

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II**

**CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA**

**ROBERTO SENISE LISBOA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Carlos Eduardo Silva e Souza; Roberto Senise Lisboa. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-699-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

---

### **Apresentação**

A presente publicação conta com os artigos aprovados e apresentados no XXVII Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, cuja realização se deu na UNISINOS, em Porto Alegre/RS, no período compreendido entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018.

Os trabalhos aqui apresentados são fruto de diálogos, reflexões e pesquisas realizadas, sobretudo, no âmbito de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado), tendo como norte condutor a disciplina de direito civil contemporâneo, enfrentando temáticas relevantes e atuais.

É possível se perceber que os trabalhos aqui reunidos podem ser agrupados em 4 eixos básicos, quais sejam: (i) teoria geral de direito civil; (ii) responsabilidade civil; (iii) direito de família; e (iv) direitos reais.

No âmbito da teoria geral de direito civil, os temas abordados nos artigos científicos enfrentaram assuntos como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a teoria das incapacidades, a tomada de decisão apoiada, o direito ao esquecimento, a colisão de direitos fundamentais e o respeito como direito da personalidade.

Já no âmbito da responsabilidade civil, os trabalhos enfrentaram temas como o tabagismo, a objetividade no sistema de responsabilização, a reparação do proprietário de veículo conduzido por terceiro, a responsabilidade civil médica, a indenização pela perda do tempo útil e a questão dos seguros.

No âmbito do direito de família, os artigos enfrentaram temas como o poliamor, a poliparentalidade e o contrato de namoro.

Por fim, no âmbito dos direitos reais, os temas abordados nos trabalhos apresentados estão relacionados com o direito real de laje e com a usucapião extrajudicial.

Como se vê, temas de relevância e inserção social são enfrentados nos referidos trabalhos, o que evidencia a pertinência e atualidade dos artigos apresentados, de forma a se recomendar

a sua consulta, bem como a necessidade de se registrar as homenagens aos organizadores do Congresso pelo importante trabalho que prestam à comunidade acadêmica de pós-graduação com a realização de eventos dessa natureza.

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa

Coordenador do PPGD/FMU

Prof. Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza

Coordenador do PPGD/UFMT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: ESTUDO DA OBRIGAÇÃO DOS ANESTESISTAS E DOS CIRURGIÕES PLÁSTICOS - OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO?**

**MEDICAL CIVIL RESPONSIBILITY: STUDY OF THE OBLIGATION OF ANESTHESIOLOGISTS AND PLASTIC SURGEONS - OBLIGATION OF MEANS OR RESULTS?**

**Isabela Kascher Xavier <sup>1</sup>**  
**Letícia da Silva Almeida <sup>2</sup>**

**Resumo**

O presente artigo tem como objetivo identificar o tipo de obrigação (de meio ou de resultado) que deve ser aplicada aos médicos no exercício de sua função. Serão discutidos o erro médico, a responsabilidade médica e a culpa médica. Para enriquecer a discussão, abordar-se-á como tema-problema a obrigação contratual de anestesistas e cirurgiões plásticos. Utilizar-se-á o método científico dedutivo, por meio de uma revisão e de levantamento bibliográfico inerente a questão em debate.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil, Erro médico, Obrigação de anestesistas e cirurgiões plásticos, Obrigação de meio, Obrigação de resultado

**Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of this article is to identify the type of obligation (means or outcome) that should be applied to physicians in the performance of their duties. Medical error, medical liability and medical guilt will be discussed. To enrich the discussion, the contractual obligation of anesthesiologists and plastic surgeons will be treated as a problem theme. The deductive scientific method will be used, through a revision and bibliographical survey inherent to the question under debate.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Civil responsibility, Medical error, Obligation of anesthesiologists and plastic surgeons, Obligation of means, Obligation of results

---

<sup>1</sup> Mestrado em Direito pelo PPGD FUMEC. Professora e Pesquisadora ProPic FUMEC. E-mail: isabelax@outlook.com

<sup>2</sup> Mestrado em Direito pelo PPGD FUMEC. Professora. Associada do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Pesquisadora ProPic 2015-2018 FUMEC. E-mail: leticiaalmeida2613@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe-se a pesquisar e analisar a responsabilidade médica em suas diferentes áreas.

