

# RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

*Dimas Borelli Thomaz Júnior*  
Juiz de Direito em São Paulo  
Professor de Direito Civil

---

**I- Legislação: 1ª notícia sobre a atividade médica: Código de Hamurabi (1790-1770 a.C., artigos 215 e segs.); Digesto (1, 18, 6 7); Código Civil (artigos 159 e 1.545); Código de Defesa do Consumidor (artigo 14, § 4º).**

**II- Generalidades - Conceito de Medicina- -Quem a exerce- Responsabilidade Civil - Obrigação de meio e/ou de resultado.**

A Medicina não só é a arte de estudar as doenças e fixar procedimentos curativos necessários a fazer as pessoas voltarem ao estado saudável anterior ao mal que as acometeu, como também a de estabelecer as formas e condutas preventivas tendentes a evitar a eclosão de males e ataques à saúde humana.

Em síntese apertada, desdobra-se em medicina preventiva e medicina curativa, ambas voltadas ao bem estar das pessoas. Aquela antecipando-se para prevenir as agressões à saúde dos indivíduos, esta cuidando de quem não se safou daqueles ataques e cuidando para que tenha a saúde restabelecida.

Seria caso, nos dias que correm, últimos dias do Século XX, de se responsabilizar os governos e os governantes por muitas das mazelas à saúde da população.

Na maioria das vezes, o cidadão, não aquele com dinheiro para o médico particular nem com “carteirinha do convênio”, mas aquele pobre diabo que já nas entranhas da mãe mal alimentada vinha se formando mal, para nascer mal num

hospital público e crescer mal numa sociedade que afronta a dignidade do cidadão antes mesmo que ele venha à luz, não tem sequer a quem recorrer quando sua combatida saúde deteriora-se a ponto de impedi-lo para qualquer atividade.

Não tendo a quem recorrer primariamente, teria apenas a quem responsabilizar por tanta miséria, mas não há na história brasileira a ocorrência de medidas judiciais tendentes a obrigar o Poder Público pôr para funcionar as chamadas políticas públicas de atendimento.

Essa responsabilidade por deficiente alimentação, por deficiente educação, por absoluta falta de condições de vida digna, não é nunca exigida pelos meios jurídicos coercitivos.

Fica-se mais na panfletagem, na retórica, no discurso ocasional, sem que a legislação forneça modos e meios para exigir que as promessas eleiçoeriras sejam efetivamente cumpridas.

Há até indicação de algumas medidas mínimas elencadas na Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 7º a 14 e 208), mas isso é assunto para outro momento.

Enquanto isso, avilta-se também a profissão médica, tido e havido o médico, em tempos já remotos, como verdadeiro semideus, que ia do bom e amigo conselheiro ao salvador de vidas.

Eram outros tempos, em que havia o “médico da família” sem muita especialização, mas com forte conhecimento até do que ia pela alma de seus pacientes.

A massificação do ensino em todas as áreas, a carência de bons professores, que fogem das cátedras aviltadas por salários ínfimos, também atingiu, inequivocamente, as salas das faculdades de medicina.

No entanto, e de há muito não se aponta esse grave erro, a proliferação de escolas médicas veio como tentativa de se dar bom quadro estatístico aos serviços de saúde.

Como seria possível não se estar em Estado de Direito, embora se vivesse sob férrea ditadura, com tantas faculdades de Direito, formando milhares de bacharéis todos os anos?

Como haveria problema de saúde num país com tantas escolas de Medicina? Era a pedra de toque para a área da saúde.

E as escolas de Pedagogia? E as de Engenharia?

Sempre a busca de se dourar a pílula, pois sim?

Formam-se no país cerca de 10.000 médicos/ano, vindos muitas vezes de cursos fraquíssimos, situação como sabido que não é só da área médica, que atuarão

em área absurdamente sucateada.

Os hospitais, salvo raríssimas exceções, também estão pela hora da morte e poucos, muito poucos, escaparão dela.

Os hospitais morrem, muitas das vezes, de infecção gravíssima, advinda de notórios atos de corrupção.

O sistema previdenciário público, sustentado por emperrada burocracia e por desmandos administrativos, também deixa a saúde do brasileiro pela hora da morte.

