, quando recebe um esclarecimento, dentro do seu nível intelectual, de seu quadro clínico, possa escolher ou não por se submeter a um procedimento quando não esteja em iminente risco de morte.

Ademais, o Código Penal Brasileiro penaliza com detenção de três meses a um ano ou multa a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Sendo aceitável a falta de consentimento, somente em situações de iminente risco de morte.

Constrangimento ilegal

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Aumento de pena

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

Para assinar o Termo de Consentimento, é necessário ter capacidade de fato, que é o indivíduo poder exercer plenamente os atos da vida civil, seja na

celebração de contratos ou participando das demais relações jurídicas, os incapazes não possuem essa qualidade.

Os doutrinadores Nelson Rosendal e Cristiano Chaves (2017, p.329) entendem que as pessoas naturais têm aptidão para praticar atos da vida civil, se não forem plenamente capazes, por intermédio de terceiros (representante ou assistente).

Afinal, capacidade jurídica envolve a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente, para celebrar contratos, adquirir bens, bem como, outras relações jurídicas.

O Código Civil Brasileiro, em sua redação originária, elenca as pessoas que são obrigatoriamente representadas ou assistidas por um terceiro em suas relações jurídicas.

Art.3º. São **absolutamente incapazes** de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art.4º. São **incapazes, relativamente** a certos atos ou à maneira de os exercer:

- I- Os maiores de dezesseis e os menores de dezoito anos;
- II- Os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
- III- Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- IV- Os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Além de ser necessária a capacidade para assinar o termo, o paciente, no momento de anuência do documento não pode estar sobre efeito de anestesia, tem de estar consciente, com as condições clínicas e psicológicas, para que, então, o documento tenha legitimidade e validade.

Muito se discute sobre qual o momento adequado para que o termo seja assinado. Se a melhor oportunidade seria dias antes do procedimento, como é feito nas cirurgias de laqueadura, que é possível haver uma desistência do paciente ou em instantes antes.

Várias são as posições doutrinárias. Alguns entendem que o consumidor deverá ter tempo para pensar se aceita ou não o serviço, pelo fato que quando se

envolve risco, saúde e vida, não deve ser pressionado para realizar ou não o procedimento médico/hospitalar. Nos casos de extrema urgência e emergência, quando há situações tão graves em que não será o paciente quem dará a anuência ou recusa, podendo ser algum familiar.

Há casos excepcionais, quando a situação é tão emergencial que não há como obter anuência de ninguém, assim o médico deverá agir rapidamente, sempre respeitando o Código de Ética Médica e as técnicas corretas aprendidas no estudo da medicina, como formas de salvar a vida.

No mais, alguns estudiosos entendem que, não deve ser fornecido o termo no momento contratual de um serviço de saúde, devido ao fato de se entender que nesse momento o paciente não tem opção de escolha.

Sabe-se que é inadequado fornecer o TCI no momento da contratação de um serviço de saúde, quando se discute o pagamento, direito e deveres do paciente, pois esta situação prejudica o entendimento do procedimento e fragiliza sua autonomia, colocando-o em situação de vulnerabilidade emocional sem a opção de escolha (SCIELO, 2016, p.294).

Contudo, há juristas que entendem ser desnecessário o uso desse termo de consentimento, visto entenderem ser totalmente superficiais as informações prestadas nele, por reconhecerem ser mais uma conduta ética do médico redigir o termo do que uma obrigatoriedade.

Ainda por considerarem que o profissional que escreve um Termo de Consentimento Informado, expõe somente aquilo que ele acha ser necessário ao conhecimento do paciente e não o que seja extremamente fundamental.

Não ser considerado obrigatório o uso do termo no mundo jurídico, não deixa de ser requisito primordial que todas as informações e dúvidas sejam esclarecidas ao paciente. Se ao mesmo tempo é dever do médico esclarecer é do paciente, o de escolher. A decisão final é do paciente. Como expõe o artigo 147 do Código Civil:

Nos atos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela não se teria celebrado o contrato.

No mundo jurídico, alguns doutrinadores consideram essa conduta como Direitos da Personalidade para o paciente e de Responsabilidade Civil para o médico, de modo que o tratamento forçado fere os direitos da personalidade. Na hipótese de dano, acarreta a responsabilidade civil e gera a possibilidade de indenizar.