A demanda judicial é crescente em questões relacionadas ao erro médico. A jurisprudência é majoritária no entendimento de que a prestação obrigacional do médico é uma obrigação de meio na maioria das especialidades. No tocante a cirurgia plástica e anestesia há um posicionamento de que estas seriam obrigações de resultado. Esse entendimento é questionado por muitos doutrinadores e amplamente discutido em Congressos da área.

Primeiramente há uma discussão sobre o que caracteriza o erro médico visto que algumas pessoas confundem a evolução do trauma ou da doença com a responsabilidade médica.

O principal ponto a ser discutido, é qual o tipo de obrigação do médico (de meio ou de resultado). Dentro deste tópico está a questão da capacidade do médico em alcançar o resultado desejado visto que a Medicina não é uma ciência exata.

A responsabilidade médica também deve ser discutida no tocante as informações dadas aos pacientes, tanto a respeito de esclarecimento de possíveis complicações (termo de consentimento informado) quanto a promessas de resultados de tratamentos.

Assim, observar-se-á que a jurisprudência é majoritária ao considerar a responsabilidade médica como uma obrigação de meio, exceto nos casos relacionados à cirurgia plástica estética. Diversos doutrinadores discordam de tal posição, afirmando que toda prestação de serviço médico deve ser considerada como uma obrigação de meio, sem restrições.

Há um entendimento de que no caso de cirurgias embelezadoras, a obrigação é de resultado visto que este é o único propósito da cirurgia. Caso o resultado esperado fosse apenas uma possibilidade, a cirurgia não deveria ser realizada. Esse entendimento também é questionado por muitos doutrinadores e amplamente debatido em congressos de medicina.

A diferenciação entre uma cirurgia embelezadora e uma cirurgia reparadora não é simples e com isso debate-se o motivo da diferenciação entre cirurgias plásticas e outras áreas da medicina.

A indefinição no posicionamento jurídico sobre a responsabilidade médica gera insegurança aos profissionais e, também, um aumento no volume de processos sobre a questão do erro médico.

É preciso encontrar meios alternativos para solucionar conflitos evitando a judicialização desnecessária de demandas. Conceituar claramente o erro médico e definir suas implicações jurídicas reduziria o volume de ações erroneamente ajuizadas devido a confusão que se faz entre o erro médico e o resultado diverso do esperado.

Para o desenvolvimento deste estudo adotou-se o método científico dedutivo, por meio de uma revisão e de levantamento bibliográfico inerente a questão em debate.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL**

A responsabilidade civil é dividida em duas teorias: responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva. Ambas as teorias se assemelham em seu conceito básico e geram o dever de indenização para que se possa reparar ou amenizar de alguma forma, o dano provocado por aquele indivíduo.

A responsabilidade deriva da ideia de que o dano causado por um indivíduo ao outro, demanda reparação, seja ela estética, material ou moral. Para que isso ocorra, deve ser inicialmente definido o tipo de responsabilidade aplicável ao caso, seja objetiva ou subjetiva.

Após esta definição, é possível apurar se haverá ou não a necessidade de reparação visto que deve ser avaliada a existência apenas do dano e nexo de causalidade no caso de responsabilidade objetiva e no caso de responsabilidade subjetiva deve ser apurada também a existência de culpa ou dolo.

A teoria objetiva caracteriza-se pela ocorrência do dano direto ou indireto à determinado indivíduo, havendo um nexo de causalidade entre a conduta do agente e este dano.

Na teoria objetiva, não se fala em dolo ou culpa do agente. O dever de indenizar surge apenas com a existência do dano e do nexo de causalidade.

O caput do artigo 927 do Código Civil Brasileiro estabelece a hipótese de reparação do dano quando há a ocorrência de ato ilícito. Já o seu parágrafo único prevê a obrigação de reparação mesmo nos casos em que não se verifica culpa do agente, conforme os trechos a seguir:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, 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).

O artigo citado acima trata da responsabilidade civil objetiva visto que, conforme já dito anteriormente, nesta modalidade de responsabilidade não é necessário que haja verificação de culpa e nem mesmo dolo do agente para que surja o dever de indenizar a vítima.

A teoria subjetiva tem basicamente os mesmos fundamentos da teoria objetiva, porém, na teoria subjetiva é necessário que haja a comprovação da culpa ou dolo do agente que gerou o dano.

