



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VALESCA PINTO MAGALHÃES

ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

BARBACENA
2012

VALESCA PINTO MAGALHÃES

ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Monografia apresentada ao Curso de Graduação Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Orientador: Prof^a Dra. Maria Aline Araújo de Oliveira Geoffroy.

BARBACENA
2012

Valesca Pinto Magalhães

ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Dra. Maria Aline Araújo de Oliveira Geoffrey
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Nome do professor orientador (fonte Times New Roman, 12)
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Nome do membro da banca (membro interno) (fonte Times New Roman, 12)
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

RESUMO

O presente estudo versa sobre o erro médico e a responsabilidade civil médica. O tema em questão é de grande importância por tratar da vida, bem jurídico de maior valor tutelado pelo Estado. Esta monografia possui como objetivo conceituar de forma objetiva os principais aspectos da responsabilidade civil do médico frente ao ato lesivo, podendo assim, servir de fonte de informação para os cidadãos que desejam esclarecimentos de como proceder quando se sentirem lesados. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica através de livros, periódicos e bases de dado online. Desde a antiguidade busca-se formas de reparação para os indivíduos lesados. Atualmente, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor garantem ao indivíduo o direito à indenização e reparação dos danos sofridos e através da hipossuficiência e da verossimilhança o juiz pode inverter o ônus da prova, onde o médico terá a obrigação de provar que não houve erro médico.

Palavras- Chave: Direito civil. Responsabilidade civil. Erro medico – Responsabilidade civil. Código de ética médica.

ABSTRACT

The present study deals with the medical malpractice and medical liability. The topic is of great importance to deal with life, and greater legal value protected by the state. This monograph has aimed to objectively conceptualize the main aspects of the medical liability against the harmful act, and may thus serve as a source of information for citizens who want clarification on how to proceed when you feel wronged. The methodology used is a literature search through books, journals and online data bases. Since ancient times we seek to repair the injured. Currently, the Civil Code and the Code of Consumer Protection guarantee the individual the right to compensation and reparation of damages and through hipossuficiência and the likelihood the judge can reverse the burden of proof, where the doctor will be required to prove that there was no malpractice.

Keywords: Civil law. Civil Code.. Mal practice - -Civil code... Medicine Code

.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A SAÚDE COMO UM DIREITO	13
2.1 Direitos e deveres do paciente	14
2.2 Termo de Consentimento livre e Esclarecido - TCLE	15
3 ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	19
3.1 O direito romano	20
3.2 A influência grega.....	21
3.3 Origens no direito egípcio	21
3.4 Origens no direito francês.....	22
4 ERRO MÉDICO.....	23
4.1 Conceito	23
4.2 Imperícia	23
4.3 Imprudência.....	24
4.4 Negligência	24
4.5 Erro profissional ou escusável	25
4.6 Dolo	26
5 RESPONSABILIDADE CIVIL	27
5.1 Responsabilidade civil X responsabilidade penal.....	27
5.2 Tipos de responsabilidade civil.....	28
5.2.1 Responsabilidade civil subjetiva	28
5.2.2 Responsabilidade civil objetiva.....	29
5.3 Responsabilidade civil do médico.....	30
6 ÔNUS DA PROVA	35
6.1 Ônus objetivo e subjetivo	35
6.2 A inversão do ônus da prova.	36
6.3 A inversão do ônus da prova nos casos de erro médico	38
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o erro médico e a responsabilidade civil médica. O tema em questão é de grande importância por tratar da vida, bem jurídico de maior valor tutelado pelo Estado.

A saúde é o maior bem do ser humano, sendo assegurada pela Constituição Federal de 1988. Toda pessoa deve ser tratada com respeito e igualdade, livre de erros causados por imperícia, imprudência ou negligência.

Sendo assim, o médico, um profissional cuja missão é prevenir e recuperar a saúde dos cidadãos deverá ser responsabilizado “quando pratica atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010). Muitas vezes estes danos são irreversíveis, gerando transtornos de ordem física e emocional difíceis até mesmo de quantificar.

Uma atitude de omissão do médico, ao contrário do que ocorre em outras profissões, pode causar dano irreparável ao ser humano. E o dever de salvaguardar a vida humana é imposto pelo Estado em benefício de uma sociedade que se encontra ligada a parte da tutela à saúde.

Este presente estudo abordará inicialmente a importância da saúde da pessoa humana para o Estado e como a Constituição Federal Brasileira vê esta questão. Na sequência a relação médico-paciente será enfocada através do termo de consentimento livre e esclarecido, ou seja, é o dever do profissional da saúde elucidar o paciente sobre sua condição física, seus riscos e benefícios, para que exista autonomia do paciente em escolher ou não seu tratamento.

No próximo capítulo será estudada a responsabilidade civil médica durante o decorrer histórico ao redor do mundo. Serão mostradas as antigas formas de punições para os médicos que lesassem fisicamente os seus pacientes, bem como a evolução das penas dos infratores.

Para entender melhor o presente estudo é de suma importância conceituar erro médico, bem como entender os tipos de erros médicos que podem ser cometidos, como a imperícia, imprudência e negligência, sem esquecer de mencionar o erro escusável, que ampara o médico em algumas situações inevitáveis para com os pacientes.

As formas de punições para o erro médico estão previstas na legislação brasileira. É de relevância para este estudo discutir a responsabilidade civil do médico nos dias de hoje, bem como as formas de indenização ao paciente, sempre amparado pelo Código de Defesa do Consumidor.

O último capítulo versa sobre o ônus da prova e a sua importância durante um processo. Será discutido como ocorre a inversão do ônus da prova e o amparo legal para que este último ocorra.

O presente estudo possui como objetivo conceituar de forma objetiva os principais aspectos da responsabilidade civil do médico frente ao ato lesivo, podendo assim, servir de fonte de informação para os cidadãos que desejam esclarecimentos de como proceder quando se sentirem lesados.

2 A SAÚDE COMO UM DIREITO

A saúde é um bem jurídico tutelado por ordem constitucional, de importância inquestionável para a pessoa humana, sendo assim considerada um direito fundamental. Em alguns países há um reconhecimento implícito, como ocorre na Alemanha, pois se a Constituição de um país protege o direito à vida e assegura o direito à integridade corporal e física, automaticamente resguarda a saúde.

Sarlet (2007) afirma que já existem diversas Constituições que preveem expressamente o direito à saúde como um direito fundamental, que é o caso de países como França, Argentina, Grécia, Paraguai, Itália, Uruguai, Holanda, Portugal, Espanha, dentre outros.

No caso da nossa Constituição Federal de 1988, a primeira Constituição brasileira que reconheceu o direito à saúde expressamente como direito fundamental, este encontra-se previsto, de forma genérica, no artigo 6º (juntamente com os demais principais direitos fundamentais sociais), bem como nos artigos 196 a 200, que contém uma série de normas sobre o direito à saúde. Tudo isso, inclusive os já referidos pactos internacionais ratificados e incorporados ao nosso ordenamento jurídico, integra, em última análise, o direito (e dever) à saúde na nossa ordem constitucional vigente. (SARLET, 2007, p.4)

Porém, a saúde, é muito mais além que um direito, é um dever do Estado, sendo explicitamente mencionado no art. 196 da Constituição Federal:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Complementando, a Lei n. 8.080/90, em seu art. 2º, diz:

A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

A saúde, então, não é apenas responsabilidade do médico, pois também depende da promoção da saúde por parte do Estado, que é do interesse de todos.