Observa-se o caso de seguidores à religião Testemunhas de Jeová, que não aceitam a realização de transfusão sanguínea, por questões de crença religiosa. Diante disso, já houve inúmeras decisões polêmicas dos Tribunais Superiores onde discute-se, se o médico tem a obrigação de pedir ou não o consentimento do paciente ou de sua família.

Há alguns anos, teve grande repercussão, na mídia, o caso de uma menina de 13 anos que tinha uma anemia falciforme e, por consequência, teve os vasos sanguíneos obstruídos e só poderia ser salva mediante uma transfusão sanguínea de emergência. Os médicos pediram aos pais o consentimento para a realização do procedimento, mas os mesmos não consentiram, recusando-o. Em respeito à família e à religião dos pais da enferma, os médicos não executaram o método. A menina veio a falecer em decorrência da não realização procedimental necessária.

À época, o Superior Tribunal de Justiça culpou os médicos por seguirem a vontade da família e não realizarem a transfusão. Assim, desrespeitaram o Código de Ética Médica, que diz que no iminente risco de morte o profissional não precisa obter consentimento, devendo agir rapidamente usando técnicas corretas em prol da vida.

A vida é um bem maior independentemente de qualquer questão religiosa. É fato que a Constituição Federal concede o direito a qualquer cidadão de liberdade de crença, mas a primazia ao direito a vida é superior a qualquer outra liberdade ou direito previsto. Caberia, no caso, os médicos seguirem com o procedimento, já que havia o iminente risco de morte, mesmo que ferissem qualquer preceito religioso, como forma de salvar a vida da menina.

Sobre o consentimento do paciente, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar (2017), sobre o assunto, leciona:

Na obtenção de consentimento para a realização de uma cirurgia, o paciente deve ser informado a respeito dos riscos e possíveis resultados, pois cabe unicamente ao mesmo decidir sobre sua saúde, avaliar o risco a que será submetido com o tratamento ou a cirurgia, e aceitar ou não a solução preconizada pelo médico.

O Eminentíssimo Ministro entende ser um direito à liberdade, um dever constitucional, cumprindo o artigo 5º da Constituição Federal, no que tange a cada indivíduo ter a liberdade de optar ou não por se submeter a fazer um tratamento ou procedimento.

5 DECISÕES DOS TRIBUNAIS

5.1 Erro Médico Comprovado ou Não Comprovado

O erro médico nasce no instante em que o profissional não informa ao paciente sobre seu diagnóstico e prognóstico, ou até mesmo, as técnicas erradas que foram utilizadas para o tratamento.

A inobservância de uma exigência, por exemplo, em uma cirurgia, onde o profissional da medicina retirou um órgão errado que não estava próximo ao com complicações, é um erro gravíssimo e passível, conseqüentemente, de reparação civil.

Além de que, nos princípios fundamentais do Código de Ética Médica há um preceito indispensável, de que os médicos tenham para com seus colegas respeito e solidariedade, sem se eximir de denunciar atos que contrariem os postulados éticos. É proibido o profissional acobertar erro ou conduta antiética de um colega.

A responsabilidade médica é subjetiva e baseada na culpa. É preciso provar que o médico errou. Há diversos casos em que essa comprovação se torna muito difícil, pois depende de análise feita por outros profissionais. Para a doutrina civilista dificultaria para a vítima dado ao fato de que, se esbarraria no corporativismo, ou seja, há solidariedade de profissionais da mesma área, que protegem os seus pares.

Na análise feita em um processo judicial, o juiz verificará vários aspectos, como a técnica utilizada, se a obrigação era de meio ou resultado, dentre outras.

Na obrigação de meio, comum ao exercício da medicina em que à vítima incumbe, além de demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa da parte do médico. Já na obrigação de resultado é suficiente que a vítima demonstre o dano, para que a culpa deixe de ser subjetiva e passe a ser presumida, ou seja, há inversão do ônus da prova, cabendo ao médico e, não mais ao paciente, demonstrar que não errou e que o dano decorreu, por exemplo, de força maior ou caso fortuito.