Na teoria subjetiva, são necessários três elementos para que surja o dever de indenização. Estes elementos são: ocorrência de um dano comprovado, nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano e a culpa ou o dolo do agente em sua ação ou até mesmo omissão.

Rui Stoco sintetiza sobre o existência do dano como ponto importante da caracterização da responsabilidade civil: “o dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.” (STOCO, 2014, p. 128).

O nexo de causalidade é a relação entre a conduta e o dano. Trata-se da comprovação de que a ação ou omissão do agente foram determinantes para produzir o resultado, qual seja, o dano.

A culpa pode ser conceituada como a quebra de um dever jurídico e será melhor descrita mais a frente.

## 2.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A responsabilidade objetiva tem como sua base a teoria do risco que fala sobre a possibilidade da ocorrência do dano, devido à atividade do indivíduo. Isso significa que na responsabilidade objetiva, o risco do dano é inerente à conduta do agente, ou seja, independentemente da culpa, poderá surgir um resultado danoso.

Ao falar da desnecessidade da caracterização da culpa, não está sendo dito que ela não existirá, mas sim que não interessa, nesse caso, a busca para identificação da presença ou não dessa culpa.

Apesar da responsabilidade objetiva não depender da existência de culpa, é necessário que haja comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Em outras palavras, a indenização por responsabilidade objetiva depende de defeito na prestação de serviço.

A responsabilização objetiva pode, equivocadamente, parecer injusta ou automática (independente de qualquer critério), mas é importante lembrar que o paciente é hipossuficiente em relação ao hospital e, apesar de não ser necessária a comprovação de culpa, deve sempre existir o nexo de causalidade que associa o evento danoso à conduta do nosocômio.

Nesse sentido, tem-se o trecho do livro “Erro Médico”: “a primeira vista, responder alguém por danos que tenha causado sem culpa, parece uma grave injustiça. Também não seria menor injustiça deixar a vítima sujeita a própria sorte, arcando sozinha com seus prejuízos” (GOMES; DRUMOND; FRANÇA, 2002, p.136).

Por fim, importante frisar que conforme o artigo 927 do Código Civil, já mencionado anteriormente, a indenização é imperativa, em casos de dano a outrem, nos casos especificados em lei. Diante de tal fato, podemos concluir que a responsabilidade objetiva não deve ser utilizada como uma regra, mas sim como uma exceção visto que ela deve ser aplicada apenas nos casos previstos em lei.

## 2.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

A responsabilidade subjetiva possui os elementos da responsabilidade objetiva, quais sejam, a ocorrência de um dano efetivo, uma conduta omissiva ou comissiva do agente e o nexo de causalidade entre o dano e essa conduta.

A principal diferença entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva é a culpa. A culpa caracteriza-se pela busca do erro na conduta, ou seja, é a explicação de como a forma de agir foi decisiva para a ocorrência do dano.

O Código de Defesa do Consumidor traz, em seu artigo 14 §4º, a previsão de culpabilidade dos profissionais liberais pelo dano causado a outrem, desde que seja caracterizada sua culpa. Os médicos são profissionais liberais e, por isso, se enquadram nesse

artigo. Sendo assim, é possível afirmar que a responsabilidade civil dos médicos, sempre será subjetiva (BRASIL, 1990).

Ao falar-se sobre a necessidade da caracterização da culpa na responsabilidade subjetiva, abrange-se, também, a hipótese do dolo. O dolo é definido como uma conduta intencional, ou seja, existe a previsão e a vontade de se produzir determinado resultado. Já a culpa é uma conduta não intencional, mas na qual existe a previsão do resultado. Tanto no dolo quanto na culpa, tem-se que a conduta do agente é fator determinante para se chegar ao resultado danoso.

### **3 ERRO MÉDICO**

Na literatura jurídica atinente observa-se a definição de erro médico como: “o dano, o agravo à saúde do paciente provocado pela ação ou inação do médico no exercício da profissão e sem a intenção de cometê-lo.” (GOMES; DRUMOND; FRANÇA, 2002, p.91).

Isso significa que, apesar do médico ter responsabilidade civil subjetiva, o dolo não caracteriza erro médico. Somente o dano decorrente de culpa pode ser chamado de erro médico. Nesse sentido afirmam Júlio Cezar Meirelles Gomes e Genival Veloso França quando tratam do erro médico como “a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”. Ocorre que muitas vezes, alega-se que há erro médico simplesmente quando o resultado não é o esperado (GOMES; FRANÇA, 1998, p. 38).