2.1 Direitos e deveres do paciente

Com o intuito de se assegurar os direitos do próprio paciente, foi criada pela Secretaria de Saúde uma cartilha que explica sucintamente os direitos do mesmo. Ao todo são assegurados 27 direitos. A seguir seguem alguns direitos de relevância para este estudo:

Todo paciente tem direito a: [...] 6 - Receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre: a) suspeitas diagnósticas; b) diagnósticos realizados; c) ações terapêuticas; d) riscos, benefícios e inconvenientes provenientes das medidas diagnósticas e terapêuticas propostas; e) duração prevista do tratamento proposto; f) a necessidade ou não de anestesia, o tipo de anestesia a ser aplicada, o instrumental a ser utilizado, as partes do corpo afetadas, os efeitos colaterais, os riscos e consequências indesejáveis e a duração esperada do procedimento; g) os exames e condutas a que será submetido; h) a finalidade dos materiais coletados para exame; i) as alternativas de diagnóstico e terapêuticas existentes no serviço em que está sendo atendido e em outros serviço; e j) o que julgar necessário.

7 - Consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos cirúrgicos, diagnósticos e/ou terapêuticos a que será submetido, para os quais deverá conceder autorização por escrito, através do Termo de Consentimento.

8 - Ter acesso às informações existentes em seu prontuário.

9.- Receber, por escrito, o diagnóstico e o tratamento indicado, com a assinatura do nome do profissional e o seu número de registro no órgão de regulamentação e controle da profissão. (VOLPE, [20--], p. 34)

Em contrapartida Vieira (2001, p. 103) enfatiza que todo direito implica obrigação. “É muito comum a preocupação em se enfatizar o direito do paciente, esquecendo-se ao mesmo tempo de alertar sobre suas obrigações. Não há direito que não venha acompanhado de obrigações.”

O paciente deve cumprir a rigor as determinações médicas. Um exemplo explícito é que não se pode alegar erro médico em casos de suspensão do tratamento pelo próprio paciente ou em caso de complementação adicional ao tratamento por conta própria

É dever do paciente dar todas as informações históricas corretas sobre seu estado de saúde, sem omissão da verdade, bem como também descrever claramente os sintomas e sinais de sua doença.

Cabe ressaltar que todos os direitos mencionados neste tópico podem ser assegurados através do termo de consentimento livre e esclarecido – TCLE .

2.2 Termo de Consentimento livre e Esclarecido - TCLE

O dever de informação é um dos pilares atuais na relação entre médico e paciente, pois o profissional médico tem o dever de prestar todas as informações necessárias para o paciente ou para o seu responsável legal para que este possa exercer um direito seu baseado no princípio bioético da autonomia. O paciente tem o direito de decidir o próprio destino, incluindo a qual tratamento irá se submeter, após ter recebidos informações claras e precisas sobre todos os benefícios e riscos do tratamento pelo profissional da saúde.

Barros Júnior (2011, p.57) afirma que só a partir do século XX que passou a se desenvolver através da doutrina da bioética a teoria do consentimento informado, que deixa claro a intenção e vontade do paciente de acordo com as informações médicas recebidas.

Atualmente no Brasil, o disposto no artigo 22 do Código de Ética Médica veda ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”. Pela mesma via o artigo 24 também veda ao profissional médico “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”. Também deixa claro o teor do artigo 31 ao proibir o médico de “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

Sobre este assunto, comenta Diniz (2001, p. 534-536):

O paciente tem o direito de opor-se a uma terapia, de optar por tratamento mais adequado ou menos rigoroso, de aceitar ou não uma intervenção cirúrgica de mudar ou não de médico ou hospital, etc. O objetivo do consentimento informado é aumentar a autonomia pessoal das decisões que afetam o bem estar físico e psíquico. (...) Esse direito de autodeterminação dá origem ao dever *erga omnes* de respeitá-lo fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. (...) Esse consentimento dado pelo paciente, após receber informação médica feita em termos compreensíveis, ou seja, de maneira adequada e eficiente, é uma condição indispensável da relação médico paciente, por ser uma decisão que leva em consideração os objetivos, os valores, as preferências e necessidades do paciente e por ele tomada depois da avaliação dos riscos e benefícios.

Duas considerações de caráter legislativo necessitam ser feitas: a primeira é de ordem constitucional. A Constituição Federal abriga em seu artigo 5º, XIV, ao tratar dos direitos individuais e coletivos, preceito no qual o texto menciona que “é assegurado a todos o acesso à informação”.

Para Vieira (2001, p. 21) “O consentimento consentido do paciente contribui para legitimar a atuação do médico sobre o seu próprio corpo.”. O poder que a pessoa humana possui sobre o próprio corpo é um direito de personalidade. O ser humano é um sujeito de obrigações e direitos:

Assim sendo, a pessoa é intangível, nada pode atuar sobre ela e nem contra a sua vontade, nem mesmo quando a intervenção seja objetivamente benéfica. Em consequência, se um médico realiza determinado ato sem o consentimento do paciente, estará atentando contra a liberdade e o livre arbítrio inerente à pessoa. (VIEIRA, 2001, p. 22)

Sob o ponto de vista infraconstitucional, a Lei nº 8080/90 de 19 de setembro de 1990, ao dispor sobre as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, assegura em seu artigo 7º, V, o “direito à informação, às pessoas assistidas, sobre a sua saúde”. O parágrafo 3º do mesmo dispositivo define ainda com diretriz do Sistema Único de Saúde (SUS) a “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral”.

O consentimento deve ser livre, voluntário, consciente, não comportando vícios e erros. Não pode ser obtido mediante práticas de coação física, psíquica ou moral ou por meio de simulação ou práticas enganosas, ou quaisquer outras formas de manipulações impeditivas da livre manifestação da vontade pessoal. (FORTES, 2009)

Ainda relatando sobre a importância do termo de consentimento livre e esclarecido, Biondo-Simões *et al.* (2007) dizem:

O Consentimento Informado (CI) é uma decisão voluntária, realizada por pessoa autônoma e capaz, tomada após processo informativo e deliberativo visando a aceitação de tratamento específico ou experimentação, sabendo a natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos. É elemento característico do atual exercício da medicina, não é apenas doutrina legal, mas um direito moral dos pacientes que gera obrigações morais para os médicos. O exercício do consentimento informado efetiva-se após a junção da autonomia, capacidade, voluntariedade, informação, esclarecimento e o próprio consentimento. Entre os elementos de validade do consentimento informado talvez a informação seja um dos mais importantes, e por isso deve ser clara, objetiva e em linguagem compatível com o entendimento individual de cada paciente.

A pessoa deve compreender as informações que lhe foram passadas, pois senão a mesma estará apenas informada e não devidamente esclarecida.

“O Código de Nuremberg, editado em 1948, foi o grande marco da resposta ético-jurídica às intervenções médicas não autorizadas. O art. 1º do Código cita que o consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial.” (BARROS JÚNIOR, 2011, p. 108).

O Código de Defesa do Consumidor traz ainda com relação ao dever da informação – tratado como um dos direitos básicos do consumidor ali previstos – em seu artigo 3º, III, o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, noção esta complementada pelos artigos 8º e 9º do mesmo código aqui aplicáveis em virtude de aa atividade disponibilizada pelo profissional de saúde, apesar de diferenciada e especial, ser legalmente classificada como um serviço. (DANTAS, 2009, p.72)

Quando se fala em dever de informação, é praticamente automática a associação com a expressão “consentimento informado”. A falta de obtenção do termo de consentimento é considerada negligência médica.

