

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
CURSO DE DIREITO**

IGOR JONES DE ALMEIDA OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL: ERRO MÉDICO

Juiz de Fora
2013

IGOR JONES DE ALMEIDA OLIVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL: ERRO MÉDICO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/Juiz de Fora, como requisito obrigatório à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora Profa. Livia.

Juiz de Fora
2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

Igor Jones de Almeida Oliveira

Aluno

Responsabilidade Civil: exco médico

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Luiz Fecconi

[Assinatura]

Bianca Stephan

Aprovada em 29/06 / 2013.

Dedico este trabalho a Jesus Cristo,
princípio, meio e fim de todos os meus
sonhos.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por ter levado sobre si as nossas dores e enfermidades, por ter sido traspassado pelas nossas transgressões e moído pelas nossas iniquidades, por ter suportado o castigo que hoje nos traz a paz e por ter aceitado as pisaduras que hoje nos trazem a cura. (Is 53:4 e 5).

Aos meus pais Jones Gilson de Oliveira e Adélia de Almeida Oliveira; Carlos Alberto Fonseca Dóro e Neuza de Almeida Dóro, instrumentos do amor e do cuidado de Deus em minha vida, sem os quais eu nada seria.

Ao meu amor, Carina Gomes da Rocha Silva (Oliveira), presente maravilhoso da vida que palavras não podem expressar.

Ao meu irmão, Diogo de Almeida Oliveira, amigo presente, prova irrefutável da fidelidade de Deus.

Aos familiares, pela paciência, apoio, amor e compreensão.

Ao cunhado Josué Gomes da Rocha Silva, por todo apoio e pela aliança de companheirismo e amizade verdadeira estabelecida entre nós.

A Carolina Gomes Aparecida da Rocha Silva Pinto (Sogra) pelo carinho e incentivo aos meus estudos, além das orações e palavras sábias usadas para orientar em minhas decisões mais difíceis.

Ao Carlos Jose da Silva (Sogro) pelo apoio e incentivo.

A Yure Fernandes pela amizade e por ter sido instrumento de Deus em minha vida.

A Aline, Vinícius, Caroline Doro, Beto e Valeska por fazerem parte de minha vida.

Aos professores da Faculdade de Direito de Juiz de Fora, por contribuírem com minha formação jurídica.

Aos ilustres professores-membros da banca examinadora da presente monografia de conclusão de curso pela disponibilidade.

Aos ilustres colegas de curso que tornaram os cinco anos de caminhada mais suaves e alegres.

A Profa. Livia Giacomini, minha orientadora na confecção da presente monografia, pelo exemplo acadêmico deixado, pela orientação e atenção.

A todos os demais amigos e amigas que de alguma forma contribuíram para este momento de conclusão de mais uma importante etapa da vida.

Há homens que lutam um dia e são bons,
há outros que lutam um ano e são
melhores, há aqueles que lutam muitos
anos e são muito bons, mas há os que
lutam toda a vida, estes são os
imprescindíveis.

Bertol Brecht

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise da doutrina e da jurisprudência acerca da isenção de responsabilidade civil do médico e a sua aplicação na área médica. Durante o desenvolvimento do trabalho fez-se um histórico e abordou-se a responsabilidade civil médica com seus elementos gerais, mais específicos a essa área, a conduta humana, o dano, o nexo de causalidade e a culpa, na visão da doutrina dominante e da jurisprudência, usando acórdãos e julgados sobre o tema da responsabilidade civil do médico. Também foram analisados as excludente da responsabilidade civil do médico.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Erro médico. Nexo causal. Excludentes.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the doctrine and jurisprudence on the exemption from liability of the doctor and their application in the medical field. During the development of the work became a history and addressed the medical liability with its elements general, more specific to this area, human behavior, damage, causation and fault, in view of the prevailing doctrine and jurisprudence, using tried and judgments on the subject of liability of the doctor. Were also analyzed excluding the liability of the doctor.

KEYWORDS: Liability. Medical error. Causation. Excludents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 OBRIGAÇÃO DO MÉDICO E RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
1.1 Obrigação de meio e de resultado.....	11
1.2 Obrigação contratual ou aquiliana.....	12
1.3 Responsabilidade civil do médico.....	14
2 ERRO MÉDICO.....	16
2.1 O novo Código Civil.....	17
2.2 Teoria da culpa.....	18
3 DEVERES DO MÉDICO E LIQUIDAÇÃO DO DANO NO ERRO MÉDICO.....	22
3.1 Liquidação do dano no erro médico.....	23
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	27
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	28

INTRODUÇÃO

O tema “Responsabilidade Civil: erro médico”, é de suma importância por se tratar do bem jurídico de maior valor tutelado pelo Estado, que é a vida. Sendo a medicina essencial para o âmbito social, a saúde é um direito no qual é obrigação do Estado garantir. O médico é um profissional que lida com a vida, maior patrimônio do ser humano, portanto, não pode cometer erros. Caso isso ocorra, será obrigado a reparar os danos que causar ao paciente, sejam estes físicos, materiais ou morais, surgindo assim obrigação de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. O dever de indenizar implica em nexo causal entre o dano e o ato que o acarretou, sendo indenizáveis os danos que sejam consequência direta desse fato, sendo portanto necessário apurar a responsabilidade do médico.