Surgem os oportunistas, verdadeiros mercadores da saúde alheia: os convênios médicos.

Vistos pela propaganda que alardeiam seus benefícios ou pelos patrocínios de atléticas equipes esportivas, tem-se a nítida idéia de que por um punhado de tostões o “conveniado” jamais, nunca mesmo, padecerá em filas ou por qualquer falta de atendimento.

Idiosincrasias à parte, seja a medicina exercida pelos médicos particulares, seja pelos médicos do sistema previdenciário público ou particular, nenhum profissional está livre de, por esta ou aquela, incorrer em resultado danoso para situação que se antevia às vezes como de fácil solução.

Por vezes, são os ínvios meandros do destino que fazem desviar a atenção, o conhecimento, o cuidado, o melhor estudo. De repente, surge o resultado danoso.

Na formação universitária brasileira apenas podem exercer a medicina aqueles habilitados por escolas médicas reconhecidas pelo Ministério da Educação e Cultura. O título e a profissão de médico só podem ser concedidos a esses formados.

Profissões havidas como complementares, afins, auxiliares da arte médica exigem outro tipo de formação e não se confundem, em absoluto com a profissão de médico.

Para os fins e efeitos de responsabilidade civil do médico exige-se, pois, seja o agente formado em Faculdade de Medicina.

O prático, o curioso, o charlatão, não podem exercer a medicina, como é curial, mas também não a pode exercer quem não tenha o registro da habilitação, não bastando ter encerrado o curso ou obtido o diploma se não se o registrou devidamente.

Postas essas premissas, insta-se análise de quando ocorre a questão da responsabilidade civil do médico.

Para se aquilatar se houve responsabilidade civil tem-se que verificar sobre a conduta do profissional, a ocorrência de dano, lesão, prejuízo a alguém por ele atendido, a etiologia entre aquela e um destes e a inexistência de causas excludentes da responsabilidade.

Assim é porque a responsabilidade civil do médico surge como surge a responsabilidade civil de qualquer profissional ou de quem quer que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, na reza do artigo 159 do Código Civil.

Quem quer que cause prejuízo a outrem, violando direito, fica obrigado a reparar o dano (ainda o artigo 159 do Código Civil).

Abstraidas as questões até semânticas sobre ser disjuntiva ou copulativa a idéia do legislador (*rectius* violar direito ou causar prejuízo-violar direito e causar prejuízo), tem-se que diante de lesão a direito, o causador há de repará-lo.

Nem se perquiria aqui pelo *quantum*, ou se cuida de reparação punitiva, exemplificativa, emulativa, eqüitativa, equivalente, restauradora ou reparadora de situação.

*Legem habemus*: causado o prejuízo, o causador indenizará.

Sempre? Não, apenas quando houver situação tipificada, genericamente no artigo 159 do Código Civil <sup>1</sup>, ou, no caso dos médicos, também expressamente no artigo 1.545 do Código Civil <sup>2</sup>.

Ora, a responsabilidade civil, em qualquer das situações **legais** vem sempre sob a rubrica “ato ilícito”.

Responsabilidade civil, sabe-se, decorre da ilicitude da conduta do agente. Logo, pode ser por descumprimento de contrato ou por acontecimento extracontratual, pois aqui como ali há sempre a ilicitude.

Contratos não de ser cumpridos *-pacta sunt servanda-* e seu não cumprimento pode sugerir indenização ou reparação; atos ilícitos propriamente ditos também exigem, ou autorizam o lesado, a buscar indenização ou reparação.

Na questão da arte médica, como em geral deriva de todas as atividades profissionais, acrescente-se *plus* a esses conceitos por se presumir que alguém habilitado e perito em determinada profissão não vá concorrer para prejuízo ou dano.

<sup>1</sup> “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação de culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553”.

<sup>2</sup> “Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

É expressiva a colocação de CARVALHO SANTOS: “presume-se perito e habilitado todo aquele que exercita publicamente uma arte, ofício ou profissão, de sorte que se devido a uma imperícia, resultar qualquer dano, tem o prejudicado o direito de exigir a devida indenização, precisamente porque tinha razões para acreditar na habilitação de que exercia publicamente a arte ou profissão respectiva”.<sup>3</sup>

Esse o *plus* a ser considerado; exige-se mais de quem se apresenta bem qualificado a determinado mister.