Apenas em alguns casos o termo de consentimento pode ser dispensado: Quando o paciente estiver em uma situação que se enquadre dentro de uma emergência, não permitindo ao paciente dar seu consentimento ou exprimir as suas preferências deve-se levar em consideração o princípio da beneficência onde o profissional de saúde passa a assumir o papel de protetor através de ações positivas em favor da saúde e da vida do indivíduo. Nesse caso o consentimento passa a ser chamado de implícito ou presumido, pois se imagina que se o paciente estivesse consciente e gozando de sua real capacidade e autonomia seria o mesmo a favor dos procedimentos na tentativa resolutiva de sua própria condição de saúde. (FORTES, 2009)

3 ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

É necessária para maior compreensão dos diferentes aspectos que envolvem a responsabilidade civil médica, a evolução histórica da valoração e reparação do dano, para conhecer suas origens.

Desde a antiguidade a preocupação com a saúde sempre esteve presente. Por muitos anos não existia em si a atividade médica, o que existia eram pessoas que se dedicavam ao curandeirismo através do conhecimento empírico de remédios a base de ervas e outros tratamentos completamente naturais que eram testados nos enfermos. Muito demorou na história para que o médico assumisse definitivamente seu papel. (SEKII, 2009; VENOSA, 2010)

Contudo, se a cura não ocorresse o feiticeiro que realizou a tentativa de cura era culpado sob a acusação de incapacidade ou imperícia. Assim, pode-se ver que desde os momentos mais remotos da história sanções eram impostas devido a culpa relativa ao insucesso de cura do responsável pelo doente.

Diz Kfoury Neto (2002, p.38) que:

O primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C); que também contém interessantes normas a respeito da profissão médica em geral. Alguns artigos desta lei estabeleciam, para as operações difíceis, na compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Paralelamente, em artigos sucessivos, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; em caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado). Tais sanções eram aplicadas quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse mal curado um escravo ou animal.

Vale observar que a conduta mencionada se aproximava bastante do sentido jurídico moderno, visto que, se ocorresse dano ao paciente ou se o mesmo viesse a falecer após o tratamento realizado, não se cogitava a culpa do médico, sendo ela presumida.

Dantas (2009) cita que a lei de Moisés abrange um período muito amplo, que vai desde o ano 1500 até o ano 600 aC. Ela contém em seu capítulo XXI do Êxodo, v. 18 e seguintes, espaço dedicado especificamente à reparação do dano corporal, através do procedimento conhecido como a Lei de Talião:

Nesta época, o castigo para o médico em caso de resultados adversos ou de má prática era superior ao preço que receberia pelo êxito. Assim, como por exemplo, se por uma cura de um homem livre, pela qual receberia dez moedas de prata, obtivesse maus resultados, suas mãos seriam cortadas. Em tratando um escravo, e este ficasse

inutilizado ou viesse a falecer, estaria obrigado a dar outro escravo. (DANTAS, 2009, p. 4)

3.1 O direito romano

O direito romano é uma grande influência da responsabilidade civil que se conhece nos dias de hoje. Foi na cidade de Roma que se concretizou a ideia de que “a vingança privada não deveria ter lugar na vida em sociedade, cabendo ao Estado o poder – e mais – o dever de tutelar as relações interpessoais, disciplinando a indenização devida pelos danos causados por um particular a outrem.” (DANTAS, 2009, p.6)

A punição retributiva não deixou de existir, porém para que ocorresse deveria ter a permissão do Estado. Sendo assim, a responsabilidade civil recebeu novos princípios, que mais tarde passariam a ser cristalizados por novas legislações, no lugar da Lei de Talião, já mencionada anteriormente.

“Após a fase da composição tarifada, prevista na Lei das XII tábuas, que fixava para cada caso concreto, o valor da pena a ser pago pelo ofensor, sobrevém a Lei Aquília (ano 468) e com isso se inicia a generalização da responsabilidade civil.” (SEKII, 2009)

Porém, com a *lex Aquilia de damno* conseguiu-se formular um conceito de culpa médica, bem como foram fixados alguns tipos de infrações que os médicos poderiam praticar, como a recusa de atendimento, abandono do doente e erros gerados por experiências perigosas ou imperícia. “Como consequência, estabelece-se a obrigação de reparar o dano, limitando-o ao prejuízo econômico, sem se considerar o que como hoje se define como dano moral.” (KFOURI NETO, 2002, p. 39)

Foi através da *lex Aquilia de damno* que se encontrou os primeiros vestígios de responsabilidade médica, pois se previa deportação ou até mesmo pena de morte para o médico infrator.

A Lei Cornelia, na mesma época, também merece destaque, pois a mesma possuía uma série de delitos bem como suas devidas punições aos médicos infratores.

O autor Sekii (2009, p.32) sobre o assunto, disserta que:

Insta consignar, que mesmo em Roma, a medicina ainda era praticada por curandeiros e sacerdotes, ao qual acontecia na era primitiva da humanidade, sendo a atividade imbuída de superstições e credences que culminavam em uma duvidosa credibilidade. Mas, com advento da mudança da República para o Império, cursos profissionalizantes foram organizados, alterando para o panorama então existente, com médicos distribuídos em diversas áreas.

Em Roma, no ano de 451, se produziu um importante desenvolvimento legislativo, pois foi introduzida a sanção penal relacionada aos casos de lesões pessoais, sendo levados em conta alguns elementos como a qualificação pessoal, a noção de incapacidade temporária, o gasto médico, o estado físico lesionado, etc. que perduraria até a edição do Código Napoleônico.

3.2 A influência grega

A medicina se desenvolveu amplamente em todas as grandes culturas, surgindo assim, na Grécia, novos elementos que se sobrepõe ao conceito vingativo da Lei de Talião.

Dantas (2009, p. 9) expõe que:

Lá foram desenvolvidos estudos que dotaram a medicina de um caráter mais científico, em detrimento de outros elementos não racionais e empíricos, até então predominantes. Estes estudos datados do século V a.C, viriam a constituir o *Corpus Hipocratium*, cuja síntese mais conhecida é o juramento ainda hoje repetido por profissionais médicos ao redor do planeta.

Foi através do *Corpus Hippocratium* que se pode ver um verdadeiro estudo no campo da medicina pela primeira vez. Assim, foi-se solidificando o princípio de que a culpa médica deve ser analisada individualmente e não deve se basear apenas no sucesso ou não do tratamento; deve-se avaliar a conduta do profissional. O médico deveria então ter a sua conduta avaliada por outros médicos, o que pode-se comparar ao perito judicial dos dias de hoje.

Nesta época a medicina se transformava cada vez mais em ciência, e na medida que sua importância crescia, as atenções do Estado para ela se voltavam, cujo efeito era sentido através das diversas regulamentações que davam forma a sua natureza.

De acordo com Dantas (2009, p. 10):

Concretamente em Atenas foi criada a Lei Geral de Reparação, que não tratava igualmente a todos os homens, e distinguia do dano involuntário (culposos), ao qual correspondia uma indenização determinada, e o dano voluntário (doloso), com uma indenização equivalente ao dobro daquela devida pelo dano involuntário.

3.3 Origens no direito egípcio

No Egito os médicos gozavam de uma elevada posição social com diversos privilégios que apenas eles possuíam, podendo ser confundidos por diversas vezes com os próprios sacerdotes.

Existiam livros que continham todas as regras que os médicos deveriam obedecer. Independente do sucesso ou não de suas condutas, as mesmas deveriam estar contidas dentro deste livro, caso contrário o médico seria punido. Os médicos possuíam imunidade, mesmo em caso de morte do paciente, desde que seguissem o livro sagrado nada poderia lhes acontecer

3.4 Origens no direito francês

Entre os séculos XI e XII, na França, surgiu pela primeira vez a figura do perito. Nessa época o país começou a diferenciar a responsabilidade civil da penal (antes apenas com a mesma punição).

Dantas (2009, p. 13) cita que:

Os franceses assumiram postura bastante peculiar quanto a responsabilidade médica, tendendo a imputabilidade, em virtude da multiplicidade de fatores – e do caráter subjetivo da maioria deles – capazes de influenciar os resultados de um procedimento médico.

