

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO DIFICULDADE DA VÍTIMA EM CONSEGUIR REPARAÇÃO MESMO COM A INVERSÃO AO ÔNUS DA PROVA

Fagner Belmonte Massonette¹
Cristiane Maia da Silva Servio²
Felipe José Minervino Pacheco³

RESUMO: Este artigo científico tem como objetivo aprofundar sobre a responsabilidade civil por erro médico e para que isso ocorra será necessário analisar a responsabilidade civil do médico. Para tanto, foi realizado estudo histórico sobre o tema, por meio do levantamento de informações provenientes de pesquisa bibliográfica para compreensão do tema proposto, abordagem dos conceitos e características. Além de compreender da doutrina e jurisprudência atual sobre esse assunto, também foi discutida a obrigação do médico, destacando a abordagem dos danos que o paciente pode sofrer em função da má prestação de serviço pelo médico, bem como as causas excludentes de responsabilidade que permitem ao médico a isenção de responsabilidade civil. Para tanto foi analisada ainda a dificuldade da vítima em provar o dano sofrido, tendo assim sua reparação cada vez mais difícil de ser comprovada ou por falta no setor jurídico ou pela falta de profissional para elaboração de um laudo.

Palavras Chaves: Erro médico. Obrigação e Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This scientific article aims to delve deeper into civil liability for medical error and for this to occur it will be necessary to analyze the doctor's civil liability. To this end, originating a historical study was carried out on the topic, by lifting information from bibliographical research to understand the proposed topic, approach to concepts and characteristics. In addition to understanding the current doctrine and jurisprudence on this subject, the physician's obligation was also discussed, highlighting the approach to the damages that the patient may suffer due to poor service provision by the physician, as well as the exclusionary causes of liability that allow the medical exemption from civil liability. Therefore, also analyzed the victim's difficulty in proving the damage suffered, making reparation increasingly difficult to prove, either due to a lack of legal services or a lack of professionals to prepare a report.

Keywords: Medical error. Obligation e Civil liability.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo abordar os direitos e deveres do médico junto ao paciente e a comunidade num todo, e por fim aprofundar na responsabilidade civil

¹Graduando do Curso de Direito da Uninassau/Cacoal.

² Co- orientadora. Professora Doutora do Curso de Direito Uninassau/Cacoal.

³Orientador Professor Mestre do Curso de Direito, Uninassau Cacoal.

aplicada ao médico em razão do erro cometido. Serão conceituadas as definições de negligência, imprudência, imperícia e a diferença entre responsabilidade civil objetiva e subjetiva, tal como examinar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial no Tribunal de Justiça de Rondônia acerca do tema proposto.

A responsabilidade civil é um princípio consagrado no sistema jurídico e tem como objetivo principal preservar a segurança social e jurídica, assegurando que haja compensação sempre que um direito for infringido. Esse importante conceito jurídico pode decorrer de uma ação ou omissão, desde que esta cause danos a outra pessoa (Moira, 2017 p. 29).

Embora a responsabilidade civil seja um aspecto do Direito das obrigações, difere da obrigação por ser um dever subsequente que surge do descumprimento de uma obrigação, devido à desobediência de uma regra estabelecida em contrato ou à negligência de uma pessoa em cumprir um preceito normativo que rege a vida, enquanto que a obrigação é um dever jurídico original (Carvalho, 2011, p. 302).

Segundo Gonçalves (2015, p. 24) Também há o mesmo pensamento de que "a obrigação é sempre um dever original, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico subsequente resultante da violação do primeiro" (Gonçalves, 2015, p. 24).

Além disso, em relação à responsabilidade civil, elas se dividem em quatro categorias: ação ou omissão; culpa ou intenção; relação de causalidade e o dano sofrido pela vítima (Gonçalves, 2013, p. 52).

Dentre as várias formas de aplicação da responsabilidade civil, há uma parte dedicada ao erro médico, pois o avanço científico da Medicina vem tornando as intervenções clínicas cada vez mais comuns na sociedade e é extremamente importante para salvar vidas. Portanto, é essencial diferenciar quando o ato médico é necessário e quando é indispensável (Rodrigues, 2007).

Para tanto, é necessário também avaliar as particularidades envolvidas nos procedimentos clínicos, a fim de compreender o que realmente constitui um erro médico, distinguindo assim uma lesão causada por erro médico de uma lesão resultante de um procedimento cirúrgico, visto que a prática da medicina em si já apresenta muitos riscos (Viegas e Maciel, 2019).

Quanto aos aspectos metodológicos utilizados foram o método hipotético dedutivo que é um tipo de abordagem que submete as principais hipóteses para determinada teoria a um teste prático de falseabilidade, ou seja, testa e descartar tudo que não for verdadeiro dentre as possibilidades que serão levantadas para o desenvolvimento do trabalho que

permite apreender características inerentes ao objeto deste estudo e foi realizado um estudo bibliográfico, baseado em autores renomados que já escreveram sobre o tema trazendo assim auxílio aos juristas para entender e aplicar a regra no caso concreto e as jurisprudências aplicadas no Tribunal de Rondônia (Andrade, 2010).

1.1 Parte Histórica

A noção de responsabilidade civil teve início no direito francês e depois foi adotada por outros países. No entanto, na época romana, cabia ao Estado a função de punir, ou seja, quando ocorriam ações de indenização, às vítimas buscavam justiça por conta própria, o que era permitido pela Lei Talião (Gonçalves, 2008).

No direito romano, não havia discussão sobre culpa ou dolo, a ideia central era simplesmente a vingança privada como forma de reparar o dano. A responsabilidade civil aceitava os princípios gerais utilizados na legislação vigente.

Segundo Pereira e Tepedino (2018, p.20):

O Direito romano não chegou a construir uma teoria da responsabilidade civil, como nunca se deteve na elaboração teórica de nenhum instituto. Foi todo construído no decorrer de casos específicos, decisões dos juízes e pretores, respostas dos jurisconsultos e constituições imperiais que os romanistas de todas as épocas cuidaram de utilizar, remontando às fontes e pesquisando os fragmentos, extraindo deles os princípios e, assim, sistematizando os conceitos. No entanto, não se pode desprezar a evolução histórica da responsabilidade civil no direito romano. Na verdade, muitos dos elementos apresentados pelo direito moderno têm suas raízes na elaboração romana. Mesmo ao evidenciar contrastes, as fontes não deixam de contribuir (Pereira e Tepedino, 2018 P. 20).

2125

Com a evolução da humanidade e a mistura de culturas e crenças, foram sendo criadas leis, pois as anteriores eram baseadas apenas na vingança, como a lei de Talião "Olho por Olho, Dente por Dente" (Gonçalves, 2008).

A responsabilidade civil no Brasil teve um marco importante com a Constituição de 1988, quando ela estendeu, em seu artigo 37, parágrafo 6º, a responsabilidade objetiva aos prestadores de serviços públicos, assim como ao Estado. Esse foi, de fato, um avanço significativo na ampliação da responsabilidade objetiva, pois a expressão "prestadores de serviços públicos" abrange uma ampla área de atividades comerciais no mercado de consumo, como energia elétrica, gás, telefone, transporte e assim por diante. Até a Constituição de 1988, todos esses prestadores de serviços públicos tinham uma responsabilidade subjetiva baseada na culpa (Brasil, 1988).

Com relação a isso, é importante frisar que a Constituição Federal de 1988 assegura, em seu artigo 5º, inciso V, o direito fundamental à reparação proporcional ao dano, além de

indenização por danos materiais, morais ou à imagem. No mesmo sentido, o inciso X, artigo 5º da Carta Magna, também afirma que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, garantindo o direito à indenização por danos materiais ou morais decorrentes de sua violação (Brasil, 1988).

Da mesma forma, em 2002, a legislação brasileira ainda adotava apenas a responsabilidade civil subjetiva. Com o Código Civil de 2002, foi adicionada a responsabilidade civil objetiva, que permanece em vigor até os dias atuais (Fachini 2022).