Existe discussão sobre a possível definição de erro médico, também em caso de dolo, mas não direto, e sim eventual. Alguns magistrados, ao interpretar a situação, como se verá mais a diante, entendem que, em certos casos, o médico assume o risco do qual tinha conhecimento, acreditando que o dano não ocorrerá.

#### **3.1 CULPA**

Conforme dito acima, o erro médico é caracterizado, principalmente pela culpa do agente. Essa culpa pode ser dividida em três possibilidades: negligência, imprudência e imperícia.

A negligência é a falta de cuidado com o paciente. É uma omissão em relação aos cuidados que deveriam ser tomados. Ocorre, por exemplo, quando o médico deixa de atender

o paciente ou após o atendimento não observa a sua evolução. É a falta de atenção com o paciente, o descaso, o desinteresse.

A imprudência é a falta de cautela nas condutas médicas. Geralmente ocorre através de uma ação comissiva. O médico adota procedimentos de risco para o paciente, sem que haja qualquer tipo de respaldo na literatura médica. Ocorre, por exemplo, quando o médico prescreve medicamentos combinados para emagrecimento sendo que tal conduta não é aceita pela comunidade médica.

A imperícia é a falta de conhecimento, inobservação de regras técnicas, despreparo para realização de determinados procedimentos. Ocorre, por exemplo, quando cirurgião, ao realizar cirurgia de retirada de apêndice, não faz a revisão da cavidade abdominal por desconhecer a imperatividade de tal conduta quando da realização daquele procedimento cirúrgico.

Existe uma discussão sobre a possibilidade de imperícia médica. O médico formado é detentor de diploma que o permite atuar em qualquer área da medicina. Sendo assim, não seria possível dizer que um médico não possui conhecimento ou habilidade para exercer sua profissão.

Ocorre que a medicina é uma ciência que possui diversas especialidades e está em constante evolução (NÓBREGA, 2000). O próprio Conselho Federal de Medicina concede ao médico a possibilidade de atuar em qualquer área independentemente de especialização. Porém, este mesmo conselho prevê que o médico só pode se anunciar como especialista se for registrado como tal no Conselho Regional de sua atuação (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

Considerando este fato, é possível verificar a imperícia quando o médico utiliza técnicas ultrapassadas que geram risco ao paciente, quando o médico não encaminha o paciente a um colega especialista em determinadas situações que exigem conhecimento mais específico, dentre outros.

Para tanto, Júlio César Meirelles Gomes, José Geraldo de Freitas Drumond e Genival Veloso França sintetizam as três “modalidades” de culpa descritas dizendo que: “A negligência consiste em não fazer o que deveria ser feito. A imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito e a imperícia em fazer mal o que deveria ser bem feito” (GOMES; DRUMOND; FRANÇA, 2002, p. 244).

A responsabilidade subjetiva exige, necessariamente, a configuração de culpa do agente para que surja o dever de reparar o dano. Essa culpa pode ser traduzida em

imprudência, imperícia ou negligência. A imprudência e imperícia geralmente são caracterizadas por uma ação enquanto a negligência costuma advir de uma omissão.

Estes três tipos de culpa muitas vezes são confundidas por leigos e até mesmo no meio jurídico, mas não é necessário especificar qual delas ocorreu no caso concreto, sendo que somente a comprovação da existência da culpa já é o suficiente para que ocorra o dever de indenizar.

### 3.2 EXCLUDENTES

Conforme já falado anteriormente, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano também é fundamental para que seja caracterizada a responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva e, por consequência, o erro médico.

Se não houver essa relação causal entre a conduta do agente e o resultado danoso, não fica caracterizada a responsabilidade civil nem o erro médico e, portanto, não existe o dever de reparação.

O nexo de causalidade inexistente quando há culpa exclusiva da vítima ou de terceiro ou quando o resultado danoso é imprevisível ou inevitável independentemente da cautela do agente.

No caso de erro médico, é possível exemplificar essa imprevisibilidade ou inevitabilidade no caso de cirurgias nas quais o resultado depende da resposta do organismo de cada indivíduo. Mesmo que o médico atue com extrema perícia e cautela e a cirurgia seja bem-sucedida, muitas vezes o pós-operatório e a reação individual de cada pessoa é determinante para o sucesso do tratamento, sem que o médico tenha controle sobre esse resultado.