Como se verifica no caso abaixo, em que o erro médico não foi comprovado pelo fato de que, na cirurgia de curetagem realizada, foram utilizadas todas as técnicas necessárias para obter um resultado satisfatório, equipe qualificada, ambiente cirúrgico adequado. Além disso, foi constatada que não havia seqüela do ato cirúrgico, nenhum dano funcional, somente uma cicatriz abdominal decorrente da cirurgia em si.

ACÓRDÃO EMENTA DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO – PROCEDIMENTO DE CURETAGEM – PERFURAÇÃO DA PAREDE UTERINA E PEQUENA LESÃO INTESTINAL – RISCO INERENTE AO PROCEDIMENTO – LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO QUANTO A AUSÊNCIA DE FALHA NA EXECUÇÃO – LESÃO SANADA – AUSÊNCIA DE SEQUELA – RESPONSABILIDADE CIVIL INEXISTENTE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. 1. É certo que a responsabilidade do hospital é objetiva e deve decorrer da falha na prestação dos serviços médicos postos à disposição dos pacientes, assim sendo, apenas restará caracterizada a sua responsabilidade quando comprovado que os seus médicos prepostos agiram com culpa ou dolo. Tem-se, portanto, que a responsabilidade civil por erro médico é subjetiva, necessitando de que seja cabalmente comprovada a culpa do mesmo, decorrente de imperícia, imprudência ou negligência, o que não se verifica na hipótese vertente. 2. A apelada apresentou abortamento retido de aproximadamente 4 (quatro) semanas, e apresentava quadro de dor abdominal e pélvica, mal estar geral e sangramento vaginal moderado. Do laudo pericial de fls. 119/133, depreende-se que o procedimento de curetagem ao qual a apelada fora submetida era o procedimento adequado a ser realizado na hipótese. 3. Relativamente à possibilidade de perfuração da parede uterina e do intestino durante a realização do procedimento de curetagem, discorreu o perito que a curetagem uterina é procedimento relativamente simples, mas que pode cursar com complicações. E a complicação mais preocupante é exatamente a possibilidade de perfuração uterina e a lesão de órgãos abdominais variações anatômicas, alterações na consistência uterina (friabilidade) são fatores que interferem e, mesmo os profissionais mais experientes estão sujeitos a este tipo de complicações. 4. O perito foi conclusivo no sentido de que: Algumas premissas devem ser observadas para diminuição consistente dos riscos da intervenção: equipe profissional adequada e suporte material (ambiente, instrumentos) suficiente e adequado. No caso em tela não se pode atribuir à falta de condições técnicas e ou materiais a ocorrência de complicação. A requerida possuía à época dos fatos, centro cirúrgico suficiente e adequado, material cirúrgico necessário e em condições adequadas, equipe de pessoal completa, capaz e experiente. 5. Não se verifica a ocorrência de erro médico na realização da curetagem e nem nos procedimentos necessários posteriores, porquanto foram compreendidas todas as diligências possíveis e disponíveis a fim de evitar o agravamento do quadro clínico apresentado pela autora. 6. Segundo o laudo pericial, a autora não possui nenhuma seqüela decorrente do ato cirúrgico de curetagem realizado, a única evidência no presente é a cicatriz abdominal. Não foram observados nenhum dano funcional (o intestino funciona normalmente, não existem aderências e /ou massas abdominais palpáveis), houve recuperação da parede uterina e da função e capacidade de sustentar gravidez. 7. Impõe-se a reforma integral da r. sentença, pois uma vez não configurada a culpa

da profissional, cumpre reconhecer, reflexamente, a ausência a responsabilidade do nosocômio recorrente. 8. Recurso conhecido e provido. 9. Ônus sucumbenciais invertidos.

(TJ-ES - APL: 00278686220128080024, Relator: FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY, Data de Julgamento: 08/03/2016, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/03/2016).

No caso apresentado abaixo, foi possível a comprovação do erro médico. Configurada responsabilidade civil objetiva do poder público, quanto ao tratamento inadequado de um médico ocorrido em hospital público.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. LESÃO NOS LIGAMENTOS DO BRAÇO. ERRO MÉDICO COMPROVADO. RESPONSABILIDADE CONFIGURADA. VALOR INDENIZATÓRIO COERENTE. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. a) 1. Hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, com base no risco administrativo. Inteligência do art. 37, § 6º da Constituição Federal. São requisitos para a sua configuração: a comprovação do dano; da ação administrativa; e do nexo causal entre o dano e a ação administrativa. Presentes tais elementos, é imperativa a responsabilização do ente público. 2. Afigura-se razoável o "quantum" arbitrado a título de danos morais ao recorrido em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), tendo em vista, especialmente, o dano sofrido, as circunstâncias, o poderio econômico do recorrente e o fator punitivo e pedagógico da indenização. 3. Recurso desprovido

(TJ-RR - AC: 0010127215738, Relator: Des. ELAINE CRISTINA BIANCHI, Data de Publicação: DJe 14/08/2014).