Não se descure, no entanto, de se saber que relação jurídica surge na atividade médico-paciente.

Num primeiro lance não é de ser olvidado que a atividade médica é daquelas de **meio**, não de **resultado**.

Em regra, é esse o consenso; a não ser quando há o dissenso em determinada área da Medicina, pois se em regra a sua atividade é de meio, quando se cuida daquela especialidade “cirurgia plástica” tem-se como atividade de resultado.

O médico não se obriga a dar, conseguir ou obter o resultado querido tanto por ele quanto pelo paciente.

Sua obrigação, sendo daquelas de **meio**, fixa-se apenas pela diligência com que se puser a trabalhar em favor da recuperação e restabelecimento da saúde de quem o procurou.

Não obtido o resultado ou até mesmo havendo óbito do paciente, se empregou toda sua diligência, perícia e prudência, a obrigação, resumindo-se nesse comportamento positivo, cumpriu sua obrigação. Não se dará ênfase a indenização ou reparação por não obtido este ou aquele resultado -tampouco se livra o paciente ou quem por ele de pagar pelos serviços médicos-.

Fosse de resultado, como por vezes é possível que seja, o paciente teria o direito de exigir do médico a produção de resultado determinado e previamente ajustado. Não obtido tal desiderato, nem se impõe o pagamento e até surge a possibilidade de indenização ou reparação.

A responsabilidade civil do médico, deveras, não surge, como regra, se houve ou não o resultado almejado pelo paciente e até mesmo pelo profissional.

Para SILVIO RODRIGUES, no entanto, “no campo da cirurgia plástica, ao contrário do que ocorre na cirurgia terapêutica, a obrigação assumida pelo cirurgião, é uma obrigação de *resultado*, e não *de meio*”<sup>(4)</sup>.

E explica essa distinção porque na intervenção terapêutica a pessoa está

<sup>3</sup> Código Civil Brasileiro Interpretado, Livraria Freitas Bastos S.A., 11ª Edição, vol. XXI, pág. 247.

<sup>4</sup> Direito Civil, Editora Saraiva, vol. 4 (Responsabilidade Civil), pág. 271.

doente e busca cura enquanto na cirurgia plástica o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação desagradável, mas não doentia.

Conquanto a explicação não seja de boa técnica médica, pois é sabido que muitos defeitos físicos doem na alma e no espírito tanto quanto ou até mais que uma lancinante dor provocada por doenças ou patologias outras, a melhor doutrina pátria navega nessas águas.

Assim entendem também AGUIAR DIAS, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.

Miguel Kfourri Neto, no entanto, em sua brilhante monografia sobre o assunto, faz distinções outras para fixar obrigação de meio “se a cirurgia tiver por finalidade a reparação de graves defeitos -causados por acidentes de automóvel, do trabalho, queimaduras, v.g.-”<sup>5</sup>.

No entanto, o ilustre monografista refere boa lição de mestre e jurista platino de que toda e qualquer intervenção sobre o corpo humano é aleatória, tanto que ele, como a doutrina e jurisprudência francesas, têm-se orientado em que o “cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o cliente, mas somente a empregar todas as técnicas e meios adequados, conforme o estado atual da ciência, para o melhor resultado da intervenção solicitada pelo paciente” (op. cit., pág. 156).

Isso sem considerar, é evidente, o caráter subjetivo do resultado de cirurgias plásticas. Orelhas de abano não ornamentam bem qualquer rosto, a não ser que a pessoa ache seu aquilino nariz a fonte de todos os seus problemas...

A tese preferível, no entanto, é a de que em regra a obrigação do médico é de **meio**, aquela em que “a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado” e não a de **resultado** em que “o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação . . . ou consegue o resultado ou terá que arcar com as conseqüências”.

Para bem se entender a obrigação de meio: estão sujeitos a ela, v.g., os médicos, os advogados, os contratos de propaganda e publicidade. Às obrigações de resultado estão vinculados, v.g., o transportador, que se compromete não só ao transporte mas à entrega; o mecânico de autos, que se compromete a consertar o veículo.