1.2 Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil

Segundo Stoco (2004, p. 118), o conceito de responsabilidade tem origem no latim *respondere*, e em um sentido geral significa responder a algo negligente ou não intencional e reparar, ou seja, a necessidade de responsabilizar alguém por seus atos prejudiciais ou restituir o bem sacrificado, baseado na suposição de um ato ilícito cometido, o que resulta na obrigação do autor de reparar o dano.

Além disso, a responsabilidade civil é um tema muito discutido em nosso sistema jurídico, especialmente no Código Civil Brasileiro de 2002, que descreve, conforme explicado por Flávio Tartuce (2019, p. 64), "a obrigação de indenizar ou compensar os danos sofridos pela vítima".

Assim sendo, a responsabilidade surge quando não se cumpre uma determinada obrigação, resultando na imposição de sanções ao agente que desrespeitou a ordem (Tartuce, 2019, p. 43).

Segundo Sergio Cavalieri Filho (2007, p.2) a responsabilidade civil pode ser entendida como:

Um dever sucessivo surge para reparar o dano causado pela violação de um dever original. Portanto, a responsabilidade civil só é considerada quando há violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, o responsável é aquele que deve compensar o prejuízo resultante da violação de um precedente jurídico (Filho 2007, p.2).

Diante disso, é compreensível que "a aplicação de medidas que forcem alguém a reparar danos morais ou materiais causados a terceiros, devido a atos do próprio infrator, de pessoa pela qual ele é responsável, de um fato ocorrido com algum objeto ou animal sob sua guarda, ou até mesmo por imposição legal" (Diniz, 2007, p. 34).

Maria Helena Diniz (2004, p. 40) ao descrever a responsabilidade civil, afirma que o instituto:

Trata-se da aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar danos morais ou materiais causados a terceiros, devido a atos praticados por ela própria, por alguém por quem ela é responsável, por algo que lhe pertence ou por imposição legal simplesmente (Diniz 2004.p.40).

Desta maneira, a humanidade, que busca cada vez mais modernidade, traz à tona novas perguntas sobre os antigos fundamentos da responsabilidade civil e, conseqüentemente, questiona seus princípios, uma vez que sempre tem como objetivo alcançar equilíbrio. Diante disso, sabe-se que esse equilíbrio só será atingido com a reparação dos danos ou atos ilícitos eventualmente causados, demonstrando-a como um mecanismo eficaz para garantir justiça e segurança no meio social.

1.3 Tipos de Responsabilidade

Como estudado nos tópicos anteriores, ocorrendo dano injusto, material ou moral, a ordem jurídica visa imputar ao agente responsável a obrigação de reparar.

Segundo Tepedino, Guedes, Terra (2021, p. 38)

Há relevantes controvérsias em relação à responsabilidade civil, especificamente no que diz respeito à identificação de seu fundamento. Por um lado, temos a doutrina subjetiva ou teoria da culpa, e, por outro lado, a doutrina objetiva, também conhecida como teoria do risco (Tepedino, Terra e Guedes, 2021, p. 38).

2127

Existem dois tipos de responsabilidade civil: responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual. Essas surgem a partir de dois momentos específicos, respectivamente, quando há violação de uma obrigação estabelecida no contrato ou quando as normas que regem a vida são desrespeitadas (Tartuce, 2019, p. 449).

Portanto, percebe-se que "qualquer comportamento que contradiga as normas estatais ou negociadas cria para o agente a obrigação de reparar os danos causados" (Tepedino, Terra e Guedes, 2021, p. 49).

1.4 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

A responsabilidade civil contratual ocorre quando uma das partes não cumpre o contrato, sendo o inadimplente obrigado a indenizar as perdas e danos relacionados ao contrato celebrado entre as partes (Brasil, art. 389º 2002).

Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 26) afirma que todo descumprimento presume culpa, uma vez que basta ao prejudicado demonstrar que a obrigação não foi cumprida (Gonçalves, 2018, p.26).

Com isso temos a representação da responsabilidade contratual quando ocorrem danos originados da violação de deveres estabelecidos dentro do contexto de uma relação criada por um contrato ou outra forma de negócio jurídico. Os estudiosos também ressaltam que, para caracterizar esse tipo de responsabilidade, é essencial que o dano seja resultado do não cumprimento total ou parcial da obrigação assumida em determinado negócio jurídico:

Segundo Tepedino, Guedes, Terra (2021, p. 50)

Por fim, a importância da origem do dever violado é cada vez mais reduzida na configuração da responsabilidade contratual. Ou seja, não importa se o dever de conduta decorre da boa-fé objetiva imposto pela obrigação sistemática ou se é um dever de prestação estabelecido pela autonomia privada dos contratantes. O que realmente importa é que o dano resulte do não cumprimento absoluto ou relativo da prestação, independentemente da classificação do dever cuja falta levou ao resultado prejudicial (Tepedino, Terra e Guedes, 2021, p. 50),

Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 36) apresenta em sua obra, um exemplo desta espécie de responsabilidade, presente no cotidiano da sociedade:

Quando alguém entra em um ônibus, implicitamente celebra um contrato de adesão com a empresa de transporte. Está assumindo a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino de forma segura. Se ocorrer um acidente durante o trajeto e o passageiro ficar ferido, ocorre um descumprimento do contrato, resultando na responsabilidade de indenizar as perdas e danos de acordo com o artigo 389 do Código Civil (Gonçalves 2018, P.36).

De maneira geral, o descumprimento contratual é a violação de um dever jurídico relacionado a um objeto acordado, ou seja, o objeto do contrato, que neste caso resulta em uma ação civil contra o responsável pelo ato ilícito (Gonçalves, 2018, p. 26).

Sendo assim a responsabilidade civil extracontratual, também conhecida como aquiliana, inclui, por outro lado, as consequências decorrentes da violação do dever de conduta estabelecido pela lei mencionada no art. 186 do Código Civil: 'Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, mesmo que seja meramente moral, comete ato ilícito' (Brasil, 2002).

Com base na redação do artigo acima, fica evidente que qualquer pessoa que cometa um ato ilegal é civilmente responsável quando, por sua conduta, infringe os direitos de terceiros através da prática ou omissão voluntária de descuido ou imprudência que cause prejuízos a terceiros, mesmo que sejam de natureza exclusivamente moral.

Resumidamente, a responsabilidade contratual ocorre quando há violação de um dever específico estipulado em um acordo entre as partes, enquanto a responsabilidade extracontratual se origina da violação da lei ou de princípios gerais do direito (Tepedino, Terra e Guedes, 2021, p. 50).

2. Responsabilidade Civil Objetiva

De acordo com o Código Civil Brasileiro de 2002, em perfeita harmonia com o texto constitucional, promoveu alterações substanciais no campo da responsabilidade civil, estabelecendo de forma objetiva a responsabilidade em diversas situações previamente reguladas pela culpa presumida (Tepedino, Terra e Guedes, 2021, p. 41).

A responsabilidade civil objetiva possui como cláusula geral, § único do art. 927, do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (Brasil, 2002).

Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 24) explica que a responsabilidade civil objetiva, não é necessário provar culpa, basta demonstrar o dano e o nexo de causalidade. Dessa forma, essa forma de responsabilidade, também chamada de responsabilidade civil do risco, "estabelece que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem esteja relacionado a ele por um nexo de causalidade, independentemente de culpa". Resumidamente, verifica-se que, na responsabilidade sem culpa, chamada de objetiva, o elemento "culpa" é insignificante para estabelecer o dever de indenizar, no entanto, é necessário a relação de causalidade entre a ação e o dano, "pois, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar alguém que não tenha causado o evento" (Gonçalves, 2018, p. 39).

2129

Diante disso a responsabilidade objetiva, portanto, se baseia no princípio de equidade que vem desde o direito romano. Assim, aquele que obtém lucro com determinada situação deve ser responsável pelo risco ou desvantagens que dela decorrem. Dessa forma, "quem encontra as vantagens (ou lucros) deve suportar as desvantagens (ou riscos)" (Gonçalves, 2018, p. 14).