5.2 Responsabilidade Civil do Hospital

Os hospitais respondem objetivamente por erro médico por defeito ou má prestação do serviço médico. Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

A terceira turma do Superior Tribunal de Justiça confirmou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que condenou um hospital por negligência e imperícia, a indenizar uma mãe que no parto de sua filha, devido a uma má prestação de serviço, provocou sequelas permanentes na criança.

A perícia técnica comprovou que durante o parto, a bebê ficou sem assistência médica. Para a ministra Nancy Andrighi, não diz respeito à responsabilidade civil médica, mas sim, ao defeito na prestação de serviço hospitalar.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. FALHA E/OU MÁ-PRESTAÇÃO DE SERVIÇO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. 1. Ação ajuizada em 20/08/2007. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é i) determinar se o hospital, ora recorrente, deve ser responsabilizado por suposta falha na prestação de serviços, decorrente de complicações no parto, que ocasionaram sequelas de caráter permanente na filha da recorrida e, conseqüentemente, se deve ser condenado à compensação dos respectivos danos morais; e ii) na hipótese de se entender pela condenação do recorrente, definir o termo inicial dos juros de mora. 3. Inexistentes os vícios de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, e estando esse devidamente fundamentado, não se caracteriza a violação dos arts. 131, 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC/73. 4. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 5. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Assim, não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. Precedentes. 6. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, na hipótese do hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes. 7. Alterar o decidido pela Corte local, na hipótese dos autos, no que concerne à ocorrência de falha, defeito e má-prestação dos serviços atribuíveis e afetos única e exclusivamente ao hospital, demandaria o reexame de fatos e provas dos autos, inviável a esta Corte, em virtude da aplicação da Súmula 7/STJ. 8. O termo inicial dos juros de mora, na responsabilidade contratual, é a data da citação, nos termos do art. 405 do CCB. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

(STJ - REsp: 1621375 RS 2016/0221376-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/09/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2017).

5.3 Dever de Informar e o Termo de Consentimento Livre ou Informado

Os profissionais da área de saúde antes de qualquer procedimento e tratamento médico/hospitalar devem informar ao paciente ou responsável, sobre os riscos e conseqüências, para que os mesmos possam optar por aceitar ou não prosseguir. A exceção que, esteja em iminente risco de morte e o profissional tenha que atuar em prol da vida.

Utilizam o Termo de Consentimento Livre ou Informado para passar as informações necessárias e importantes ao paciente. No entanto, muitos médicos ainda fazem de forma verbal, o que não seria adequado por não ser meio judicial de defesa.

No julgado abaixo, o risco foi apresentado ao paciente antes do procedimento e, o mesmo, consentiu desejando mesmo assim prosseguir. No entanto, não houve quebra de confiança na relação médico-hospital-paciente pelo fato de que se cumpriu o necessário dever de informação de forma correta, mesmo que tenha acarretado na morte do paciente.