A teoria da responsabilidade foi tratada então mais profundamente, gerando a decisão de os médicos possuírem apenas responsabilidade moral perante o dano, gerando uma imunidade ampla aos médicos. “[...] para que se caracterizasse a responsabilidade do médico era necessário que se provasse a ocorrência de uma falta de cunho grave, sendo que, tal ônus de provar incumbia sempre ao paciente.” (SEKII, 2009, p. 32)

Também se pregava que: a) os juízes não estariam aptos a julgar matérias que envolvessem medicina; b) a análise dos peritos médicos deveria ser acolhida de forma plena, já que apenas eles possuíam o conhecimento específico na área médica; c) as pretensões a ressarcimentos materiais eram consideradas enriquecimento sem causa. (SEKII, 2009, p. 33)

Além de comprovar o dano através de uma perícia, a necessidade de o dano ter ocorrido por negligência, imperícia ou imprudência, pois muitas vezes o pedido de indenização do paciente era visto como uma forma de enriquecimento ilícito ou forma de vingança para com o médico.

Contudo, com a revolução operada na Jurisprudência Francesa de 1832 em diante, “passou-se a aceitar a tese da responsabilidade plena quando verificada a culpa do médico, partindo do princípio de que não se pode privilegiar uma classe profissional em detrimento de outras na consideração da responsabilidade pelos atos cometidos no seu exercício. “ (SEKII, 2009, p. 33) A averiguação da culpa assim como é feita em outras profissões também deve ser feita com relação à atividade médica e, esta tese, está em vigor atualmente na França.

4 ERRO MÉDICO

4.1 Conceito

Erro médico, para Sálvio de Figueiredo Teixeira *et al.* (2000, *apud* BARROS JÚNIOR, 2011) é a falha no exercício da profissão do profissional médico. O erro na verdade pode ser uma complicação ou um mero acidente. O primeiro é o aparecimento de uma condição mórbida nova que se deu no transcorrer do tratamento e o segundo está relacionado a uma ocorrência que não era esperada, mas sim previsível. Ocorre devido um resultado adverso inesperado ou um mau resultado que é consolidada através da omissão do médico.

O autor supracitado ainda afirma que: “Mas o mesmo exclui as lesões produzidas deliberadamente pelo profissional para o tratamento de um mau maior, (como por exemplo a necessidade de transfusão de sangue), excluindo ainda as da própria natureza da profissão.”

Por último, Jurandir Sebastião (2003 *apud* BARROS JÚNIOR, 2011, p.77), ao definir erro médico, elucida:

O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, exigíveis de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica. E que o médico deve esclarecer o seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o tratamento, aconselhando a ele e aos seus familiares sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado.

De acordo com o Conselho Federal de Medicina (2010) em seu Código em ética médica: “É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

4.2 Imperícia

A imperícia é cometida quando há falta de observação das normas técnicas, falta de conhecimento ou despreparo prático do profissional.

É uma atitude comissiva do profissional, podendo expor o paciente a danos a integridade moral e física.

Requer-se do agente a falta de técnica ou de conhecimento (erro ou engano na execução, ou mesmo consecução do ato), de outra forma, tem-se uma omissão daquilo que o agente não deveria desprezar, pois consiste em sua função, seu ofício exigindo dele perícia – uso de técnica que lhe é própria ou exigível até mesmo pelo seu mister. (TROVÃO, 2005)

Pode-se também se referir a uma parte de má-fé do praticante, pois o mesmo tem conhecimento de que suas ações podem vir a prejudicar o paciente, causando danos a outrem.

4.3 Imprudência

A imprudência ocorre quando o médico realiza procedimentos sem o conhecimento adequado ou respaldo científico.

É imprudente o profissional que agir expondo seus pacientes a riscos que poderiam ter sido evitados ou até mesmo desnecessários. É o descuido, a descautela, que se evidencia em uma desatenção que é culpável, na imprevisão, gerando um mal presumido que poderia ter sido evitado.

Tem a ver com algo mais que mera falta de atenção, mas ato que pode revelar-se de má-fé, ou seja, com conhecimento do mal e a intenção de praticá-lo (1); a ação imprudente é aquela revestida de dolo – a má-fé concretizada –, e portanto, embora não querida pelo agente também não revestida de absoluta ausência de intenção. Melhor explicando, age de forma imprudente aquele que sabedor do grau de risco envolvido, mesmo assim acredita que seja possível a realização do ato sem prejuízo para qualquer um; age, assim, além da justa medida de prudência que o momento requer, excede os limites do bom senso e da justeza dos seus próprios atos. (TROVÃO, 2005)

Pode-se observar a imprudência quando profissional assume sozinho a responsabilidade por atividades e riscos que devem ser divididos e comunicados a outros, agindo-se então precipitadamente. O profissional possui plenos conhecimentos que não deveria fazer a ação, mas não age assim. (SUELI, BANQUERI, 2006, p. 37)

4.4 Negligência

A negligência é bastante frequente nos serviços públicos de saúde devido à falta de interesse, do descaso e da falta de compromisso com seus respectivos deveres éticos.

Negligência, também conhecida como desatenção ou falta de cuidado ao exercer certo ato (necessidade de todo o indivíduo ser prudente), consiste na ausência de necessária diligência, implicando em omissão ou inobservância de dever, ou seja, aquele de agir de forma diligente, prudente, agir com o devido cuidado exigido pela situação em tese. (TROVÃO, 2005)

A diferença entre imprudência e imperícia da negligência é que a última se refere a uma omissão, onde o profissional possui conhecimentos dos seus atos mas decide ficar inerte

e passivo perante a situação, levando o paciente a um resultado prejudicial decorrente da sua falta de atenção e cuidados.

Sendo assim, são essas as três ações que podem levar um profissional a lesionar um paciente, a cometer um dano. Nesses casos não se pode falar em boa-fé visto que a atitude do infrator está caracterizada em um dos três tipos de erro médico aqui descritos anteriormente. (TROVÃO, 2005)

Nesta mesma condição estudada temos a pessoa que realizou a ação com intenção, de livre e espontânea vontade e consciente consecução do fim colimado e em nenhum momento considerou que o seus atos ou a omissão dos mesmo pudessem vir a resultar em dano a outrem, mesmo que essa outra pessoa possa de qualquer maneira ter contribuído para tal ação.

O dano, nesta vertente de análise, toma uma vestimenta de resultado – querido ou não – cujos efeitos espraiam-se para o mundo fático, gerando efeitos que devem ser juridicamente sanados, a fim de restabelecer-se o equilíbrio almejado pela Estado. Veja-se que o desiderato aqui apontado não vai de encontro ao princípio da paz social, preceito jurídico contido ao longo de todo o ordenamento estrutural do direito, pois ainda que seja mero pretexto formal conjecturado não se preceitua como corolário de verdade. (TROVÃO, 2005)

Cabe então ao Estado ver sustentado os seus interesses de qualquer forma, almejando a manutenção do equilíbrio do poder através do ordenamento jurídico, onde estarão previstas todas as possibilidades que podem gerar efeitos indesejáveis a manutenção deste equilíbrio. (GOMES, 2009)

4.5 Erro profissional ou escusável

Croce e Croce Júnior (2012, p. 4) alegam que este tipo de erro ocorre devido à imperfeição da medicina (que não possui precisão matemática) e a precariedade de conhecimentos humanos. O que difere o erro profissional ou escusável da imperícia, imprudência e negligência é que o primeiro não ocorre devido a falta de observação das regras e princípios que a ciência sugere.