Dessa forma, neste capítulo, foram exploradas as noções gerais do instituto da responsabilidade civil, desde sua origem e conceitos relacionados ao tema, até os requisitos necessários para identificar suas diferentes espécies. No próximo capítulo, serão abordados os aspectos fundamentais da atividade médica, mais especificamente, os direitos dos médicos, os deveres médicos, os danos causados aos pacientes decorrentes de erro médico e a ética médica.

2.1 Responsabilidade Civil Subjetiva

Antes de qualquer coisa, é importante ressaltar que a responsabilidade civil subjetiva está vinculada ao artigo 186 do Código Civil, que considera a conduta ilícita como um elemento essencial, assim como ocorre na responsabilidade extracontratual (Brasil, 2002).

A obra de Tepedino, Terra e Guedes, em 2021, na página 38, explica que o sistema de responsabilidade com base na teoria subjetiva foi influenciado pelo Código Napoleônico, tendo como marco inicial no Brasil o Código Civil de 1916, que se concentrava na noção de comportamento ilícito, considerando a culpa como um comportamento criminoso. Portanto, para "ter o direito de ser compensado pelo dano sofrido, a vítima deve apresentar provas de culpa extremamente difíceis, provas gravemente manchadas de caráter moral, demonstradas por comportamento negligente, imprudente ou inaceitável" (Tepedino, Terra e Guedes, 2021, p. 38)

A responsabilidade subjetiva, conforme adotada por vários estudiosos, constitui a norma no sistema jurídico brasileiro, uma vez que é baseada na teoria da culpa. Portanto, para que o agente seja responsabilizado civilmente mediante a compensação, é necessário comprovar sua culpa genérica, que inclui o *dolus* ou seja (a intenção de prejudicar) e a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia) (Tartuce, 2019, p. 717).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 24), a responsabilidade subjetiva engloba a responsabilidade baseada na ideia de culpa como requisito necessário para caracterizar o dano indenizável. Portanto, conforme argumentado pelo estudioso, é responsabilidade da vítima provar o dano, uma vez que, se não há culpa, não há responsabilidade. (Gonçalves, 2018, p. 24).

2.2 Obrigação de Meio e de Resultado

No cumprimento de obrigações de meio, espera-se que o devedor seja prudente e tome todas as precauções necessárias para alcançar o resultado contratado. Podemos ilustrar uma obrigação de meio quando um cidadão contrata um advogado para representá-lo em um litígio judicial.

Nesse caso, espera-se que o advogado, como devedor, execute os procedimentos necessários para obter o resultado desejado, ou seja, a vitória no processo. Caso isso não seja alcançado, o advogado, como devedor, só será responsabilizado se tiver agido dolosamente e contribuído de alguma forma para o fracasso do resultado.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, "Nas obrigações de meio, a inexecução caracteriza-se pelo desvio de conduta adequada ou omissão de precauções às quais alguém se comprometeu, sem levar em consideração o resultado final" (grifo nosso) (Pereira, 1993, p. 214).

Um exemplo adicional é o caso do médico que tem a responsabilidade de empregar todos os esforços e usar todos os meios disponíveis para a cura do paciente contratante, porém sem poder garantir o resultado, ou seja, a própria cura.

Assim como no exemplo do advogado, ele será responsável pelo resultado caso sua atuação tenha colaborado de alguma forma para o insucesso. Em ambos os casos, se for constatada a responsabilidade na utilização dos meios, o profissional também será responsável pelo resultado final.

Nessa mesma linha de pensamento, de acordo com Silvio de Saulo Venosa, nas "obrigações de meio deve-se avaliar se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação". E ainda, "a simples aceitação do risco pelo devedor na garantia representa, por si só, o cumprimento da prestação" (Venosa, 2006, p.154).

Compreende-se que o devedor tem a obrigação de realizar da melhor forma possível os procedimentos necessários ao seu alcance até que se alcance o resultado desejado independente se este é positivo ou não.

2131

A principal finalidade da obrigação de resultado consiste em realizar uma atividade com o intuito de obter um resultado claro e definido. Um exemplo desse tipo de obrigação é a contratação de um empreiteiro para executar e entregar uma obra pronta e finalizada. Nesse tipo de obrigação, espera-se que o empreiteiro, o devedor, cumpra da melhor forma possível os meios necessários para garantir a entrega do objeto contratado, ou seja, a obra finalizada.

Conforme apontado pela doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, a execução das obrigações de resultado é considerada concluída quando o devedor alcança o objetivo final. (Pereira, 1993, p. 214).

Seguindo a mesma linha de raciocínio de Pereira, Silvio de Saulo Venosa comenta que, na primeira modalidade de obrigações de resultado, o que importa é verificar se o resultado almejado foi alcançado. Somente assim a obrigação será considerada cumprida. (Venosa, 2006, p. 154).

É evidente que todas as responsabilidades precisam ser classificadas de maneira clara em relação à sua natureza, pois a forma de imputação de responsabilidade é alterada de acordo com essa classificação.

Pode-se inferir que as obrigações podem ser classificadas em obrigações de meio, obrigações de resultado. Além disso, observa-se que as obrigações de meio são aquelas em que se considera a atividade realizada durante o processo do que foi contratado. Enquanto nas obrigações de resultado se considera o resultado do que foi contratado e, no caso de o resultado não ser o esperado, o devedor será responsabilizado pelo desenvolvimento da atividade de forma integral.

2.3 Negligência, Imprudência e Imperícia

Apesar dos muitos avanços tecnológicos e científicos que colaboram na área da medicina, os denominados "erros médicos" ainda podem ocorrer, levando em consideração não só a alta demanda por procedimentos estéticos e cirurgias, mas também pelo fato de que a presença do médico, ser humano sujeito a erro, é indispensável na preservação da saúde de todos.

A responsabilidade pode ser vista como a obrigação do agente causador de compensar o dano à vítima, seja esse dano material ou moral. Para entender o conceito de responsabilidade por erro médico, é necessário primeiro fazer uma distinção entre responsabilidade e obrigação. Gonçalves (2011) argumenta que a obrigação é sempre um dever primário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico subsequente resultante da violação do primeiro.

De acordo com Moraes (2003), a Justiça define o erro médico como qualquer situação em que haja danos ao paciente comprovadamente ligados a uma ação ou omissão do médico, envolvendo uma ou mais das seguintes falhas: falta de habilidade, falta de cautela e negligência.

Por sua vez, Martins (1998) considera o erro médico como uma conduta inadequada do profissional de medicina no exercício legal de sua profissão, resultando em danos à saúde, integridade física ou vida do paciente. Devido à natureza arriscada da medicina, é essencial que o profissional esteja preparado para lidar com as doenças e suas complicações ao longo do tratamento adotado, já que muitas vezes elas são consequência de práticas inadequadas do profissional, caracterizando assim o erro médico.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2013), o erro médico resulta de uma conduta humana equivocada, ou seja, de uma falha decorrente da prática da medicina, não se deixando de reconhecer a presença do elemento psicológico culpa, especialmente nas modalidades de inexperiência ou negligência. Para que o médico possa ser responsabilizado, é necessário que ele tenha negligenciado seus deveres ou os tenha ignorado. Antigamente, para que o médico fosse considerado culpado por seus erros, era preciso que ele tivesse cometido erros graves, muitas vezes resultando em perda de vida.

Segundo Teixeira (2000), para que o erro médico seja caracterizado, é necessário que haja dano ao paciente, ação do médico, uma relação efetiva de causa e efeito entre o procedimento médico e o dano causado, bem como a presença de inexperiência, imprudência ou negligência.

Não é admissível que nos dias de hoje se continue tolerando erros e negligência com a saúde e a vida humana, seja por parte dos médicos, muito menos por negligência ou imprudência. Atualmente, os tribunais e a doutrina têm buscado responsabilizar qualquer falta que coloque em risco a integridade física ou a vida humana.

Conforme Aguiar Junior (1995), quando um médico viola um de seus deveres, isso configura o primeiro pressuposto de sua responsabilidade civil. Além disso, deve-se acrescentar a culpa, nas modalidades de imprudência (agir com descuido), negligência (deixar de adotar as providências recomendadas) e imperícia (não cumprir a regra técnica da profissão).