O médico, seja pelos conceitos técnicos ou pelos conceitos laicos, que promete determinado resultado em regra estará ferindo o razoável, a ética, o Direito e

---

<sup>5</sup> Responsabilidade Civil do Médico, Editora Revista dos Tribunais, 1994, pág. 155.

a própria Medicina.

Sua obrigação, pois, é de **meio**.

### III- O fundamento da responsabilidade civil do médico: a culpa.

Conclui-se ser a obrigação do médico, como regra quase absoluta, daquelas de **meio**.

Como assim é, e como decorre dos artigos 159 e 1.545 do Código Civil e do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor <sup>(6)</sup>, a responsabilidade civil do médico só surge se não se houver ele com diligência, atenção e cuidado necessários à obtenção não de resultado curativo, mas sim de bom atendimento e do melhor desempenho profissional possível.

Bom atendimento não quer dizer educação, carinho, respeito ou outros atributos das pessoas de bom comportamento social.

A essas qualidades, sempre interessantes no atendimento médico, como é óbvio, deverão estar acompanhadas da boa formação profissional.

De nada adiantam aquelas condições sociais isoladas se não se tem profissional dedicado ao estudo, à pesquisa, ao trabalho científico.

Aliadas todas essas qualidades ao bom empenho no desenvolvimento da atividade médica ter-se-á, inequivocamente, cumprida a obrigação de **meio**, sem que surjam danos, prejuízos, lesões, ao cliente.

Fica excluída qualquer idéia de responsabilidade civil do médico.

Ao contrário, faltando a boa dedicação profissional, incorrendo o médico em imperícia, imprudência ou negligência, é inequívoco poder acontecer mal ao paciente, advindo ofensa a direito seu, fazendo surgir a responsabilidade civil.

O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, como se infere da letra da lei, ainda invocam a teoria subjetiva, vale dizer, aquela que exige culpa para fixar responsabilidade civil.

E o Código Civil, que entrou em vigor em 1917, ainda refere a tríade “imprudência, negligência ou imperícia” para caracterização da culpa, no artigo 1.545, embora no artigo 159 não refira sobre imperícia.

O Código de Defesa do Consumidor exige **verificação de culpa** para apuração de responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, incluído aí o médico.

Embora na moderna dogmática jurídica seja preferível a conceituação de

---

<sup>6</sup> Art. 14, § 4º cdc : “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

culpa como “descumprimento de dever de cuidado”, por vezes é difícil refugir aos comportamentos imprudentes, negligentes ou imperitos para se a caracterizar.

Se a conduta é culposa é evidente a existência, então, de conduta livre e voluntária, ato voluntário no início de que origina aquela conduta tida como culposa, embora o resultado perigoso, danoso ou lesivo, não seja querido pelo agente, caso em que se transmudaria para conduta dolosa, livre e consciente de obtenção de certo resultado.

Na conduta culposa, em síntese apertada, o agente não previu o resultado lesivo, mas poderia e deveria ter previsto.

É a previsibilidade com ausência de previsão, pois se ocorresse esta última de novo enfrentaríamos situação dolosa.

Talvez se entrevisse na negligência o gênero necessário para se definir e caracterizar a culpa porque estariam no seu conceito os de imprudência e imperícia.

Ato voluntário inicial, previsibilidade (antevisão do resultado), ausência de previsão e resultado involuntário lesivo formam a conduta culposa.

Assim, negligência pode ser conceituada como total ausência de cuidados no agir; é a falta de cautela na conduta. Imprudência é conduzir-se desnecessariamente de forma perigosa e a imperícia é a falta de habilidade para exercer determinada conduta.

A distinção, como se vê, por vezes é tormentosa, mormente se se considerar, com CARVALHO SANTOS, ser impossível traçar regras fixas como limites da responsabilidade que surge da culpa.

Além disso, afirma esse autor ser tênue a linha que separa a conduta culposa daquela errônea, pois “não se considera erro profissional o que resulta da imprecisão, incerteza ou imperfeição da arte, sendo objeto de controvérsias e dúvidas” (op. cit. pág. 258).

Erro no diagnóstico não causado por culpa caracteriza erro profissional e não faz surgir a responsabilidade civil do médico, pois se se conduziu ele com todo empenho e arte, desincumbindo-se com todo dever de cuidado, não ficou fora da chamada falibilidade profissional decorrente de outras circunstâncias.