Sempre que um médico chegar a alguma conclusão de diagnóstico falsa empregando oportuna e corretamente as regras e conhecimento de sua ciência, resultando para o paciente em resultado danoso ou de risco de morte, o profissional cometeu um erro profissional ou escusável e não imperícia.

Para que o erro médico possa se enquadrar em erro escusável, deve-se exigir os seguintes elementos:

1. Que o médico assistente não se tenha havido com culpa em qualquer modalidade: negligência, imperícia e imprudência; 2. Que a mal resultância seja consequente a um erro de diagnóstico possível do ponto de vista estático; 3. Que no estabelecimento deste diagnóstico tenham oportunamente sido utilizados meios e métodos amiudamente empregados; 4. Que a terapia clínica e/ou cirúrgica seja a habitualmente utilizada para o diagnóstico formulado; 4. Que o evoluir do caso se tenha processado dentro das expectativas. (CROCE; CROCE JÚNIOR, 2002, p. 33.)

4.6 Dolo

Torna-se imprescindível discutir-se a diferença entre culpa (imperícia, negligência e imprudência) e dolo. No caso do dolo, existem três teorias para se estabelece-lo.

A primeira teoria é a teoria da vontade, que diz que o agente que praticou a ação agiu por sua própria vontade, sabendo os riscos de sua ação. A segunda teoria é a da representação que no caso da medicina corresponde ao médico que teve uma mínima previsão que sua ação poderia dar errado e mesmo assim resolve praticá-la, agindo então dolosamente. Nessa teoria, o agente tem consciência de que se sua ação for mal praticada poderá levar a um resultado negativo. A última teoria é a teoria do consentimento. Parentoni (2012) explica essa teoria da seguinte forma:

A teoria do consentimento difere um tanto das outras, uma vez que aqui o dolo caracteriza-se pela previsão do resultado, ao qual o agente se junta, não sendo, no entanto, necessário que ele queira tal resultado. Existe o dolo pelo consentimento do agente em dar causa ao resultado negativo ao praticar aquela conduta.

Sendo assim, vê-se claramente que o erro médico é definido como um crime culposos, porém, pode-se configurar o mesmo como doloso eventualmente quando se consegue provar que o profissional assumiu o risco de produzir o resultado negativo.

Para Parentoni (2012), em tese, o médico não pode errar. Deve exercer sua profissão com sabedoria e consciência de que deve se acertar sempre. ao ocorrer um erro o mesmo receberá uma punição prevista em lei . Caso for comprovado que o erro poderia ter sido evitado dará lugar à culpa, se inevitável dará lugar ao dolo.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL

5.1 Responsabilidade civil X responsabilidade penal

O ordenamento jurídico contempla a responsabilidade sob duplo enfoque: civil e penal.

A responsabilidade penal penetra em seu bojo, infração a interesse da sociedade. Parte da premissa de “lesão aos deveres de cidadãos para com a sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação de norma penal, exigindo para reestabelecer o equilíbrio, a aplicação de uma pena lesante” (DINIZ, 2007, p. 23). Além disso, é pessoal e, via de consequência, intransferível. “Por poder responder o réu com a privação de sua liberdade deve estar cercado de todas as garantias contra o estado, a quem incumbe reprimir o crime, devendo arcar com o ônus da prova”. (GONÇALVES, 2002, p. 19)

Sobre a responsabilidade penal, Barros Júnior (2011, p. 46) acrescenta:

O direito penal protege os valores, interesses e os direitos mais importantes da sociedade. Este ramo do direito só deve atuar quando os demais ramos jurídicos (com penalidades mais brandas) não são suficientes para proteger o indivíduo, a comunidade ou dissuadir o potencial lesante. (...) O direito penal é o ramo jurídico mais violento de regulação da vida em sociedade. Proporcionalmente, pela essencialidade dos elementos protegidos, como regra geral, as penas pelo adimplemento de uma obrigação são muito mais severas e de aplicação indispensável e inafastável por parte do fiscal da lei, denominado Ministério Público. As normas Penais estão contidas no Código Penal e em várias outras leis criminais ditas esparsas ou extravagantes.

Por último, tem-se o comentário de Greco (2007, p. 49): “O direito penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objetos de outros ramos do direito.”

Por sua vez, a responsabilidade civil, versa sobre infração a interesse privado. Pressupõe “prejuízo à terceiro, particular ou do Estado de modo que a vítima poderá pedir reparação de dano traduzida na recomposição do *status quo* ante ou numa importância em dinheiro”. (DINIZ, 2007, p. 23)

De acordo com Barros Júnior (2011, p. 42):

A responsabilidade civil decorre do descumprimento de todas as obrigações de natureza não-penal, que podem ser ligadas às relações de consumo (profissionais liberais), comerciais, trabalhistas, etc. Para que se caracterize a responsabilidade civil exige-se, de forma concomitante, a conduta do profissional, o prejuízo material, moral ou estético do ofendido, o nexo da causalidade entre conduta-dano e a culpa

em sentido amplo (dolo ou culpa em sentido estrito – negligência, imperícia, imprudência).

Para o autor Bittar (2004, p.148) responsabilidade civil engloba:

Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. A palavra "*responsabilidade*" origina-se do latim, "*respondere*", que consiste na ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação. Diz-se, assim, que *responsabilidade* e todos os seus vocábulos cognatos exprimem ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência.

Apesar de cada uma das esferas constituir jurisdição independente, certo é que a sentença criminal produz, em certa medida, reflexos na área civil, seja quando imposta pena pecuniária ou restritiva de direitos, seja porque a decisão relativa ao processo criminal faz coisa julgada no cível, consubstanciando-se em título executivo extrajudicial

5.2 Tipos de responsabilidade civil

5.2.1 Responsabilidade civil subjetiva

Nery Júnior e Nery (2002, p. 91-92) esclarecem que “o sistema geral do Código Civil é o da responsabilidade civil subjetiva, fundado na teoria da culpa: para que exista o dever de indenizar é necessária a existência de dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa do agente.”

Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. A responsabilidade do causador do dano, pois, somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa. Trata-se da teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou *subjetiva*, segundo a qual a prova da culpa *lato sensu* (abrangendo o dolo) ou *stricto sensu* se constitui num pressuposto do dano indenizável. (BRITTO, 2004)

Na responsabilidade subjetiva, o elemento culpa constitui pressuposto necessário à indenização. Assim, o agente que causa dano a outrem, por meio da ação ou omissão dotada de culpa em sentido amplo (que abrange o dolo e a culpa em sentido estrito, ou seja, a conduta revestida de imprudência, negligência ou imperícia), tem a obrigação de indenizar. (NERY JÚNIOR; NERY, 2002)

Sendo assim, para existir a responsabilidade civil subjetiva, depende-se da presença simultânea de quatro elementos fundamentais: ação ou omissão, dano; nexo causal e culpa.

Portandt, alguém agindo ou se omitindo culposamente, causa danos a terceiros, que serão indenizados se houver um nexo causal entre o dano e a conduta culposa.

O Código Civil reporta a responsabilidade civil subjetiva, através do artigo 186, cuja redação está assim posta: “Aquele que por ação, omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Ainda adiante, prescreve no artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Para que o artigo 186 incida, desencadeando o dever de reparar previsto no artigo 927, é de suma importância que o causador do dano tenha agido com dolo (ação ou omissão voluntária) ou com culpa (negligência, imperícia e imprudência).

Em direito civil, se alude à responsabilidade civil subjetiva, ou responsabilidade com culpa, a referência engloba à culpa em sentido estrito (negligência, imperícia e imprudência) e dolo. Culpa, portanto, em direito civil, quando usada sem adjetivações, abrange o dolo, o que obviamente não ocorre no direito penal.