Conforme já mencionado acima, o erro médico é caracterizado pela imprudência, imperícia ou negligência. Importante ressaltar que o simples resultado diverso do pretendido não pode ser considerado erro.

A Medicina é uma ciência extremamente ampla, inexata e complexa e, portanto, é impossível que um só médico tenha conhecimento sobre todas as doenças e suas peculiaridades.

O erro de diagnóstico, desde que não seja um erro considerado grosseiro, não deve ser compreendido como erro médico passível de indenização. Doenças diferentes podem,

muitas vezes, apresentar sintomas extremamente semelhantes e, por isso, os médicos podem se confundir.

A medida que o paciente é assistido e acompanhado pelos médicos, por outros profissionais da saúde e exames são feitos, é estabelecida uma hipótese diagnóstica, mas em muitos casos essa primeira hipótese pode mostrar-se equivocada.

Os médicos precisam lidar com a informação disponível naquele momento e devem agir com rapidez. Em algumas situações, os médicos, após exame clínico do paciente, determinam qual a conduta a ser adotada e observam, durante um período, se ela é satisfatória. Caso percebam que a conduta não é adequada, que o paciente não está respondendo da forma esperada, devem mudar o tratamento, sem que isso configure erro médico.

Existem também, situações nas quais o paciente alega ter havido erro médico, mas na verdade ele foi o responsável pelo fracasso ou resultado insatisfatório do tratamento. Tais casos, muitas vezes são de difícil comprovação, como, por exemplo, o paciente que não segue as orientações médicas para continuidade do tratamento em seu domicílio. Outros casos, porém, possuem prova documental que facilitam a defesa do médico, como, por exemplo, evasão do hospital.

Ressalte-se ainda as controvérsias entre médicos e pacientes a respeito do que foi dito em consultório. O médico alega ter avisado ao paciente para procurar o hospital ou o próprio profissional em caso de piora do quadro ou o aparecimento de qualquer sintoma diferente enquanto o paciente nega qualquer tipo de orientação nesse sentido. Essa situação é de difícil comprovação por ambas as partes o que torna árduo o trabalho do juiz na busca da reconstrução fática das alegações das partes.

Há que se falar também da imprevisibilidade no caso de cirurgias nas quais o resultado depende da resposta do organismo de cada indivíduo. Mesmo que o médico atue com extrema perícia e cautela e a cirurgia seja bem-sucedida, muitas vezes o pós-operatório e a reação individual de cada pessoa é determinante para o sucesso do tratamento, sem que o médico tenha controle sobre esse resultado. Nesse caso, deve ser analisada a conduta do médico, se ele foi diligente e se agiu conforme a literatura médica e entendimentos e preceitos da comunidade médica.

Em todos esses casos, não é possível verificar a ocorrência de imprudência, imperícia ou negligência na conduta do médico e, sendo assim, não pode ser caracterizado o erro médico.

## 4 OBRIGAÇÃO MÉDICA

Antes de adentrar a obrigação médica, é necessário definir o tipo de relação entre médico e paciente. Alguns autores, como Wanderby Panasco, afirmam que esta é uma relação contratual:

O médico que atende, em seu consultório particular, um paciente ou o faça mesmo através de chamado telefônico, informando-o dos cuidados a tomar, e prescreva produtos farmacológicos, permite a elaboração de um vínculo contratual. Estabelece-se, conseqüentemente, um contrato bilateral entre médico e enfermo, contrato, na realidade, 'intuitu personae' (PANASCO, 1984, p.48).

O médico que atende um paciente, consciente, seja em um pronto atendimento, no hospital, em clínica ou no consultório estabelece uma relação contratual de forma tácita. Ocorre que existem algumas exceções nas quais a relação entre médico e paciente será extracontratual.

Alguns autores discordam de tal hipótese e acreditam que a relação sempre será contratual. Outros autores, porém, afirmam que a relação entre médico e paciente é, em regra, contratual, mas em algumas hipóteses será extracontratual. Nesse sentido tem-se o seguinte trecho de Orlando Soares:

Seja como for, prevalece a opinião de juristas, sustentando que a responsabilidade civil do médico é, em regra, contratual, e, excepcionalmente, extracontratual. Como exemplos de responsabilidade extracontratual podem ser citados os seguintes casos: fornecimento de atestado falso; não-notificação de doença contagiosa; atendimento espontâneo a transeunte desmaiado ou a suicida que se recusa a receber assistência. (SOARES, 2011, p.187).