Há um vínculo contratual entre o médico e o paciente, desta forma a responsabilidade civil do médico está sempre presente na relação com seus clientes, podendo esta responsabilidade ser subjetiva ou objetiva. A teoria subjetiva, considerada na maior parte dos casos, está exposta nos arts. 159 e 1.545 do Código Civil, ela demonstra que cabe à vítima provar o dolo ou culpa do agente. Já na teoria objetiva, ou responsabilidade sem culpa, há uma abstração na idéia de culpa, que em alguns casos é presumida e em outros nem se exige a prova de sua ocorrência, fazendo com que haja uma inversão do ônus da prova ao agente com a finalidade de comprovar que sua conduta não foi culposa.

Vale salientar que a obrigação é de meio entre médico e paciente, ou seja, exige-se que o profissional da medicina preste cuidados conscienciosos, empregue seus melhores esforços, use de todos os meios possíveis e indispensáveis, e que sejam ministrados os remédios adequados em busca da obtenção da cura do paciente, mas sem jamais assegurar a cura.

Este trabalho tem por objetivo esclarecer dúvidas e responder questões que versem sobre o tema: “Responsabilidade Civil: erro médico”, adotando-se como metodologia a revisão bibliográfica.

No primeiro capítulo será tratado o tema obrigação do médico e responsabilidade civil, demonstrando obrigação de meio e resultado, obrigação contratual, aquiliana e a responsabilidade civil do médico.

No segundo capítulo abordar-se-á o tema erro médico, focando o novo Código Civil e na teoria da culpa.

Finalizando, o terceiro capítulo tratará dos deveres do médico e liquidação do dano no erro médico.

1 OBRIGAÇÃO DO MÉDICO E RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Obrigação de meio e de resultado

Segundo Dias (1995), “os médicos devem empregar com perícia e cuidado toda sua técnica e conhecimento visando restabelecer a saúde do paciente. No entanto, não se comprometem a esse restabelecimento”.

Mesmo havendo um contrato de prestação de serviços e que no mesmo esteja previsto uma prestação de serviços mais extenso, onde há a promessa de um resultado positivo, as ações do médico não dependem unicamente deles, mas também de diversos fatores externos, como a assepsia do local (sala de cirurgia), os medicamentos, a própria reação do paciente, dentre outros (DIAS, 1995).

Nota-se o acórdão abaixo:

(...)a responsabilidade civil do médico não é idêntica à dos outros profissionais, já que a sua obrigação é de meio e não de resultado, exceção feita à cirurgia plástica. Se isso é assim não é porque o médico deva ser considerado um privilegiado em relação aos outros profissionais, mas porque lida ele com a vida e a saúde humanas, que são ditadas por conceitos não exatos, alguns até mesmo não explicados pela Ciência. Nestes termos, cabe ao médico tratar o doente com zelo e diligência, com todos os recursos de sua profissão para curar o mal, mas sem se obrigar a fazê-lo, de tal modo que o resultado final não pode ser cobrado, ou exigido (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, RT 694/84, Relator: Des. Sousa Lima, 1984).

As cirurgias estéticas são exceções à regra da responsabilidade subjetiva, uma vez que nestes casos o paciente encontra-se em pleno gozo de sua saúde, mas por vaidade ou outro motivo qualquer decide modificar suas características físicas, não havendo assim uma intervenção com a finalidade de eliminar dor ou salvar vidas (DIAS, 1995). Há um comprometimento do médico em transformar as características físicas do paciente nas ansiadas pelo mesmo.

Caso o médico não possa garantir ao paciente que após a realização da cirurgia o mesmo terá uma aparência ao menos igual à anterior, não deverá realizá-la. Nesses casos, o dever de informação deve ser cumprido rigorosamente.

Nos casos de cirurgias de emergência, as quais têm por finalidade prolongar ou salvar vidas, é preciso correr riscos, mas em se tratando de cirurgia estética, os riscos devem ser

minimizados, uma vez que a cirurgia apenas garantirá ao paciente uma aparência física (DIAS, 1995).

Embora a maioria dos juristas brasileiros considere que a obrigação do médico seja de resultado na cirurgia estética, há estudiosos que divergem desta doutrina.

1.2 Obrigação contratual ou aquiliana

Obrigação contratual é aquela assumida por contrato escrito ou verbal, no caso em tela, o paciente escolhe seu médico e ambos pactuam o tipo de serviço a ser prestado, forma de pagamento, dentre outros.

No que diz respeito à obrigação aquiliana ou extracontratual, a mesma advém de um dever legal, onde por exemplo, caso haja um acidente de trânsito e o médico necessite, para salvar uma vida, socorrer a vítima (DIAS, 1995).

Esse tipo de distinção é feito somente didaticamente falando pois, na prática, toda doutrina sobre o assunto é unânime em afirmar que a responsabilidade civil do médico é contratual.

Não obstante, não há importância no tipo de contrato entre o profissional e o cliente, é uma obrigação de meios, onde o prejudicado deverá comprovar a infringência dessas obrigações.