Sobre culpa presumida, Netto, 2008, p. 83 disserta:

A responsabilidade por culpa presumida é subjetiva. A referência à culpa já evidencia que estamos diante de uma modalidade de responsabilidade subjetiva. No entanto, nesses casos, a legislação (ou a jurisprudência), com o intuito de facilitar a reparação, inverte o ônus da prova, presumindo a culpa do causador do dano.

5.2.2 Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, tem pressupostos diferentes da responsabilidade civil subjetiva, pois dispensa a culpa para existir.

De acordo com os ensinamentos de Britto (2004):

A lei impõe, entretanto, em determinadas situações, a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. É a teoria dita *objetiva* ou do risco, reparar o dano independentemente de culpa. É a teoria dita *objetiva* ou do risco, que prescinde de comprovação da culpa para a ocorrência do dano indenizável. Basta haver o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente. Em alguns casos presume-se a culpa (responsabilidade objetiva imprópria), noutros a prova da culpa é totalmente prescindível (responsabilidade civil objetiva propriamente dita).

Vale dizer que o sistema subsidiário do Código Civil é o da responsabilidade civil objetiva, “fundado na teoria de risco, segundo a qual, para que haja o dever de indenizar, é irrelevante a conduta de dolo ou culpa do agente, pois basta a existência de dano e do nexo causal entre este e o fato”. (NERY JÚNIOR; NERY, 2002, p. 91)

Na responsabilidade objetiva, ao contrário, não se discute culpa. Conceitualmente, aparta-se da responsabilidade subjetiva justamente por prescindir, para imutar a obrigação reparatória de culpa. É o oposto da responsabilidade civil subjetiva, porque despreza a culpa de que a outra necessita. (NETTO, 2008, p.83)

A retirada do conceito de culpa causa um resultado amoral e antissocial, dispensando a distinção entre o ilícito e o lícito, ou retirando a qualificação de má ou boa conduta, pois o dever de reparar é tanto para aquele que age ao seu arrepio quanto para aquele que procede na conformidade da lei.

Sendo assim, Venosa (2003) enfatiza que “A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que autorize.”

Quando não houver alguma lei expressa será subjetiva a responsabilidade pelo ato ilícito (regra geral no direito brasileiro). Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina. Porém, é válido advertir que somente pode ser considerada responsabilidade objetiva o indivíduo causador do dano quando este decorrer de “atividade normalmente desenvolvida por ele”.

5.3 Responsabilidade civil do médico

Barros Junior, (2011, p. 90) afirma que “em específico em matéria ligada aos profissionais de saúde, principalmente médicos, a responsabilidade civil é a nova obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício e em decorrência de sua profissão.”

O médico hoje é mero prestador de serviços, conforme determina o Código do Consumidor, que define serviço como toda e qualquer atividade remunerada, oferecida ao mercado de consumo. Por sua vez dano é todo fato jurídico gerador da responsabilidade civil em virtude do qual o ordenamento atribui ao ofendido (paciente/familiar o direito de exigir a reparação, e ao ofensor (médico), se condenado, a obrigação de repará-lo. É a lesão de um interesse juridicamente protegido, podendo consistir na perda e danificação de uma coisa, ou na ofensa a integridade física, moral ou psíquica de uma pessoa (BAPTISTA, 2003 *apud* BARROS JUNIOR 2011, p.90)

Por mais especial que seja a profissão da medicina, esta deve ser praticada pelos médicos sem prejuízos, dolo ou dano à vida, que é um bem jurídico protegido pelo Estado:

Essas elocuições referendam o que se denomina responsabilidade médica, situação jurídica que, de acordo com o Código Civil, gira tanto na orbita contratual como na extracontratual estabelecida entre o facultativo e o cliente, na qual o esculápio assume uma obrigação de meio, e não de resultado, compromissando-se a tratar do enfermo com desvelo ardente, atenção e diligências adequadas, a adverti-lo ou esclarecê-lo dos riscos da terapia ou intervenção cirúrgica proposta e sobre a natureza de certos exames prescritos, pelo que se não conseguir curá-lo, ou ele vier a falecer, isso não significa que deixou de cumprir o contrato. (CROCE; CROCE JÚNIOR, 2002, p. 3-4)

As coisas suscetíveis de valoração econômica e as que *a priori*, não a comportam, são protegidas pelo ordenamento jurídico. O ofendido torna-se economicamente empobrecido devido a lesão imposta a alguém contra o seu patrimônio pecuniário, reputando-se de natureza material o dano produzido. A indenização, nada mais é, então, do que a reposição do dinheiro que teria sido não recebido ou perdido devido à lesão sofrida.

O Código Civil prevê danos que quando sofridos pelo paciente ou familiares irão gerar a devida liquidação dentro dos critérios estabelecidos. *In verbis*:

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

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

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

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

A apuração de despesa da vítima irá depender em cada caso, da inabilitação para o trabalho, dos lucros perdidos por ela devido a lesão, etc. “Essa apuração é feita no bojo da ação judicial, normalmente após a fixação da responsabilidade do médico, mediante, em regra, trabalho pericial” (CAMARGO, [20--]). Continuando, completa dizendo que: “tal disciplina não variou de modo perceptível com o advento do Código Civil de 2002. A sede da matéria no novo Código são os artigos 186 e 927, que fazem as vezes do antigo art. 159”. *In verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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.

O dano ou prejuízo causado pelo médico deve ser exclusivamente por culpa para que o mesmo seja chamado a responsabilidade civil, ou seja, por negligência, imperícia ou imprudência. O dolo, não comporta esse caso, visto que o mesmo é a direta intenção de produzir o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, respondendo então, o médico, como qualquer outro cidadão, fora de sua profissão.

Barros Júnior (2011, p. 56) deixa claro quais são os requisitos para que haja a responsabilidade civil médica:

[...] (1) conduta voluntária – ação ou omissão – com inobservância de um dever objetivo de cuidado, (2) nexo causal, (3) resultado involuntário previsto ou previsível – o dano injusto e (4) a culpa em sentido amplo (dolo direto, dolo indireto, negligência, imperícia ou imprudência. (BARROS JÚNIOR, 2011. p. 56)

Na opinião de Vieira (2001, p. 28) diante de seu caráter profissional, a responsabilidade civil médica exige a apreciação de culpa assim como o cumprimento do contrato de serviços médicos. O fundamento contratual e extracontratual da responsabilidade civil é a “existência de um dano ressarcível que, por consistir na lesão da integridade psicofísica da pessoa humana requer a existência de culpa do agente.

Sob o ponto de vista do médico profissional liberal, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (art. 14 parágrafo 4º). No mesmo sentido, o Código Civil, ao se referir aos profissionais de saúde, estabelece que a indenização é devida e por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho (art. 951)

Segundo Venosa (2003, p. 95):

Na grande maioria dos serviços prestados por profissionais liberais, o médico celebra um contrato, ainda que tácito, com o paciente, com a finalidade de consulta, tratamento, terapia ou cirurgia, que caracteriza um negócio jurídico contratual, oneroso e cumulativo.