O diagnóstico é o parecer final do médico sobre o estado de saúde do paciente após a anamnese. Pressupõe indagação sobre as mais variadas situações físicas e psíquicas do paciente, envolvendo carga hereditária, para buscar a definição médica de determinado estado patológico, -se é que ele existe mesmo- e fixar o tratamento exigido para a recuperação da saúde abalada.

Em suma apertadíssima, é essa a conduta profissional do médico, considera-



do o prognóstico, no entanto, dentre aquelas obrigações de resultado, como já visto.

Assim, o erro de diagnóstico é escusável, a não ser que se cuide de erro grosseiro. O erro sem imprudência, negligência ou imperícia, é relevado porque a ciência médica é incerta e conjectural. Os mesmos sintomas podem indicar diversas situações patológicas. A boa razão indica dever o médico ir eliminando cada qual com novos exames, laboratoriais e clínicos, para se chegar ao diagnóstico correto.

Estará aí aplicando empenho e cuidados exigíveis na situação; logo, não incorrerá em consequências outras se o paciente padecer qualquer gravame.

Em situações assim, não se perquire sobre o erro profissional senão pela conduta do médico, buscando-se esclarecer se houve ele com todo empenho necessário a afastar culpa. Mesmo com erro profissional, se a conduta foi extremada em cuidados ao percorrer os meios necessários e possíveis para se apurar as causas do mal e buscar debelá-las, não houve culpa. Sem culpa, não há responsabilidade civil.

Indagação de boa medida é sobre a possibilidade de se estipular cláusula de não indenizar no tratamento médico.

Para alguns, ela surgiria quando o médico, que não pode obrigar o doente a este ou aquele tratamento, obtém a devida autorização do paciente ou de quem de direito por ele, para aquela ministração.

O assentimento do paciente, contudo, pode ser expresso ou tácito, como vem posto, v.g., no artigo 49 da Lei 3.268/57, que o exige para a intervenção cirúrgica. O consentimento, deveras, é para a intervenção, nunca para abstrair eventual resultado lesivo.

Não se confunde, pois, com a cláusula de não indenizar.

Aliás, sobre pressupostos, elementos constitutivos e condições de validade desse consentimento não há como refugir ao estudo feito por JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI em sua festejada monografia “O Consentimento do Ofendido”<sup>7</sup>.

Os conceitos, postos em termos da dogmática penal, aplicam-se como luva também na análise ora feita, pois não é de se olvidar inexistir distinção ôntica entre culpa civil e culpa penal, pois onde existir esta existe aquela.

Afastado o consentimento do paciente como excludente da responsabilidade civil, tem-se também com AGUIAR DIAS já haver certa excludente aos médicos, com aquela tênue distinção entre erro de diagnóstico e culpa.

<sup>7</sup> 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, págs. 186/190.

Para esse grande tratadista brasileiro, o médico já goza de uma cláusula tácita de irresponsabilidade, na proporção da margem de erro tolerada pela imperfeição da própria ciência.

E prossegue em que onde se poderia convencená-la ela já existe -e fora daí verifica-se absoluta impossibilidade, pelo respeito devido ao ser humano.

Alguns julgados, como sói acontecer, admitem-na (RJTJSP 85/147), outros não (RT 652/51).

Podem surgir outras situações excludentes da responsabilidade civil, e se elas excluem tal fenômeno em outras relações jurídicas, no que for aproveitável excluem também a do médico.

Perguntar-se-ia, aqui, se a carência de bom ensino médico, o sucateamento da rede hospitalar, as péssimas condições de higiene, a falta de boas condições alimentares, e outros tantas mazelas sucintamente apontadas neste trabalho também poderiam ser erigidas como excludentes da responsabilidade.

MIGUEL KFOURI NETO chega a citar exemplo de catedrático de renomada universidade que para ensinar sutura aos alunos tinha que desenhar a agulha e a linha por falta de exemplares desses “instrumentos” para exibição e manuseio.

Joga-se, aí, com a previsibilidade, pois quem vive no Brasil, aqui estudou e aqui trabalha, terá idéia das dificuldades que encontrará pelo desmazelo reinante na área da saúde.

Haverá, então, de ter ainda mais empenho, engenho e arte, do que os medianamente necessários em condições oferecidas em outros países.