De acordo com Rizzardo (2009), a culpa é composta por três modalidades: [a serem mencionadas]. O seguinte é um exemplo possível de como completar a frase final de acordo com as três modalidades de culpa, considerando a falta de informações adicionais no texto original: negligência, imprudência e imperícia.: negligência (ausência de cuidado em adotar medidas preventivas), imprudência (ações realizadas sem o devido cuidado) e imperícia (violação de regras técnicas da profissão).

De acordo com Rizzardo (2009), a culpa é formada por três modalidades:

As espécies se entrelaçam. A falta de cuidado traz nuances de imprevisibilidade. A imprudência envolve desconsideração pela diligência. Ineptidão e negligência se confundem em vários aspectos, uma vez que aquele que não é capaz de conduzir é insensato ao observar os requisitos necessários para o exercício da função. [...] A ineptidão é considerada como mais um elemento integrante, assim como descuido, distração, leviandade, etc. (p.17).

A ocorrência da ineptidão se dá quando um profissional médico atua com falta de habilidade e técnica adequada para realizar uma determinada atividade, causando danos ao

paciente. No caso da imprudência, ocorre quando o profissional age sem precaução e sem avaliar as consequências de seus atos, colocando em risco a vida do paciente. O médico age com negligência quando negligencia uma responsabilidade esperada de sua profissão, que exige habilidades médicas em determinadas situações.

2.4 Direitos e Deveres dos Médicos

3. Direito do Médico

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217, datada de 27 de setembro de 2018, é responsável por regular as prerrogativas dos médicos no atual Código de Ética Médica e são apresentados diversos direitos destinados aos profissionais da saúde durante o exercício de sua profissão (Conselho Federal de Medicina, 2018).

Diante disso é direito do médico de acordo com o Código de Ética Médica, no que tange a sua autonomia no exercício da profissão e relação com os pacientes:

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente sem permitir que o acúmulo de encargos ou de consultas venha prejudicar seu trabalho.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência (Conselho Federal de Medicina, 2018).

2134

De acordo com João Monteiro de Castro (2005, p. 169), essa garantia possui um duplo fundamento.

O primeiro, no direito social constitucionalmente garantido (art. 6º da CF) de o paciente tratar de sua saúde escolhendo livremente o profissional de sua confiança; o segundo, no igualmente garantido art. 5º, XII da CF) direito do médico de trabalhar, exercendo licitamente a profissão para a qual está habilitado (Castro 2005, P. 169).

Tal hipótese interfere na responsabilidade civil do médico da seguinte forma: representa um direito significativo para a sua atuação profissional, pois preserva sua independência no exercício da profissão, ao permitir a internação de pacientes particulares nos hospitais, desde que sejam seguidas as normas internas da instituição.

Verifica-se, assim, ao analisar o código de ética médica, que os direitos assegurados aos médicos têm como objetivo dignificar a prática profissional médica, garantindo sua independência, condições adequadas para exercer a profissão, remuneração digna e justa, proibindo qualquer forma de discriminação.

3.1 Dever do Médico

Nas palavras de José de Aguiar Dias, (1994, p. 254), “o médico é, ao mesmo tempo em que conselheiro protetor e guarda do enfermo que lhe reclama os cuidados profissionais” (Dias, 1994, p. 254).

Nesse contexto, é importante ressaltar a existência de obrigações médicas estabelecidas no Código de Ética Médica, instituído por meio da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.217/2018, que, de maneira geral, orientam a prática da atividade médica (Conselho Federal de Medicina, 2018).

Portanto, ao regular a conduta do médico e impor direitos, deveres e normas a serem seguidas no exercício da profissão, o Código de Ética Médica representa uma garantia de qualidade, segurança e respeito para a sociedade, tanto no trabalho realizado por médicos da rede pública como da rede privada em todo o país (Novo, 2019).

De acordo com Ruy Rosado de Júnior Aguiar (2000, p. 7), ensina-se que o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, de acordo com o estado da ciência e as regras estabelecidas pela prática médica (Aguiar, 2000, p.7)

Segundo Gustavo Tepedino, Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Aline de Miranda Terra (2021, p. 331), é fundamental identificar os deveres atribuídos aos profissionais de saúde para analisar a culpa. Esses deveres podem ser divididos em três categorias: "a) o dever de fornecer informações abrangentes sobre o diagnóstico e prognóstico; b) o uso de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e permitidas por lei; c) a proteção do melhor interesse do paciente em relação à sua dignidade e integridade física e psicológica." (Tepedino, Guedes, Terra, 2021, p.331).

À luz dessas considerações, José de Aguiar Dias (1997, p. 116) argumenta que as obrigações implícitas no contrato médico podem ser categorizadas da seguinte forma: (a) deveres de aconselhamento, (b) deveres de cuidado e (c) deveres de abstenção de abuso ou desvio de poder. Nesse sentido, o autor afirma que o dever de aconselhamento corresponde ao dever de informar, conforme estabelecido no próprio Código de Ética Médica, em seu Artigo 34, que proíbe o médico dê "Ao paciente, é vedado deixar de informar o diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento, exceto nos casos em que a comunicação direta possa lhe causar danos, devendo, nesse caso, comunicar ao seu representante legal" (Dias 1997 p.116).

Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor, de maneira semelhante, estabelece, no art. 6, inc. III, o Princípio da Transparência, garantindo o direito do consumidor de ser informado sobre todos os aspectos do serviço ou produto adquirido:

São direitos básicos do consumidor

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. (Brasil, 1990)

Para Eduardo Dantas e Marcos Vinicius Coltri (2010, p. 105), a adequação no exercício da atividade médica está diretamente relacionada ao direito de informações garantido pelos médicos, o qual pode ser compreendido como:

A prestação das informações sobre o quadro do paciente, quais são as opções de procedimento, quais as consequências de cada um dos procedimentos, possíveis benefícios dos procedimentos e, principalmente, quais os riscos envolvidos em cada um dos procedimentos. Ainda o paciente deve ser informado sobre as consequências e os riscos inerentes a não adoção de procedimentos (Coltri 2010, p. 105)

Importante ressaltar, também, que as informações referentes ao procedimento ou circunstâncias médicas às quais o paciente está submetido devem ser transmitidas de forma compreensível e esclarecedora ao leigo, com o objetivo de alcançar sua finalidade, uma vez que "têm o propósito de permitir que o paciente lide com a doença e decida sobre o tratamento recomendado ou a cirurgia proposta" (Junior, 2000, p. 8).

2136

É fundamental ressaltar ainda que o dever de informação do médico não é absoluto. Dessa forma, em situações excepcionais, quando há risco de prejudicar o paciente, o Código de Ética Médica permite ao médico deixar de fornecer certas informações, como, por exemplo, quando essas informações podem abalar seu estado emocional ou psíquico.

Art. 34, Código de Ética Médica. É vedado ao médico: Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal (Conselho Federal de Medicina, 2018).

No entanto, nessas circunstâncias, cabe ao médico fornecer as informações ao representante legal do paciente, de acordo com o estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em um caso especial.

A obrigação do médico de informar consiste em esclarecer ao paciente sobre os riscos do tratamento, seus benefícios e desvantagens, as possíveis técnicas a serem utilizadas, bem como fornecer prognósticos e informações sobre o quadro clínico e cirúrgico, exceto quando essa informação possa causar um impacto psicológico, ocasião em que a comunicação será feita ao seu representante legal (Supremo Tribunal de Justiça, 2018).

Portanto, o médico, na condição de especialista, com conhecimentos e habilidades específicas, é obrigado a cumprir suas responsabilidades para com o paciente não apenas no nível da competência comum que os profissionais geralmente possuem, mas também nesse nível particular de habilidade e cuidado ao qual todo médico deveria se equiparar, a fim de dedicar pesquisas e prestar atenção especial ao tratamento adequado ao caso (Conselho Federal de Medicina, 2018).