O parágrafo único do art. 927 faz uma referência vaga a responsabilidade objetiva por risco, que mesmo na unanimidade da jurisprudência e da doutrina, salvo algumas exceções, não se aplica à relação paciente-médico:

O art. 1.545 do antigo Código Civil, mera especialização da regra geral da responsabilidade por culpa, encontra certa correspondência no art. 951 do Código atual, que prevê o dever de indenizar por parte daquele que “no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”, reforçando uma vez mais o critério da culpa na responsabilidade civil do médico. O mesmo artigo remete ainda a critérios de liquidação do dano pré-estabelecidos nos três artigos anteriores (arts. 948, 949 e 950). (CAMARGO, [20--])

As relações de consumo passaram a ser disciplinadas no Brasil através da promulgação da Lei 8.78/90, Código de Defesa do Consumidor, que “suscita o exame de aspectos jurídicos que envolvem a prestação de serviços pelo médico”. Se vier a acontecer um acontecimento infeliz nessa prestação de serviços “aqueles estabelecimentos terão sua responsabilidade civil apurada pela prática do erro médico (*medical malpractice*).” Faz-se necessário lembrar que essa reponsabilidade já está prevista há tempos no Código Civil, sendo que atualmente está regulado no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. (VIEIRA, 2001, p. 38)

Camargo ([20--]) finaliza dizendo que dos médicos são exigidos a observância do dever de diligência, prudência e perícia, podendo-se concluir através do conjunto das disposições legais citadas anteriormente, enfatizando que o médico não é responsável pelo efeito adverso que possa acontecer ao paciente cujo controle esteja fora das mãos da medicina e tecnologias disponíveis:

Isso porque o médico tem, segundo a linguagem corrente da doutrina, e salvo exceções adiante especificadas, o que se denomina “obrigação de meio”, em contraposição à “obrigação de resultado”. Dito de outro modo, ele se obriga a empregar os meios adequados, segundo o estado da técnica e da arte médicas, para curar o paciente, mas não se obriga a garantir o resultado da cura. Por isso, a sua responsabilidade nasce, não do fracasso na obtenção do resultado da cura em si, mas tão-somente do emprego de meios inadequados para atingir aquele resultado, quando ele não é atingido.

6 ÔNUS DA PROVA

6.1 Ônus objetivo e subjetivo

“Ônus é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação. Ônus são imperativos do próprio interesse, ou seja, encargos sem cujo desempenho o sujeito se põe em situações de desvantagem perante o direito.” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 76)

O ônus da prova permite dar conhecimento à ambas as partes sobre a sua parte de responsabilidade na formação das provas materiais necessárias para construir o caso do juízo do ato, sendo assim, o ônus da prova é uma regra dirigida às partes.

“Trata-se de importante dimensão do tema, pois qualifica o contraditório, na medida em que estimula às partes a participar do processo e assim, colaborar com a produção de uma decisão mais justa.” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 76)

Moreira (1988, p. 74/5) explica o ônus subjetivo como:

O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido.

Acontece que, as provas que foram produzidas podem ser insuficientes para apurar o ocorrido, porém o juiz deve julgar da mesma maneira, pois é vedado o *non liquet*. Sendo assim, o ônus da prova também é uma regra a ser dirigida ao magistrado, para mostrar as regras de como o mesmo deve julgar, caso não encontre as provas dos fatos (que indica quem deverá arcar com os prejuízos do mau êxito da atividade probatória). Esse seria o ônus objetivo.

Moreira (1988, p. 74/5) explica o ônus objetivo como:

A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que algumas das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual do litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido.

“Diz-se em síntese, que o ônus subjetivo é regra dirigida às partes, enquanto que o ônus objetivo é regra de julgamento dirigida ao órgão jurisdicional em caso de insuficiência

das provas produzidas – o último refúgio para evitar o non liquet. “(DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 77)

Não importa quem trouxe a prova para os autos, pois é irrelevante saber se foi a parte que atendeu ao ônus, a adversária ou até mesmo o magistrado. O papel do juiz é apenas estar atento às provas produzidas objetivamente para poder dar o veredicto:

Por isso, o órgão judicial só tem de preocupar-se a rigor com o aspecto objetivo do ônus da prova, não com seu aspecto subjetivo. Porém, não se deve minimizar a função subjetiva do ônus da prova. Como se verá adiante, exatamente porque as regras do ônus da prova criam expectativas para as partes quanto a uma possível futura decisão, é que eventual redistribuição do ônus (com aplicação da inversão do ônus da prova) deve ser feita em momento anterior a decisão, de modo a permitir que a parte redimensione a sua participação no processo. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 77)

Finalizando, os autores Didier Júnior, Braga e Oliveira (2012, p. 78) enfatizam que o ônus da prova explicita o problema para saber quem deverá responder pela ausência da prova de um determinado fato. “Não se trata de regras que distribuem tarefas processuais (regra de conduta); as regras de ônus da prova ajudam o magistrado na hora de decidir, quando não houver prova do fato que tem de ser examinado.” Trata-se, portanto, de aplicação subsidiária e regras de julgamento, “porquanto somente incidam se não houve prova de fato probando, que se reputa como não ocorrido.”

6.2 A inversão do ônus da prova.

O Código do Consumidor possibilita a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Sobre o assunto, Netto (2008, p.217) comenta:

A inversão do ônus da prova é técnica que tem conseguindo, na jurisprudência, resultados concretos em favor do consumidor. O Código do Consumidor, art. 6º, VII, prevê, entre os direitos básicos do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

A inversão do ônus da prova dá oportunidade nas ações de reparação que o ônus seja atribuído ao próprio fornecedor desde que esteja presente a hipossuficiência ou a verossimilhança da alegação. O juiz, segundo as regras de experiência, inverterá o ônus da prova, cometendo ao fornecedor o ônus de provar a ausência do nexo causal.

Neste contexto, Salamanca (2008, p. 119-120) opina:

Quando se fala em hipossuficiência e em verossimilhança, se está como que a dizer: o que se objetiva em verdade é facilitar a defesa do consumidor em juízo. Se este dispõe de meios para provar suas alegações, a inversão é de todo desautorizada. Na verdade, não há uma inversão do ônus probatório, mas a isenção de consumidor/paciente de provar o nexo causal, uma vez que a contraprova desse nexo sempre ficará a encargo do fornecedor/médico, quer se aplique o art. 6º, VII, quer não.

A alegação verossímil (também chamada de verossimilhança) tem o objetivo de aproximar o juiz à verdade da causa. Sendo assim, o mesmo pode inverter o ônus da prova, na hipótese dos fatos alegados pelo paciente serem acreditáveis, incumbindo o profissional médico provar a sua inocência, não do paciente de provar a culpa do médico.

Se o magistrado constatar a verossimilhança das alegações do paciente (ou consumidor), com base nas regras de experiência, o juiz pode presumir que as mesmas são verdadeiras impondo ao fornecedor, (que pode vir a ser o médico) o encargo de prova contrária.

“Na hipossuficiência, a inversão do ônus da prova, a mesma deve ser verificada segundo as regras ordinárias de experiência, ou seja, os casos que o consumidor for a parte mais fraca econômica ou tecnicamente” (SALAMANCHA, 2008, p. 121)

Verificando o juiz que o consumidor se encontra em situação de fragilidade e hipossuficiência probatória – sem dispor de condições materiais, técnicas, sociais ou financeiras de produzir prova quanto ao legado -, deve supor srem suas alegações verdadeiras, determinando que a contraparte atente para o encargo de prova contrária. (DANTAS, 2009, p. 50)

Para Salamanca (2008, p. 121) “ a tese de hipossuficiência técnica seria a mais relevante, pois muitas vezes o autor não possui o conhecimento suficiente para comprovar o seu direito, já que não dispõe de subsídios para realizar as provas necessárias.”

O juiz sempre fica a critério em ambos os casos de inverter ou não do ônus da prova, considerando as particularidades de cada caso. A inversão operante neste caso é chamada de *ope iudicis*, cabendo ao juiz analisar se os pressupostos legais estão de acordo para que a inversão se determine.