REEXAME DETERMINADO PELO STJ. RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEVER DE INFORMAÇÃO. CONSENTIMENTO INFORMADO. Em se tratando de responsabilidade civil dos hospitais e médicos, é obrigatório considerar o risco inerente da atividade tanto como meio para ponderar, de um lado, que responsabilizar os profissionais e instituições por todo e qualquer resultado fora do esperado possa inviabilizar a atividade como um todo, e, de outro lado, que o risco inerente à atividade, embora não acarrete, como regra, a responsabilização, contém em si um dever de informação necessário para que se estabeleça uma relação de confiança e boa-fé mútua entre o profissional e a instituição e o paciente (ou quem responda por ele). No caso concreto, conforme destacado no voto proferido quando do julgamento do Recurso de Apelação Cível, entendeu-se que não houve essa quebra de confiança na relação médico-hospital-paciente, na medida em que constatado que o procedimento, além de não ser inédito ao falecido, fora antecedido de exames e análises acerca do risco, que, calculado, apresentava-se diminuto. O risco, diminuto, calculado, foi apresentado ao paciente em consultas prévias à internação e à nova cirurgia - para a qual o paciente contava, inclusive, com a autorização de médico cardiologista não... integrante da relação jurídico-profissional -, e este, o paciente, consentiu com a realização do procedimento. O simples fato de não ter havido menção expressa ao artigo 6º, III, do CDC não significa dizer que a questão não foi analisada, porque as razões acima explicitadas, aqui mantidas, denotam sua análise indireta, ao menos. Nessas condições, e consideradas todas as demais circunstâncias analisadas, não se há de falar em culpa do hospital e do médico demandados pelo resultado morte nem, tampouco, pode-se falar em falta de informação ou cuidados previamente à manifestação do consentimento. RECURSO REJEITADO. (Embargos de Declaração Nº 70060147287, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 06/07/2017).

(TJ-RS - ED: 70060147287 RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Data de Julgamento: 06/07/2017, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/07/2017).

No julgado abaixo, o paciente foi informado pelo médico sobre a hipótese de um percentual de falha da cirurgia de vasectomia. Comprovado que o profissional

médico cumpriu com o dever de informar corretamente, afasta a culpabilidade e, por consequência, a possibilidade de indenização.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. VASECTOMIA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. INEXISTÊNCIA DE FALHA NO PROCEDIMENTO. DEVER DE INFORMAR OBSERVADO. DEVER DE INDENIZAR NÃO CARACTERIZADO.

Inexistência de provas nos autos para comprovar imputada falha na realização da vasectomia realizada pelo demandado, ou de erro médico havido no procedimento. Comprovação do dever, pelo médico réu, de informar acerca da falibilidade do procedimento de vasectomia, tendo os autores assinado termo de consentimento no qual constava tal esclarecimento, o que afasta a tese de desconhecimento da possibilidade, ainda que remota, de reversão natural do método. Os exames trazidos aos autos, realizados após a cirurgia, apontavam a infertilidade do autor, de modo que não restou caracterizado erro do médico na avaliação dos laudos e na liberação do autor para ter relações sexuais. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

(Apelação Cível Nº 70060383296, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 10/09/2014).

Os julgados apresentados são recentes e demonstram lides entre médicos e pacientes no que tange ao dever de informação, erro médico comprovado ou não e o Termo de Consentimento Livre ou Informado, bem como, a responsabilidade civil do hospital.

6 CONCLUSÃO

A informação é um dever do médico e direito do paciente. Com isso, é obrigatório que o médico forneça ao paciente todas as informações necessárias e essenciais sobre qualquer tratamento e procedimento médico/hospitalar.

O Código de Defesa do Consumidor prescreve, no seu artigo 14, que o defeito do serviço pode decorrer, ainda, da falta do dever de informação. Desta feita, o médico além de estar apto para prestar o serviço médico ao seu paciente, ainda lhe cabe o dever de informar acerca do diagnóstico, prognóstico, possíveis resultados do tratamento e os riscos aos quais o paciente submeter-se-á, em uma intervenção terapêutica ou cirúrgica.

Ao profissional da área de saúde e o hospital, de forma a evitar lide judicial sobre a informação inadequada ou não prestada, cabe informar ao paciente ou seu responsável sobre os métodos e procedimentos a serem utilizados, nos seus mínimos detalhes de forma clara e precisa.

Com isso, faz-se uso do Termo de Consentimento Livre ou Informado, um documento escrito onde compreende todas as informações detalhadas e todos os métodos que serão, posteriormente, usados pelo profissional da medicina ou pela instituição hospitalar.

O documento não pode ser considerado como uma faculdade do hospital ou do médico, mas sim, uma obrigação decorrente do dever de informação. E, em caso de uma ação judicial, esse documento poderá ser utilizado como forma de defesa, já que o médico informou ao paciente sobre os riscos, possíveis consequências e lesões que o procedimento poderia resultar.

Nos casos de iminente risco de morte, não se faz exigível que essas informações sejam prestadas corretamente, embora seja imprescindível que o profissional médico tenha o seu dever de agir com cautela, de utilização de todos os recursos possíveis de acordo com a ciência para salvar o paciente, como também a tecnologia médica.