Os médicos se comprometem com o “tratamento dedicado de seus clientes, utilizando as medidas adequadas”, mas estão sujeitos à responsabilidade civil quando se comprove qualquer forma de culpa: imprudência, negligência ou conduta inadequada. Em resumo, o médico deve agir em conformidade com as normas, ética e princípios médicos, empregando todos os esforços e recursos disponíveis para curar o paciente com cuidado e dedicação, evitando causar-lhe qualquer dano (Gonçalves, 2018, p. 204).

3.2 Danos causados a pacientes decorrentes de erros médicos

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019, p. 298) É definido como erro médico como uma “falha profissional atribuída ao praticante da medicina”. Os estudiosos enfatizam ainda que na caracterização do erro há a presença do elemento culpa, “especialmente através da imperícia ou negligência” (Filho, Gagliano, 2019, p. 298).

2137

Vale ressaltar, no entanto, que as atividades dos profissionais da saúde são, em geral, suscetíveis a causar danos morais e materiais, frequentemente violando os direitos da personalidade ou os patrimoniais dos pacientes (Nader, 2016, p. 981).

Sendo assim é responsabilidade do médico realizar o tratamento, observando todas as condições éticas e utilizando todos os meios disponíveis para buscar a cura do paciente. De forma geral, o médico tem o dever de exercer a medicina com o objetivo de valorizar e dignificar a vida humana, respeitando acima de tudo os valores éticos, morais, religiosos, os costumes e os princípios fundamentais da humanidade, assim como o direito inalienável do ser humano - a vida como um bem supremo (Novo, 2018).

Nesse contexto, quando ocorre dano causado pelo médico decorrente de atos extrajudiciais inerentes à atividade médica, como negligência, emissão de atestados falsos, proferir informações equivocadas em conferências ou em obras escritas, entre outros, configura-se a responsabilidade civil do médico (Tepedino, Terra e Guedes, 2021, p. 327).

Nesse sentido, a infração aos deveres médicos legais estabelecidos principalmente no Código de Ética Médica resulta na responsabilidade civil do agente, no caso, do

profissional médico que executou determinada conduta (Conselho Federal de Medicina, 2018).

Portanto, o embasamento legal da responsabilidade do médico por danos causados aos pacientes no exercício profissional está previsto no artigo 951 do Código Civil de 2002, que prevê a "compensação devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar seu estado, causar lesão ou inabilitá-lo para o trabalho" (Brasil, 2002).

De acordo com Paulo Nader (2016, p. 983), a saúde pode ser prejudicada pela ocorrência de doenças, agravamento de doenças existentes ou lesões corporais. Em resumo, existem duas categorias de danos que podem surgir da atividade médica:

[...] no que diz respeito aos danos causados pelos serviços hospitalares, no contexto do chamado contrato de hospedagem, relacionados aos exames, enfermarias, equipamentos e infraestrutura de apoio ambulatorial, a responsabilidade é objetiva. Isso significa que tanto o mau funcionamento dos equipamentos quanto a falha do pessoal paramédico podem resultar em danos. Nesse caso, o hospital ou clínica responsável pode exercer o direito de regresso contra o funcionário que, por negligência, causou o dano (art. 13, parágrafo único, Código de Defesa do Consumidor). Também se incluem nessa categoria as infecções hospitalares decorrentes de serviços de assepsia defeituosos, ou seja, as infecções que não são resultado de caso fortuito, mas sim do alarmante surgimento de novos vírus e bactérias (Nader, p. 983).

Aguiar Dias (1997, p. 11) apresenta vários casos comuns de erros ou falhas por parte do médico: "estar exposto a riscos desnecessários; manter um dispositivo que cause reações anormais; negligenciar normas de higiene e assepsia; prescrever com uma letra ilegível, permitindo equívocos; prescrever remédios tóxicos sem investigar incompatibilidade e intolerância, entre outros" (Dias 1997 p.11).

Apesar disso, é importante ressaltar que nem toda ação do médico que resulta em um efeito diferente do pretendido constituirá um erro médico ou um dano médico consequente. Assim, quando o médico não consegue curar o paciente, ou quando os recursos utilizados são insatisfatórios, trata-se de uma falha na execução de uma obrigação, e nesse caso, a culpa do médico não é presumível, uma vez que o profissional "não se compromete a curar, mas sim a agir de acordo com as normas e os métodos da profissão" (Gonçalves, 2018, p. 204).

No mesmo sentido nem sempre o dano será resultante de um erro médico, uma vez que para que isso ocorra é necessário que "a conduta do profissional tenha sido a causa direta do dano ao paciente", bem como que o dano seja consequência de uma conduta negligente, imprudente ou inepta do profissional (Giovanini, 2014).

Dessa forma, quando se trata de danos sofridos pelo paciente no ambiente hospitalar, mas resultantes de uma doença prévia desconhecida pelo paciente e não diagnosticável, no entanto, agravada pelo tratamento médico de uma doença simples, não se pode falar em erro médico, e, portanto, a responsabilidade civil do médico está excluída.

Nessa perspectiva, como afirmado por Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 204), o fato de não alcançar a cura do paciente não significa que o médico foi negligente, especialmente porque esses profissionais assumem uma obrigação de "meio" e não de "resultado" (Gonçalves 2018, p 204).

Flávio Tartuce (2019, p. 877) define a obrigação de meio como aquela em que "o devedor só é obrigado a se esforçar para perseguir um resultado, mesmo que esse resultado não seja alcançado", ao contrário da obrigação de resultado, onde a prestação só é cumprida com a obtenção de um resultado, geralmente prometido pelo devedor antecipadamente (Tartuce 2019, p. 877).

Cabe ressaltar que a atividade exercida pelo médico não tem como objetivo direto a cura, mas sim a "prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com os avanços da ciência" (Gonçalves, 2018, p. 204).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019, p. 298) corroboram com essa perspectiva, afirmando que, diante da natureza da obrigação de meio na prestação de serviços médicos, não é possível ao profissional afirmar peremptoriamente que curará o indivíduo (Filho, Gagliano, 2019, p 298).

Em situações em que o dano é causado por um médico devido à sua falta de habilidade, falta de conhecimento médico ou falta de cuidado e prudência, surge à responsabilidade civil pela violação consciente de um dever ou pela falha objetiva do dever de cuidado, o que obriga o médico a reparar o dano causado (Gonçalves, 2018, p. 208)

A ocorrência do dano moral e material resultante da conduta incorreta do profissional, seja por negligência, falta de habilidade ou imprudência, acarreta a responsabilidade civil do profissional para garantir que o paciente prejudicado retorne ao seu estado anterior e para "aliviar a existência dele, indevidamente marcada pelo dano causado pelo médico" (Novo, 2018).

3.3 Relação paciente e médico

A relação entre o médico e o paciente é caracterizada como uma relação de consumo e, portanto, é regulada pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor.

O CDC estabelece, no artigo 14, que "o fornecedor de serviços é responsável, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por falhas na prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos" (Brasil, 1990).

É considerado um serviço com falhas nos termos do parágrafo 1º, artigo 14 do CDC, aquele que "não oferece a segurança que o consumidor pode esperar dele, levando em consideração as circunstâncias relevantes, incluindo: I - a forma como é fornecido; II - o resultado e os riscos que razoavelmente se esperam dele; III - a época em que foi fornecido" (Brasil, 1990).

3.4 Dificuldade em provar o erro médico

Os processos legais conhecidos como ações de erro médico, na maioria das vezes, são aqueles em que o autor, geralmente um paciente ou seus parentes (no caso de falecimento), alega que um médico cometeu intencionalmente ou por negligência um ato ilegal que causa danos e é passível de indenização (Papi 2022).

2140

Nesses casos, para determinar se a ação deve ser considerada procedente ou não, além dos outros requisitos legais, o juiz responsável pelo caso precisa avaliar o elemento subjetivo do médico no momento em que praticou a conduta considerada prejudicial, ou seja, se o profissional agiu pelo menos com culpa (demonstrando negligência, imperícia ou imprudência), conforme exigido pelo artigo 14, parágrafo 4, da Lei 8.078/90 (Brasil, 1990).