Cuidando-se de situações adrede conhecidas, não se fala em caso fortuito ou força maior, a não ser que situação excepcional, fora daquelas, venha a se constituir numa causa excludente.

#### **IV- Responsabilidade contratual e extra-contratual**

Para SILVIO RODRIGUES, a responsabilidade civil dos médicos é sempre contratual, concepção que lhe parece estreme de dúvida (op. cit., pág. 268), ainda que venha posta sistematicamente no título dos atos ilícitos do Código Civil.

Ora, seja pelo artigo 159 ou pelo 1.545, ambos do Código Civil, a conclusão a que se chegaria é a de ser extra-contratual a responsabilidade civil dos médicos, pois a responsabilidade contratual está regrada no artigo 1.056 daquele diploma.

A explicação é a de que basta o contato entre médico e paciente para se dar

contrato.

Para RUY ROSADO DE AGUIAR Jr., no entanto, “é extra-contratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental.

Indica ainda ser extra-contratual a relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos da saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados”.<sup>8</sup>

Conquanto não concordemos com a colocação de ser extra-contratual as duas últimas hipóteses, pois caso de responsabilidade civil surgiria pelo revelho tema de que responde o preponente pelo ato de seu preposto (artigo 1.521, Código Civil), decorrência de *culpa in eligendo et culpa in vigilando*.

No entanto, o advento do Código de Defesa do Consumidor pôs pá de cal nessa disputa, pois a regra do § 4º do seu artigo 14 é cogente e não admite requifes: havendo culpa, e só em caso de culpa, responde o médico pelo dano causado.

Não há, pois, responsabilidade objetiva nesse tema; ela é sempre subjetiva, a exigir comprovação de conduta culposa para a existência da responsabilidade civil do médico.

## V- O médico empregado; o médico “conveniado”: de quem a responsabilidade?

A conclusão única tirada até agora é a de que só surge a responsabilidade civil do médico se o paciente, ou quem de direito por ele, prove conduta culposa causadora da lesão, prejuízo ou dano.

Essa é a regra insculpida, aliás, desde o Direito Romano, pois o *maleficium* ou o *delictum* já eram fonte de obrigações, noção posta também em texto de ULPIANO (D., 1, 18,6,7), como indica RUY STOCO no estudo antes referido.<sup>9</sup>

Havendo relação de emprego, é curial que se dê a apuração de responsabilidade civil na forma do artigo 1.521, III, do Código Civil, também fundada na teoria subjetiva sufragada pelo nosso estatuto civil.

<sup>8</sup> apud MIGUEL KFOURI NETO, op. cit. pág. 81-82.

<sup>9</sup> apud RUY STOCO, Responsabilidade civil dos profissionais liberais e dos prestadores de serviços, Caderno de Doutrina set/96, separata da Tribuna da Magistratura - APAMAGIS.

A questão de médicos conveniados, no entanto, me parece distinta, pois no chamado “convênio médico” está a obrigação de meio e não de resultado.

Ao convênio incumbe pôr à escolha do cliente a prestação médica. Se esta não se dá com resultado positivo para o paciente, a perquirição de culpa será apenas e tão só quanto ao médico, pois quem dará o atendimento médico, profissional, será esse profissional, sem subordinação daquelas previstas no artigo 1.521 do Código Civil.

Dir-se-á ter acontecido *culpa in eligendo* de se manter conveniado médico imperito, imprudente ou negligente, mas a se pensar assim, haveria ampliação descabida da responsabilidade subjetiva transbordando para a de cunho objetivo.

É razoável aplicar-se a distinção em casos de responsabilidade dos hospitais, ainda que num primeiro lance se tenha como objetiva sua responsabilidade.

Essa análise errônea se dá quando se analisa sem maiores rigores o artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Defeituosa redação desse artigo dá mesmo, mas apenas num primeiro momento, a idéia de ser objetiva a responsabilidade dos fornecedores de serviços, em que os hospitais estão incluídos.

Está lá, com todas as letras, que independentemente da existência de culpa, o fornecedor de serviços responde pela reparação de danos causados aos consumidores, mas por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Para ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, a responsabilidade é objetiva, tanto que “se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente”.<sup>10</sup>

No entanto, essa posição é combatida e combatível quando se busca saber se se cuida, na atividade hospitalar, de obrigação de meio ou de resultado.