Se todos esses cuidados fossem conferidos de forma segura, aos pacientes, danos seriam evitados e, por consequência, diminuiria o número das demandas por erro médico na justiça, que visam reparação acerca de riscos e prejuízos sofridos pelo paciente, em um procedimento.

Alguns profissionais ainda acreditam que o referido documento visa esclarecer somente informações superficiais do método, previamente, a ser realizado e acabam por não utilizá-lo.

A liberdade de escolha do paciente deve ser resguardada, priorizada e mantida em sigilo absoluto. Garantia dada pelo Princípio Ético da Privacidade na relação médico-paciente de forma que o paciente nunca se sinta constrangido.

Se a utilização do mesmo ocorresse em todas as situações em que a informação devesse ser significativa e criteriosa, traria uma maior segurança ao paciente e seus familiares e evitaria conflito, gerando harmonização, tranquilidade e uma maior confiança nas relações médico/paciente/hospital.

7 REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001102 Acesso em: 25 de outubro de 2017.

_____. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf Acesso em: 19 de outubro de 2017.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Comentários ao Código de Processo Ético Profissional em Medicina**. 5 ed. Rio de Janeiro: Publit, 2015.

_____. **Auditoria médica sob o enfoque da ética médica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Publit, 2015.

_____. **Código de Processo Ético Profissional da Medicina – Comentado e interpretado** – 3 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica** – 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Código Civil** (2002). Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** (1990). Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica** (2010). Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>> Acesso em: 24 de abril de 2018.

COLTRI, Eduardo; DANTAS, Marcos Vinícius. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 1.931/2009**. 2 ed. São Paulo: GZ, 2012.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado da Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica.../jornadas.../vjornadadireitocivil2012.pdf> Acesso em: 22 de outubro de 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view>> Acesso em: 20 de outubro de 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **Hospital Pode Responder por Erro Médico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mar-13/base-cdc-hospital-responder-justica-erro-medico>> Acesso em: 20 de outubro de 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 15 ed. Bahia: JusPodivm, 2017.

FRANÇA, Genival. **Direito Médico**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JUSBRASIL. **Dano**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10677854/artigo-927-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>> Acesso em: 13 de fevereiro de 2018.

JUSBRASIL. **Informativo 491 do STJ**. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820269/informativo-491-do-stj>> Acesso em: 18 de outubro de 2017.

JUSBRASIL. **Obrigação de Reparar o Dano**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10677854/artigo-927-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>> Acesso em: 13 de fevereiro de 2018.

JUSBRASIL. **STJ Embargos de Declaração no Recurso Especial**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23340338/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-819008-pr-2006-0029864-0-stj/inteiro-teor-23340339?ref=juris-tabs>> Acesso em: 17 de outubro de 2017.

JUSBRASIL. **STJ Recurso Especial**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7213834/recurso-especial-resp-258389-sp-2000-0044523-1-stj/voto-12960857>> Acesso em: 20 de outubro de 2017.

JUSBRASIL. **STJ Recurso Especial**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21073827/recurso-especial-resp-1097955-mg-2008-0239869-4-stj/inteiro-teor-21073828?ref=juris-tabs>> Acesso em: 17 de outubro de 2017.

JUSBRASIL. **STJ Recurso Especial**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443228136/recurso-especial-resp-1622538-ms-2016-0065270-4/inteiro-teor-443228145>> Acesso em: 20 de outubro de 2017.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7. ed. São Paulo: Rt, 2010.

SANTOS FILHO, Lycurgo dos. **História Geral da Medicina**. 1. ed. São Paulo: Hucitec Edusp, 1991.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA. **Termo De Consentimento Esclarecido e o Dever de Informa o**. Disponível em: <<http://anadem.org.br/site/termo-de-consentimento-esclarecido-e-o-dever-de-informacao/>> Acesso em: 11 de março de 2018.

SCIELO. **Termo de Consentimento Informado: entendimento do paciente cirúrgico**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ape/v29n3/1982-0194-ape-29-03-0291.pdf>> Acesso em: 18 de outubro de 2017.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil 2: **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

UFRGS. **Declaração De Helsink I**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm>> Acesso em: 19 de outubro de 2017.