As atuais regras de distribuição do ônus da prova estão estabelecidas no artigo 373, parágrafo único, incisos I e II do Código de Processo Civil. Em linhas simples, é responsabilidade do autor comprovar a existência do que alega, enquanto cabe ao réu provar fatos que impeçam, modifiquem ou extingam o direito do autor (Brasil, 2015).

No contexto médico, presume-se então que o paciente deve apresentar prova da conduta culposa do médico. Contudo, a experiência nos mostra que a jurisprudência raramente aplica essa premissa, muitas vezes invertendo o ônus da prova, seja com base nas regras do Código de Defesa do Consumidor ou no próprio Código de Processo Civil (Papi 2022).

No entanto, na prática, tem sido observado que mesmo nessas circunstâncias, os juízes têm determinado a inversão do ônus da prova, fundamentados na distribuição

dinâmica desse encargo probatório, conforme autorização do artigo 373, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil (Brasil, 2015).

Nos casos previstos em lei ou em face de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do princípio geral ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, o juiz poderá atribuir o ônus da prova de forma diversa, desde que o faça por decisão fundamentada, devendo conceder à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (Papi 2022).

Portanto, por considerarem que, em geral, o paciente é uma pessoa leiga diante de todo o conhecimento técnico possuído pelo médico, mesmo quando não há remuneração direta pelos serviços, os juízes acabam invertendo o ônus da prova em prejuízo dos profissionais da saúde (Gonçalves, 2018, p. 186).

Por outro lado, mantendo-se a alocação do ônus da prova a favor daquele que a alega, no caso o autor-paciente, cabe a ele provar apenas que o médico não o tratou adequadamente. Essa regra, que é a mais apropriada não requer grande esforço intelectual, uma vez que é mais simples provar que uma conduta não foi adequadamente tomada por meio de uma perícia, do que para um médico demonstrar que nenhum procedimento clínico foi realizado de forma incorreta (Dias, 1997 p.19).

2141

Como mencionado nos capítulos anteriores, os médicos são suscetíveis a erros no exercício da profissão, e, portanto, à ocorrência de danos a pacientes, podendo dessa forma, atingir tanto os direitos da personalidade, quanto os direitos de ordem patrimonial destes.

O aumento dos litígios envolvendo o profissional e o paciente é justificado pelo crescimento de especialidades de risco e maior conscientização dos direitos pessoais. Assim, no caso de falha no tratamento ou intervenções cirúrgicas e consequentes danos ao paciente, ele abre uma ação de indenização (Nader, 2016, p. 665).

A responsabilidade civil do médico em relação a indenizações por danos à saúde do paciente é uma das que se destaca em processos judiciais, e há várias causas para o aumento dessas ações contra médicos e hospitais (Nader, 2016, p. 665 e 983).

Nessa perspectiva, Gustavo Tepedino, Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Aline de Miranda Terra (2021, p. 241) mencionam que, para configurar a responsabilidade do médico, é necessário investigar a existência de um nexo causal entre o procedimento adotado pelo profissional (ato danoso) e o próprio dano sofrido pelo paciente, especialmente levando em consideração a existência de um prejuízo efetivo e atual, bem como a culpa como elemento indispensável para a responsabilização em análise (Tepedino, Guedes e Terra, 2021, p. 241).

Abordando a respeito da necessidade de prova na responsabilidade extracontratual ou *delitual*, Aguiar Júnior (2000, p. 6) destaca que o autor da ação deve comprovar, além do dano e do nexo de causalidade, a imprudência, negligência ou imperícia do agente (culpa), absolvendo o réu da obrigação de responder pela indenização caso o autor não cumpra essa incumbência (Aguiar Junior, 2000, p. 6).

No presente caso, o elemento culpa é caracterizado quando o agente causador do dano, nesse caso o médico, pratica determinado ato ou procedimento de maneira negligente, imprudente ou imperita, de acordo com o art. 186 do Código Civil de 2002. Dessa forma, a conduta prejudicial do médico em relação ao paciente constitui um ato ilícito, o que, por si só, determina a obrigação de indenizar ou reparar o dano, conforme expresso no art. 927 do código civil (Brasil, 2002).

Como bem observado por Humberto Theodoro Júnior (2000, p. 119).

Quando se trata de ação indenizatória fundada em erro médico, 'nenhum tipo de presunção é de admitir-se, cumprindo ao autor, ao contrário, o ônus de comprovar, de forma idônea e convincente, o nexo causal entre uma falha técnica, demonstrada in concreto, e o resultado danoso queixado pelo promovente da ação indenizatória.

Este foi o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, durante julgamento do processo nº 7028880-95.2017.822.0001 que desproveu o apelo após verificar-se a ausência de conduta culposa dos médicos envolvidos:

2142

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE NEXO ENTRE A CONDUTA E O RESULTADO DANOSO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

Não havendo nexo causal entre a conduta médica e o resultado danoso, é imperioso concluir pela improcedência do pedido indenizatório, uma vez que o contrato existente entre o médico e o paciente é de meio, havendo necessidade premente de demonstração do erro profissional, o que não se vislumbra no presente caso.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL, Processo nº 7028880-95.2017.822.0001, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Especial, Relator (a) do Acórdão: Des. Hiram Souza Marques, Data de julgamento: 21/08/2023.

No mesmo raciocínio, destaca-se no processo nº 7003961-39.2022.822.0010 julgado pela Egrégia corte de Justiça Rondoniense o qual foi desprovido, diante da ausência de provas da conduta culposa do profissional da saúde:

Apelação Cível. Cobrança. Indenização por danos morais. Responsabilidade civil. amputação da perna. Lesão. Negligência, imprudência ou imperícia médica. Atendimento. Falha. Não demonstrada. Inexistência de nexo causal. Recurso não provido.

1. Para restar configurada a responsabilidade civil e o dever de indenizar decorrente de erro médico procedimental, imperioso se faz comprovar ter ocorrido negligência, imperícia ou imprudência e que tenha sido essa falha a causa determinante do dano. Precedentes da Corte.

2. Não demonstrada a falha no atendimento médico realizado, não há que se falar em responsabilidade civil.

3. Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL, Processo nº 7003961-39.2022.822.0010, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Miguel Monico Neto, Data de julgamento: 27/09/2023

No mesmo sentido, destaca-se no processo nº 7010676-63.2018.822.0002 julgado pela Egrégia corte de Justiça Rondoniense o qual foi desprovido, diante da ausência de provas da conduta culposa do profissional da saúde:

Apelação Cível. Responsabilidade civil. Indenização por danos. Erro médico. Ausência de comprovação.

1. Nas ações que visam à indenização em razão de erro médico, imprescindível é a prova da culpa do agente por imprudência, imperícia ou negligência.

2. Não comprovada a existência de erro ou negligência médica, afastando o dever do ente público de indenização, impõe-se a improcedência do pedido.

3. Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL, Processo nº 7010676-63.2018.822.0002, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Daniel Ribeiro Lagos, Data de julgamento: 12/07/2023

No que diz respeito à responsabilidade civil objetiva, o Código de Defesa do Consumidor regula no artigo 14 que os fornecedores de serviços são responsáveis por danos independentemente de culpa. No entanto, em relação aos médicos e outros profissionais liberais, o parágrafo 4º do artigo 14 do CDC adota a responsabilidade subjetiva, considerando a natureza pessoal dos serviços prestados por esses profissionais (Brasil, 1990).