Por outra, para se dar dano indenizável na conduta do médico mister se faz a ocorrência de culpa. Não seria possível coexistência de irresponsabilidade do profissional e responsabilidade do nosocômio oriundas ambas do mesmo fato.

Ademais, se os danos advieram de defeitos, estes hão de ter surgido de culpa, sob pena de não ser considerada defeituosa a conduta.

RUY STOCO indica pelo menos quatro situações excludentes desse conceito de responsabilidade objetiva do hospital:

<sup>10</sup> “Sicut medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit imputari ei debet”, ou em vernáculo “assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por imperícia”.

- 1- O Código de Defesa do Consumidor não se afastou do conceito clássico de responsabilidade por ato ou fato de terceiro, consagrado no Código Civil;
- 2- A responsabilidade assenta na presunção de culpa, o que é injurídico;
- 3- Aplica-se apenas e tão só o artigo 1.521, III, do Código Civil;
- 4- Perquire-se pela prestação de serviço do médico e não do hospital quando este é contratado para ministrar tratamento, cirurgia, acompanhamento médico ou ambulatorial.<sup>11</sup>

## VI- O dano indenizável

Na dicção do artigo 159 do Código Civil só quando há violação de direito ou prejuízo é que surge a responsabilidade civil.

Prejuízo é o conceito de lesão de direito para quem o sofre; dano é para o causador daquela lesão. O causador do dano há de indenizar o prejudicado.

Então, o dano, causado, induz a responsabilidade do causador por sua reparação. É sempre seu pressuposto.

Acerca da reparação haveria ainda muito a se falar, por ser a substância da responsabilidade civil. Como reparar o dano médico?

Com indenização pecuniária? Com busca de novo atendimento, agora com mais diligência, mas por quem de início já não a teve?

É tema, pois, para outra digressão e para ser posta em outro capítulo.

O dano, em suma, é a não obtenção do resultado positivo querido pelo médico e pelo paciente, embora muitas das vezes essa avaliação seja absolutamente subjetiva, como incidentalmente já referimos, v.g., na questão da cirurgia plástica.

Aliás, há expressivo exemplo citado por TEREZA A. LOPES MAGALHÃES, tirado de tribunal francês, acerca de certa madame que se afligia com pêlos no rosto e que, submetida a tratamento radioterápico, “trocou” os pêlos por não menos -e não mais- horrível marca, mas ainda assim coube a indenização -o resultado importou, em face da situação.<sup>12</sup>

Então, o dano pode atingir o aspecto estético, mas também os aspectos patrimonial e moral.

Um só exemplo, talvez até rocambolesco, bem mostra essa possibilidade: craque de futebol franzino, com futuro promissor, submete-se a tratamento médico para conseguir massa compatível com os esforços a que se submeterá “para ter

<sup>11</sup> Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Editora Saraiva, 1991, pág. 80.

<sup>12</sup> Dano Estético à Pessoa. Sua reparação civil. apud SILVIO RODRIGUES, Op. Cit., pág. 272, nota de rodapé 222.

ainda mais sucesso”.

Por esta ou aquela advém erro médico suscetível de reparação, aleijando o futebolista: o prejuízo expiado pelo craque tem caráter estético, pois se ele era franzino e fracote, não era aleijado; tem cunho patrimonial porque ele tinha, apesar de franzino e fracote, todo futebol necessário para fazer sua profissão e perdeu sua “ferramenta de trabalho”; moral porque atingiu seus brios, sua honra e suas perspectivas e expectativas de sucesso.

Assim, como se dá em regra na responsabilidade civil, também na do médico o dano pode ter aquelas três vertentes.

O valor ou a forma de recomposição da situação, já se escreveu, é matéria para outra dissertação, ou futura ampliação deste trabalho.

### **CONCLUSÃO**

A responsabilidade civil do médico surge quando, no exercício de sua arte e profissão, por conduta culposa, cause prejuízo a outrem.

A solução para médicos e pacientes, embora onerosa para aqueles em consideradas situações, é a prática do seguro de responsabilidade civil do médico, quase inexistente no Brasil.