O autor é bastante esclarecedor em seus exemplos. Orlando Soares demonstra como essa relação é, via de regra, contratual, mas em algumas situações é impossível classificá-la de tal maneira (SOARES, 2011, p.187).

No caso de relações extracontratuais, a obrigação do médico será indiscutivelmente de meio visto que não há sequer uma expectativa de qualquer tipo de resultado.

Portanto, tem-se que a segunda teoria é a mais adequada aos preceitos legais, qual seja, a relação entre médico e paciente é, em regra, contratual, mas em alguns casos específicos é extracontratual.

### 4.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO

A obrigação de meio é aquela na qual o profissional deve utilizar tudo o que estiver ao seu alcance para alcançar o melhor resultado, mas não há uma vinculação do seu sucesso com este resultado.

A obrigação é denominada de meio porque o agente deve usar todos os meios disponíveis para realizar determinado ato, da melhor forma possível, visando obter um resultado satisfatório.

Caso a atividade do médico seja classificada como uma obrigação de meio, caberá ao paciente provar que ele não foi diligente, contribuindo diretamente para o fracasso do tratamento. Em outras palavras, cabe ao paciente demonstrar que houve culpa do médico uma vez que sua responsabilidade é subjetiva.

Hildegard Giostri esquematiza de forma esclarecedora os principais apontamentos sobre a obrigação de meio:

- a) seu objeto de contrato não é a cura, mas a prestação de serviços alicerçados em cuidados conscienciosos, em acórdância com os avanços científicos e tecnológicos de sua profissão;
- b) seu contrato não o obriga a restituir a saúde a um paciente, mas, tão-somente, a conduzir-se com toda a diligência para atingir, dentro das possibilidades do momento, tal objetivo;
- c) o profissional só será responsabilizado pelo insucesso em seu labor, se ficar provado que ocorreu dano ao paciente e que este se deu como resultante de erro grave, imperícia, imprudência ou negligência de sua parte, portanto, sob as vestes tanto da ação, quanto da omissão (GIOSTRI, 2006, p.89).

No caso específico de atendimentos médicos, é comum haver confusão a respeito da sua obrigação visto que este profissional lida cotidianamente com a saúde das pessoas. A capacitação dos médicos não os torna capazes de vencerem todas as doenças existentes. Eles apenas usam seu conhecimento para tentar salvar vidas e, muitas vezes, quando o resultado não é o esperado, atribui-se, erroneamente, a culpa ao médico, esquecendo-se que ele não é onipotente.

#### 4.2 OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

A obrigação de resultado é aquela em que a consequência é satisfatória, é aquela esperada. Nesse tipo de obrigação, o sucesso do tratamento está atrelado à atuação do profissional.

A obrigação é denominada de resultado porque o profissional está vinculado ao resultado, ou seja, ele deverá necessariamente entregar aquilo que foi prometido no início, o que é esperado.

Caso a atividade do médico seja classificada como uma obrigação de resultado, caberá a ele demonstrar que o fim alcançado foi o esperado e combinado entre as partes ou que este fim não foi alcançado por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, eximindo-se, então, de qualquer culpa que possa ser atribuída a ele.

#### 4.3 CONTROVÉRSIAS

Há controvérsias na doutrina e nos julgados dos tribunais a respeito do tipo de obrigação médica. A respeito dos médicos em geral, o entendimento é sedimentado de que a obrigação é de meio e, por isso, ele está atrelado apenas à sua conduta e não ao resultado do tratamento.

Já no caso de anestesistas e cirurgiões plásticos, os autores divergem sobre qual deve ser a classificação do tipo de obrigação. Será discutido a seguir a respeito desse desacordo.

##### 4.3.1 Anestesiologista

O anestesiologista está obrigado a acompanhar o paciente antes, durante e depois do procedimento operatório.

Antes da cirurgia eletiva a ser realizada, o anestesiologista deve fazer uma consulta com o paciente, na qual deverão ser coletados os seus dados e avaliados os riscos da cirurgia. No caso de cirurgias de emergência, o anestesiologista não possui tempo hábil para conseguir tais informações, então ele tem que agir somente com o que lhe foi repassado sobre aquele indivíduo.