2143

Paulo Nader argumenta que, na relação entre médico e paciente, estes já os conhecem ao procurá-los e depositam confiança neles, cabendo a eles a responsabilidade civil por eventuais danos (Nader, 2019, p. 983)

No tocante a reparação do dano causado pelo agente, Carlos Alberto Bittar (1990, p. 3) observa que:

[...] a reparação representa meio indireto de devolver-se o equilíbrio às relações privadas, obrigando-se o responsável a agir, ou a dispor de seu patrimônio para a satisfação dos direitos do prejudicado. Já a pena corresponde à submissão pessoal e física do agente, para restauração da normalidade social violada com o delito. Dessa forma, se o médico atua culposamente em determinado procedimento ou conduta, contribuindo para o resultado danoso ao cliente, responderá pelo ilícito causado, sem prejuízo da responsabilidade de todos aqueles que tenham concorrido para o dano. Em suma, considerando-se que em caso de danos sofridos por pacientes, decorrente da conduta médica, a responsabilidade civil aplicável é de natureza extracontratual (subjetiva), deve-se proceder a verificação da culpa do profissional, ou seja, investigar se o dano decorreu diretamente da conduta dolosa ou culposa do médico, ou se a mesma contribuiu de alguma forma para o resultado danoso (Bittar, 1990, p.3)

Enfim, diante de tudo o que foi apresentado, a conclusão extraída é que, por mais que o paciente tenha a inversão do ônus da prova, ela não consegue a reparação do dano sofrido

devido a dificuldade de provar o que foi levantado no processo, até pela dificuldade de conseguir um perito para dar seu laudo a respeito do assunto.

Com isso nas ações civis, assim como em outras áreas de responsabilidade, percebe-se uma considerável dificuldade em determinar, de maneira serena e precisa, se o médico foi de fato negligente, imprudente ou inexperiente, ou se o dano decorreu de outras circunstâncias. Quando há uma prova convincente de conduta inadequada, como por exemplo, uma radiografia que revela um instrumento cirúrgico deixado no corpo do paciente, as evidências são claras e há pouco a ser discutido.

Portanto o problema surge quando não se tem esse tipo de elemento nos autos. A prova do erro médico muitas vezes se torna quase impossível para o paciente supostamente prejudicado, principalmente devido à dificuldade que enfrenta para obter documentos e testemunhas.

Contudo existe uma complexidade técnica nos processos que é praticamente desconhecida pelos leigos. Esses procedimentos normalmente são realizados por uma equipe em uma instituição de saúde e, quando ocorre algum erro, os membros dessa equipe tendem a ficar em silêncio ou tentam justificar suas ações.

Além disso, também há o tempo que às vezes passa entre o evento prejudicial e a abertura do processo, o que torna ainda mais difícil a coleta e apresentação de evidências. A medicina não pode ser considerada uma ciência completamente precisa. De fato, as atitudes dos médicos e de seus auxiliares muitas vezes se baseiam em probabilidade, em decisões tomadas sob muita pressão e até mesmo cansaço físico e psicológico.

Sendo assim não se pode presumir que, no exercício normal de sua profissão, o médico tenha a intenção de causar dano ao paciente. E mesmo que ele tenha cometido um erro, é raro que ele admita tal fato em um processo judicial ou administrativo.

Diante disso um processo envolvendo erro médico é conduzido sem a necessidade de um exame pericial, uma vez que a conclusão se ocorreu ou não tal erro depende de especialidades técnicas que o juiz não detém.

Segundo Moraes, 2003, p. 594:

A expressão perícia vem do latim e indica habilidade. É utilizada no sentido amplo para a diligência feita para esclarecer fatos. Significa pesquisa, exame, verificação de fatos e deve ser feita por pessoa de reconhecida competência técnica no assunto (Moraes, 2003, p. 594).

O artigo 145, caput, do Código de Processo Civil dispõe: “Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no artigo 421” (Brasil, 2015).

De acordo com o artigo 420 do Código de Processo Civil, há três categorias de perícia que devem ser consideradas: exame, vistoria e avaliação. Segundo João Batista Lopes (2002, p. 131), o exame “consiste em uma forma de perícia que se concentra em objetos ou pessoas com o intuito de verificar fatos ou circunstâncias relevantes para a causa” (Lopes, 2002, p.131).

Na opinião de Lopes, sempre que o juiz puder, de forma mais simples ou menos onerosa, apurar a veracidade das alegações das partes, deverá evitar a realização da prova pericial e valer-se de outros elementos para formar sua convicção (Lopes, 2002, p.131).

Porém, na prática, verifica-se que isso raramente ocorre. As questões postas em juízo pelas partes são tão complexas e suas versões dos fatos tão divergentes que a prova pericial se torna indispensável, vindo a se somar com as demais.

Portando o especialista é alguém em quem o juiz confia e pode ser designado livremente. Por ser considerado um auxiliar da justiça, ele assume responsabilidades perante o tribunal e não pode apresentar nenhum dos motivos que levantem suspeitas ou impeçam seu trabalho imparcial com as partes envolvidas, como amizades íntimas, inimizades profundas, relações comerciais, parentesco de até segundo grau, interesse no caso, entre outros (arts. 134 e 135 do CPC) (Brasil, 2015).

Além disso, os assistentes técnicos são profissionais nomeados pelas partes envolvidas que podem acompanhar o trabalho do especialista e, eventualmente, emitir seus próprios pareceres, criticando ou apoiando as conclusões do especialista oficial. Por serem escolhidos pelas partes e contratados por elas mesmas, não estão sujeitos a suspeitas ou impedimentos (art. 422 do CPC) (Brasil, 2015).

Devido ao fato de terem a mesma formação profissional e frequentemente à mesma especialização dos envolvidos no processo, isso levanta uma importante discussão sobre a possibilidade de corporativismo entre os profissionais da medicina na realização das perícias.

Kfoury Neto (2002, p. 69), preocupando-se com o assunto, discorre:

Obviamente, os médicos tendem naturalmente a adotar uma abordagem mais tolerante em relação ao ato culposo atribuído a um colega. Essa afirmação não tem a intenção de reprovação geral ou acusação infundada. A ideia é apenas destacar que o médico, convicto de que deseja apenas o melhor para o paciente sob seus cuidados, automaticamente busca uma explicação científica (ou factual) para o erro do acusado. É difícil para ele admitir que o colega foi imprudente, negligente ou cometeu uma imperícia. Por esse motivo, expressões como “intercorrência”,

"acidente", "complicação", "fatalidade" ou "resultados adversos" são preferidas. No entanto, como já mencionado, os médicos também erram. E quando esse desvio chega ao judiciário, é necessário que um especialista, preferencialmente médico atuante na área considerada, identifique claramente o erro. É aí que surgem as dificuldades mencionadas anteriormente. Pareceres inconclusivos, ambíguos, evasivos, contendo meias-verdades, revelam o receio de "condenar o colega" (Neto, 2002, p.69).

Nehemias Melo (2008, p. 172) concorda com tais assertivas, acrescentando:

A experiência mostra que é necessário ter cuidado ao analisar um parecer técnico, pois a opinião em que o perito se baseia tende a eximir o colega responsável pelo ato criminalizado, em nome do chamado "esprit de corps" ou solidariedade profissional. Felizmente, o juiz não está restrito ao laudo pericial. Embora possa ser leigo em assuntos médicos, ele tem permissão para formar sua convicção com base em outros elementos do processo, mesmo que isso signifique discordar da conclusão pericial. A razão lógica por trás dessa autorização legal é simples, pois deriva da independência que o juiz deve ter ao exercer sua função elevada. Aceitar que o juiz deva subordinar sua decisão à conclusão do laudo pericial seria o mesmo que afirmar que o perito seria o verdadeiro juiz do caso, o que seria um contrassenso evidente. Esses fatos revelam o receio de "condenar o colega" (Melo, 2008, p.172).

Segundo Moraes (2003, p. 459), o espírito de solidariedade entre os profissionais da área pode existir, porém jamais deve ser utilizado para encobrir médicos negligentes, imprudentes e inexperientes, mas sim para fortalecer médicos competentes, dedicados e íntegros, assim como toda a classe médica.

Compreende-se que deve ser aplicado o princípio latino *iudex est peritum peritorum*, ou seja, "o juiz é o perito dos peritos". Cabe ao magistrado, com base em sua experiência profissional e de vida, analisar todos os elementos do processo, e não apenas o parecer técnico, a fim de chegar a uma decisão verdadeiramente justa (Moraes, 2003, p. 459).