A previsão da inversão do ônus da prova amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais (fornecedor/consumidor) – desigualdade essa reconhecida pela própria lei. Assim a inversão pode-se dar em qualquer ação ajuizada com fundamento no CDC.É um expediente técnico portanto – inversão do ônus da prova. A vítima larga em vantagem pois a culpa do agressor já é presumida. Não é preciso que a vítima prove a culpa do agressor, basta que prove o dano e o nexo causal. (NETTO, 2008, p.82)

6.3 A inversão do ônus da prova nos casos de erro médico

Na opinião de Salamanca (2008, p. 111) é de difícil comprovação a culpa médica devido às características que revestem a sua consecução. Existem vários obstáculos no momento de comprovação da culpa, dentre eles: “a natureza confidencial das relações médico-paciente; silêncio daqueles que assistem ao ato médico ou que dele participam; aspecto demasiado técnico da maioria das culpas médicas danosas.”

Além disso, para se obter sucesso em pleito indenizatório, resta claro e evidente que é o autor que tem o ônus de provar a incúria médica, pois o CDC, dispõe em seu art. 14 parágrafo 4º, que a responsabilidade do profissionais liberais é subjetiva, isto é, a culpa precisa estar configurada em quaisquer de suas modalidades: negligência, imperícia ou imprudência. (SALAMANCHA, 2008, p, 111)

Como é estritamente confidencial a relação entre o médico e seu paciente, não há documentos e nem ao menos testemunhas para comprovar uma possível advertência a um procedimento realizado pelo médico sobre os riscos de algum procedimento ou cirurgia. Daí, mais uma vez, mostra-se fundamental e importante o termo de consentimento informado, anteriormente discutido.

Com relação à inversão do ônus da prova, Salamanca (2011, p. 114) comenta:

O médico deve contribuir com a produção de provas, visando a uma conduta processual de colaboração ativa, pois também é de seu interesse a reconstrução histórica do fato, de modo que fique demonstrado que ele não deu causa ao dano. Portanto, deve-se ter em conta que há necessidade de que ambas as partes concorram para a carga da prova, encontrando seu fundamento na aplicação das regras processuais, correspondendo não só a quem afirma um fato, senão também a quem nega a sua existência.

As regras que incumbem ao ônus da prova possuem apenas a função de mostrar qual das partes está legitimada para exercitar o poder processual de trazer as provas. É uma questão delicada, visto que o paciente muitas vezes nada entende sobre a medicina, deixando clara uma desigualdade entre as partes no processo.

“Algo que deve ficar bem claro é que a inversão do ônus da prova prevista no Código de Direito do Consumidor não constitui um privilégio a facilitar um direito ao consumidor/paciente de vencer mais facilmente uma eventual demanda em face do fornecedor/médico.” (SALAMANCHA, 2011, p. 116)

Por ser considerada uma prestação de serviços, a atividade médica está sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor, que como foi visto anteriormente, uma vez

presente a verossimilhança ou a hipossuficiência deve-se adotar a inversão do *onus probandi*, até mesmo pela impossibilidade de arcar com a perícia judicial. E, como já foi visto, a lei determina que basta apenas que um dos requisitos (verossimilhança ou hipossuficiência) esteja presente para que se aplique o dispositivo referido

Enfim, o médico (que neste caso é o fornecedor) é quem está em melhores condições de realizar a prova de um fato, uma vez que a prova está ligada diretamente à sua atividade, a medicina.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Civil Brasileiro tem como instituto a responsabilidade civil, o que significa que quando se causa dano a outrem o indivíduo se vê na obrigação de reparar ou ressarcir o dano cometido. No caso do erro médico, dano esse advindo da negligência, imperícia, imprudência e dolo.

A obrigação de indenizar está prevista no Código Civil, logo, o médico que cometer alguma infração tem a obrigação de indenizar o paciente. A relação entre paciente e médico é de natureza imprescindível para responsabilizar civilmente o médico.

Para constatação do erro médico o magistrado deve se basear nas provas trazidas aos autos e julgar, independentemente de quem trouxe a prova se a ação precede ou não, determinando, ou não, que o médico arque com as consequências de seu provável erro.

Deve-se analisar a particularidade de cada caso excluir, primariamente se o erro é escusável ou não, pois a profissão médica é de extrema importância para a sociedade; a mesma é responsável pela permanência da saúde e cura dos enfermos. Porém, médicos não são perfeitos e também estão sujeito a falhas, e quando estas ocorrem, os médicos devem ser responsabilizados pelo prejuízo causado.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**. São Paulo: Atlas, 2003. *apud* BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico**: Abordagem constitucional da responsabilidade médica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011. 407p.
- BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico**: Abordagem constitucional da responsabilidade médica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011. 407p.
- BIONDO-SIMÕES, Maria de Lourdes Pessole *et al.* Compreensão do termo de consentimento informado. **Rev. Col Bras. Cir.**, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rcbc/v34n3/a09v34n3.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 256p.
- BRASIL. Leis, decretos, etc.... **Vade mecum**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1832p.
- BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no Novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8056-8055-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2010.
- CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.
- CAMARGO, Leonardo Camanho. **Responsabilidade Civil do médico e do psiquiatra em particular**. [20--] Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=responsabilidade%20civil%20medico%20psiquiatra&source=web&cd=1&ved=0CGcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.abp.org.br%2Fmedicos%2Flegislacao%2Fartigos%2Fresponsabilidade_civil_do_psiquiatra.doc&ei=D9q7T7DGIYqi9QTQ1cX2Dg&usg=AFQjCNGfufLddWHD_pbjaHlNdT7nzk5MYA>. Acesso em: 20 maio 2012.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**, 2010. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 23 maio 2011.
- CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 387p.
- DANTAS, Eduardo. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ, 2009. 218p.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7.ed. Salvador: JusPodivim, 2012. 587p.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. 726 p.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 203, v.7.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Reflexões sobre a bioética e o consentimento esclarecido. **Revista Bioética**, São Paulo, v.2, n.2, 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/458/341>. Acesso em 12 maio 2012.

GOMES, Julio Cezar Meirelles. Erro Médico: reflexões. **Bioética**, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/459/342> Acesso em 01 abr. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal**. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, 546p.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e o ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da prova**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**: e legislação extravagante. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. 437p.

PARENTONI, Roberto Bartolemei. **O erro médico é culposos** ou doloso? 2012. Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/o-erro-medico-e-culposos-ou-doloso-?-1642/artigo/>>. Acesso em: 14 junho 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 530 p.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. São Paulo: Lúmen Júris, 2009.

SALAMANCHA, Consuelo Taques Ferreira. **Inversão do ônus da prova**. 2.ed. Juruá, 2008. 155 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, n.11, set./out. 2007. p. 1-17. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2012.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica**: civil, criminal e ética. 3. Ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003. *apud* BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico**: Abordagem constitucional da responsabilidade médica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011. 407p.

SEKII, Rodrigo Takatsugu Silva. **Responsabilidade civil do médico**. 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1204>. Acesso em: 29 abr. 2012.

SUELI, Alessandra Castro, BANQUERI, Renata Aparecida Medeiros. **A atuação do enfermeiro frente a imperícia, imprudência de negligência**: uma revisão de literatura. [Monografia], Centro Universitário, Batatais, 2006. 52p.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo et al. **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. *apud* BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico**: Abordagem constitucional da responsabilidade médica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011. 407p.

TROVÃO, Antônio de Jesus. **Uma breve análise acerca da sintaxe do Título III do Livro III, do Código Civil vigente**: do dano. 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=639>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade civil médica e seguro**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 388p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011. v.1 352 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.4. 376 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **A responsabilidade objetiva no Novo Código Civil**, 2003. Disponível em: <http://www.swisscam.com.br/files_legais/Demarest_responsabilidade%20objetiva.pdf>. Acesso em: 20 maio 2012.

VOLPE, Maria Cecília Mazzariol. **Cartilha de direitos do paciente**, [20--]. Disponível em: <www.napacan.org.br/cartilha.pdt>. Acesso em: 01 abr. 2012.