Durante a cirurgia, o anestesiologista deve preparar e aplicar o anestésico adequado aquele indivíduo e monitorar o paciente todo o tempo, intervindo sempre que necessário. Após a cirurgia, o anestesiologista ainda se faz presente visto que deve acompanhar o paciente até que ele se recupere do ato anestésico e cessem os efeitos do mesmo.

Devido a esse acompanhamento no pré, per e pós operatório, alguns autores afirmam que a responsabilidade do anestesiologista é de resultado pois ele se compromete na assistência do paciente até que ele retorne ao seu estado normal de saúde (relativamente à anestesia).

Nos tribunais estaduais, por meio do sistema de busca nos sites oficiais, observa-se maior incidência de julgados sobre a matéria em São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, podendo-se indicar como exemplo decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, aonde se encontra tendência oposta aos autores que classificam a referida obrigação como de resultado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - RECURSO PROVIDO.

- Infere-se da prova pericial que não houve erro de procedimento, tendo a anestesia sido ministrada entre as vértebras L2 e L3 e, não, na L5/S1, onde se instalou a lesão, **não tendo havido, ainda, imprudência, imperícia ou negligência do anestesista.**

- **Constituindo o contrato de prestação de serviços médicos uma obrigação de meio e, não, de resultado, bem como restando demonstrado nos autos que não houve erro médico, não há que se falar em responsabilidade civil dos requeridos**, sendo a improcedência dos pedidos medida que se impõe.

- Recurso provido.

V.V.

INDENIZAÇÃO - CIRURGIA DE LAQUEADURA DE TROMPAS - FALHA NA ANESTESIA - COMPROVADA - SEQUELA NA PERNA DIREITA - EXISTÊNCIA - LIMITAÇÃO FUNCIONAL - DEMONSTRADA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - CABÍVEL - DANOS MORAIS - CONFIGURADOS - MANTER VALOR DA REPARAÇÃO.

- Havendo nos autos provas documental e testemunhal no sentido de que, em virtude da aplicação inadequada da anestesia, a parte autora teria adquirido lesão após a cirurgia, ficando, inclusive, com limitação funcional na perna direita, surge o direito à reparação dos prejuízos materiais e morais sofridos.

- Os danos morais restaram presentes, haja vista o abalo psicológico suportado pela parte autora, em razão das sequelas visíveis e permanentes sofridas, devendo ser mantida a indenização fixada na sentença.

- O valor da indenização deve ser fixado com prudência, segundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mostrando-se apto a reparar, adequadamente, o dano suportado pelo ofendido, servindo, ainda, como meio de impedir que o condenado reitere a conduta ilícita. (grifos nossos) (MINAS GERAIS, 2013).

Os julgados são absolutos no sentido de que a responsabilidade do anesthesiologista é de meio. Assim como os outros médicos, ele está comprometido com a realização do ato dentro dos preceitos da medicina, mas não tem como impedir intercorrências imprevisíveis.

#### 4.3.2 Cirurgia plástica

A cirurgia plástica é a especialidade mais controversa no tocante ao tipo de obrigação médica. Há diversas decisões judiciais que afirmam ser uma obrigação de resultado a do cirurgião plástico.

A fundamentação de magistrados e autores que defendem essa teoria é que a cirurgia plástica tem uma função embelezadora. O paciente sadio busca o cirurgião plástico

para melhorar a sua aparência. Nesse caso, o médico está atrelado ao resultado porque caso entenda não ser possível atingir o fim que o paciente almeja, deve simplesmente recusar-se a realizar o tratamento.

Na literatura podemos encontrar diferenciações sobre tipos de cirurgia plástica, como a reconstrutora, que visa resolver um problema e a embelezadora, com fins puramente estéticos.

A Medicina plástica (incluindo a dentária) desenvolve-se sob dois enfoques distintos: reparadora (tanto a de reconstrução estética para restauração, como a complementar, para sanar defeito congênito), e a simplesmente estética (ou puramente contratual), de cunho voluntário, e ditado pela vaidade pessoal (também denominada cosmetológica – conotação de salão de beleza). Na cirurgia eminentemente reparadora o contrato é o comum (apenas de meios). Na cirurgia simplesmente estética (e por isso voluntária) o contrato é duplo: de meios e resultados, concomitantemente. Mas no tocante a esta última (puramente estética), a doutrina a respeito é controvertida. (SEBASTIÃO, 2003, p.69).