Mas infelizmente isso na prática não é feito, e as vítimas passam anos aguardando um desfecho, em seu processo reparação do mal sofrido e acaba não tendo um final feliz e nem sua reparação feita, devido à dificuldade de nomeação do perito ou pela dificuldade do juiz chegar a um veredito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi descrito neste artigo, é possível observar que a relação entre médico e paciente acarreta implicações tanto civis quanto criminais para o paciente. Além disso, existe também uma relação de consumo entre médico e o paciente. Nesse contexto, foi possível compreender que, de maneira geral, a responsabilidade civil busca restabelecer

o estado moral ou financeiro que a vítima possuía antes do dano, por meio de uma compensação pecuniária devida pelo responsável que cometeu de certa forma um ato ilícito.

Diante disso é importante ressaltar a relevância do assunto discutido ao longo deste trabalho, principalmente porque a questão da responsabilidade civil médica tem se tornado cada vez mais presente na sociedade, nos litígios modernos e nos debates entre profissionais do direito. Além disso, vem sendo cada vez mais incorporada às áreas de atuação de diversos escritórios de advocacia e tornando-se objeto de especialização. Infelizmente, ao analisar as jurisprudências brasileiras, doutrinas e artigos jurídicos, constata-se um número significativo de casos de erros médicos e danos sofridos por pacientes onde o poder judiciário é responsável por punir os crimes cometidos por qualquer profissional, incluindo os médicos

Foi verificada ainda a dificuldade da vítima em provar o dano sofrido, tendo assim sua reparação cada vez mais difícil de ser comprovada, ou pela falta de um perito médico que aceite fazer sua perícia ou, quando é feito pela má qualidade de informações prestadas, trazendo assim uma análise inconclusiva onde o jurista acaba não conseguindo dar seu veredito no processo, levando assim a entender que por mais que a vítima tem a inversão do ônus da prova, no final isso não vale de nada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado De. Responsabilidade civil do médico. **Superior Tribunal de Justiça**, 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/555>. Acesso em: 10 out. 2023.

RUY ROSADO DE, Aguiar Júnior. Responsabilidade civil do médico: aspectos jurídicos da Medicina. **Direito e Medicina**, 2000. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79058471.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

ANDRADE, M. M. **Introdução à metodologia do trabalho científico**: elaboração de trabalhos na graduação. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL, Constituição Da República Federativa Do Brasil. **Planalto**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL, Lei Nº 10.406, De 10 De Janeiro De 2002. Institui o Código Civil. **Planalto**, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 02 out. 2023

BRASIL, Lei Nº 13.105, De 16 De Março De 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidente da república, 1990. **Planalto**, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 out. 2023.

BRASIL, Lei Nº 8.078, De 11 De Setembro De 1990. Código do Consumidor. Brasília, DF: Presidente da república, 1990. **Planalto**, 1990. Disponível em:www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2023.

CARVALHO, Rafael Dantas De Mendonça. **A responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**: conteúdo Jurídico. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CASTRO, João. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Método, 2005.

CFM, Conselho Federal De Medicina. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Código de ética médica. Brasília, DF. **CFM**, 2019. Disponível em:<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>.. Acesso em: 02 out. 2023.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. . Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 1.931, de setembro de 2009. **CFM**, 2019. Disponível em:<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 01 out. 2023.

DIAS, José De Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DIAS, José De Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva 2007. 34 p. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 40 p. v. 7.

FACHINI, Thiago. Responsabilidade civil: o que é, requisitos consequências. **Projuris**, 2022. Disponível em:<https://www.projuris.com.br/blog/responsabilidadecivil/#:~:text=Para%20resumir%2C%20a%20responsabilidade%20civil,932>.. Acesso em: 01 out. 2023.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007. 2 p.

FILHO, Sérgio De Freitas Carneiro. Princípio da autonomia do paciente e obrigações do médico: consentir e informar. **Direito Net**, 2007. Disponível em:<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11014/Principio-da-autonomia-do-paciente-e-obrigacoes-do-medico-consentir-e-informar>. Acesso em: 01 out. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 3.

GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. Iatrogênica e erro médico. **Gazeta do Povo**, 2014. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/iatrogenia-e-erro-medico-egboj2tfoz6nv2133ayzrqkwe/>. Acesso em: 01 out. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Novo Direito Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Novo Direito Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: direito das obrigações: tomo II: parte especial, responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 6

JUNIOR, Humberto Theodoro. O erro médico e a responsabilidade civil. **GenJurídico**, 2020. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/erro-medico-responsabilidade-civil/>. Acesso em: 02 out. 2023.

KFOURI, Miguel Neto. **Culpa médica e ônus da prova**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 32-205 p.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 131 p.

MACIEL, Renato Anatólio Lima Horta. . A responsabilidade Civil dos Médicos e Hospitais, á luz do Direito do Consumidor. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-responsabilidade-civil-dos-medicos-e-hospitais-a-luz-do-direito-consumerista/686500759>. Acesso em: 02 out. 2023.

2149

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. Responsabilidade Civil por Erro Médico. **A Responsabilidade Penal por Erro Médico. Revista Jurídica da FURB, nº 3, Santa Catarina, jun. de 1998**, 2021. Disponível em: <https://silo.tips/download/a-responsabilidade-penal-por-erro-medico-jorge-henriqueschaefer-martins>. Acesso em: 02 out. 2023.

MELO, Nehemias Domingos De. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 172 p.

MOIRA, Caroline Dissan. A Responsabilidade Civil e o Dano Moral. **Definição de Responsabilidade Civil**, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-responsabilidade-civil-e-o-dano-moral/458249297>. Acesso em: 02 out. 2023.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 420-677 p.

NADER, Paulo. **Curso de Direito civil: Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.7.

NADER, Paulo. **Curso de Direito civil: Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 9.

NOVO, Benigno Nunes. Responsabilidade médica. **Direito Net**, 2019. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11000/Etica-medica. Acesso em: 06 out. 2023.

PAPI, Carlos Henrique Poletti. A impossibilidade de inversão do ônus da prova em ações de erro médico. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/360339/inversao-do-onus-da-prova-em-aco-es-de-erro-medico>. 2022. Acessado em 02. Out. 2023.

PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Teoria Geral Das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário Da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **A reparação nos acidentes de trânsito**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 17 p. v. 4.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

RONDÔNIA, Tribunal De Justiça Apelação Cível. Processo nº 702888095.2017.822.0001, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Especial, Relator (a) do Acórdão: Des. Hiram Souza Marques, Data de julgamento 21.08.2023. **Tribunal de Justiça de Rondônia**, 2023. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/18105-2-camara-especial-comunica-sobre-processos-retirados-de-pauta>. Acesso em: 06 out. 2023.

RONDÔNIA, Tribunal De Justiça Apelação Cível. APELAÇÃO CÍVEL, Processo nº 7003961-39.2022.822.0010, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Miguel Monico Neto, Data de julgamento: 27/09/2023.. **Tribunal de Justiça de Rondônia**, 2023. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/18105-2-camara-especial-comunica-sobre-processos-retirados-de-pauta>. Acesso em: 06 out. 2023.

2150

RONDÔNIA, Tribunal De Justiça Apelação Cível. Processo nº 7010676-63.2018.822.0002, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Daniel Ribeiro Lagos, Data de julgamento: 12/07/2023. **Tribunal de Justiça de Rondônia**, 2023. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/18105-2-camara-especial-comunica-sobre-processos-retirados-de-pauta>. Acesso em: 06 out. 2023.

STJ, Recurso Especial. REsp 0032016-96.2004.8.07.0001 DF 2015/0155174-9. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. DJ: 04/09/2018. **Jus Brasil**, 2018. Disponível em: Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621592003/recurso-especial-resp-1540580-df-2015-0155174-9/relatorio-e-voto-621592021>. Acesso em: 06 out. 2023.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEIXEIRA, Sálvio De Figueiredo. **Direito e Medicina. Aspectos Jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEPEDIDO, Gustavo; TERRA, Aline De Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio Da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENOSA, Silvio De Saulo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2.

VIEGAS, Cláudia Mara De Almeida Rabelo. **A responsabilidade Civil dos Médicos e Hospitais, á luz do Direito do Consumidor** 2019.