Ocorre que esta definição é muito criticada pelos cirurgiões plásticos, que afirmam que toda cirurgia plástica tem conotação reparadora e estética, não sendo possível falar de uma cirurgia puramente estética. A cirurgia estética também visa reparar um problema para aquele indivíduo.

Além disso, é importante pontuar, também, que cada organismo responde de uma forma diferente. O mesmo tratamento pode gerar resultados diferentes dependendo do indivíduo e da sua resposta ao tratamento.

A cirurgia plástica estética, tradicionalmente, consubstancia obrigação de resultado. Se o cirurgião não alcança o êxito esperado, é compelido a responder pelo descontentamento do cliente: custeio de uma nova cirurgia -se possível a reparação; compensação do dano moral ou estético; ressarcimento de próteses e outras formas de recomposição do dano. O cirurgião plástico somente estará isento do dever de indenizar se provar culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito. Por isso, os médicos que militam nessa florescente área empenham-se em demonstrar que sua atividade não diverge, fundamentalmente, das demais especialidades médicas -e eventual frustração do resultado não se vincularia, apenas, à atuação do cirurgião. As condições individuais do paciente podem determinar o mau resultado, que independeria da vontade do médico. Isso restauraria a equação tradicional da culpa médica, de natureza subjetiva, incumbindo ao lesado o ônus da prova. (NETO KFOURI, 2002, p.245).

Não há como o cirurgião plástico prever como será a evolução de cada paciente visto que isso depende da fisiologia de cada um. O aparecimento de quelóides, por exemplo, acontece em algumas pessoas, mas não em outras.

A única ressalva que pode ser feita no caso de cirurgia plástica, é sobre a informação prévia que o médico deve dar ao paciente. Cabe a ele explicar as possíveis complicações e a expectativa de resultado da cirurgia, dando ao paciente a chance de desistir

do ato cirúrgico. Tudo isso deve ser feito por escrito, através do termo de consentimento informado.

## **5 CONCLUSÃO**

A responsabilidade médica sempre é subjetiva, ou seja, depende da existência da culpa (negligência, imprudência ou imperícia), além da conduta (omissiva ou comissiva), dano e nexos causal para que surja o dever de reparação.

A culpa é ponto fundamental em ações judiciais que envolvem erro médico, mas é um elemento de difícil caracterização visto que há uma certa confusão sobre sua conceituação.

A falta de conhecimento dos pacientes sobre a medicina os leva, muitas vezes, a entender o caso fortuito, culpa exclusiva de terceiros e até mesmo a própria evolução da doença, como erro médico. Nesse ponto, é estabelecida a obrigação médica.

A obrigação médica é, via de regra, uma obrigação de meio, ou seja, ao médico é imposto utilizar todos os meios ao seu alcance no tratamento do paciente. Isso significa que ao médico não se pode obrigar a cura dos pacientes em todos os casos, o que, de fato, seria impossível.

Existe uma controvérsia a respeito dos anestesiológicos e cirurgiões plásticos.

Como já dito anteriormente, a fundamentação dos autores que acreditam ser de resultado a obrigação do anestesiológico trata apenas da questão do acompanhamento integral ao paciente, o que não sustenta a hipótese obrigacional mencionada. O anestesiológico deve ser tratado como qualquer outro médico, pois ele usa os meios ao seu alcance para garantir a segurança do paciente, mas não pode prever, ou até mesmo impedir intercorrências próprias de cada paciente.

Em relação aos cirurgiões plásticos, a discussão é mais complicada. Os magistrados entendem que esta é sempre uma obrigação de meio porque esse médico está lidando com um paciente saudável que voluntariamente se submete a uma cirurgia buscando melhorar sua aparência. Ocorre que toda cirurgia plástica, mesmo as de caráter estético, possui também um objetivo reparador.

O simples descontentamento do paciente não pode justificar o dever de indenizar do médico, mesmo porque, a medicina só é capaz de chegar até certo ponto e, algumas vezes, o paciente deseja uma transformação que não pode ser concretizada.



<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-86922000000100001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-86922000000100001)>. Acesso em: 25 ago. 2018.

PANASCO, Wanderby Lacerda. **A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica: Civil, Criminal e Ética**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no direito brasileiro: teoria, prática forense e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.