Segundo Dias (1995), "Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos."

O médico tem deveres para com seu cliente: deve informar e aconselhar, deve assistir e deve ter prudência. Caso o mesmo deixe de cumprir com tais deveres, aí sim é possível atribuir ao mesmo a responsabilidade sobre um ato danoso.

Segundo Dias (1995):

O dever de informar e aconselhar consiste inicialmente na necessidade de o médico estabelecer com seu paciente as condições de pagamento, o serviço a ser prestado, os convênios que atende, o preço da consulta, etc. Nessa fase de informação e aconselhamento o médico deverá dar todas as condições para que o paciente opte por contratar ou não seus serviços, inclusive alertando-o quanto à sua especialidade e o estado de saúde do paciente, tudo em linguagem simples e acessível. O dever de assistir consiste na prestação dos serviços contratados da melhor maneira possível, atendendo aos chamados e procurando manter-se informado das condições de saúde do paciente durante o tratamento. Para isso, deve o profissional dar condições ao paciente para que o encontre com facilidade em caso de necessidade, sendo que a ocorrência de danos pela falta de assistência pode vir a caracterizar o abandono, levando à responsabilização (DIAS, 1995, p. 72).

Deve ser esclarecido que o médico pode deixar de atender o paciente, desde que essa recusa não cause dano imediato, mas nunca abandoná-lo. Ainda assim, deve comunicar os familiares ou o próprio paciente. O dever de prudência diz respeito à forma de agir do médico. Este não poderá fazer testes em seus pacientes ou realizar operação que envolva enorme risco de vida, sem a autorização, ainda que tácita, do cliente ou seus familiares. “Seria dispensável dizer que em casos de extrema urgência em que o enfermo esteja inconsciente, não será necessário o consentimento de seus familiares, devendo o médico decidir da melhor forma possível” (DIAS, 1995).

Para Alcântara (2001), “o fundamento da responsabilidade civil está na alteração do equilíbrio social produzida por um prejuízo causado a um dos seus membros”. Tem-se, desta forma, que o dano sofrido por um indivíduo ameaça a todos os participantes do grupo, tendo em vista a ameaça pela possibilidade de, mais cedo ou mais tarde, sofrerem os mesmos danos, menores, iguais e até maiores.

Segundo Venosa (2003), a responsabilidade civil “é o instituto que constitui regras que regulam a obrigação de reparar o prejuízo causado a outrem, assumindo para si as consequências jurídicas de uma ação ou omissão”.

Para Rodrigues (2001), a responsabilidade civil gira em torno de duas teorias: a subjetiva e a objetiva.

Com relação à teoria subjetiva, o que a fundamenta é a culpa, onde existe o ato ilícito o qual gera um dano, arguindo a responsabilidade do autor quando existe culpa, dano e nexo causal. Para Rodrigues (2001), “seu fundamento é todo moral: primeiro, porque leva em conta a liberdade individual, e depois porque seria injusto atribuir a todos, indistintamente, consequências idênticas a um mesmo fato causador”.

Na teoria objetiva a indenização caberá simplesmente por existir um prejuízo, sem cogitar haver culpabilidade, sendo necessário apenas a causalidade entre o ato e o dano para obrigar a reparar. Segundo Rodrigues (2001), “o nexo causal consiste no fato de o dano ter surgido de um determinado ato ou omissão. No momento em que a noção de culpa passa a ser diluída, a idéia de risco assume um plano superior”.

1.3 A Responsabilidade civil do médico

Segundo Drumond (2000), por ser a atividade médica considerada de extrema importância, desde os primórdios da civilização foi criada uma legislação específica para o profissional médico, sendo que já há milênios o Código de Hamurabi punia severamente o médico que cometesse erros no que dizia respeito ao tratamento de seu paciente.

Se um médico abriu um tumor, ou tratou com faca uma ferida grave, ou curou um olho doente, receberá dez siclos de prata se o paciente for um homem livre, cinco siclos se for um descendente de plebeus, dois siclos se for um escravo. Se um médico abriu um tumor, ou tratou com faca uma ferida grave, e isso causou a morte da pessoa; se o médico fez o paciente perder o olho, então suas mãos serão cortadas, se se tratar de um homem livre. Se se tratar do escravo de um plebeu, ele deverá fornecer outro escravo. (Código de Hamurabi, Mesopotâmia, 1700 a.C.)

No século V, a Lei Aquília fixou, no Direito Romano, a generalização da responsabilidade civil do profissional da medicina. Mas foi na França do século XIX que a doutrina da responsabilidade médica se assentou, definitivamente, através do Procurador Geral Dupin, deixando um grande legado ao Direito contemporâneo. (DRUMOND, 2000).

Segundo Drumond (2000), Dupin, no ano de 1835, em um caso de erro médico que mobilizou toda a sociedade da época e indo de encontro a argumentos de membros da Academia de Medicina em favor do mandato ilimitado do médico sobre o paciente, firmou a seguinte jurisprudência:

1. O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre os seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão. 2. Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção, basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto inescusáveis. 3. Aos tribunais corresponde aplicar a lei com discernimento, com moderação, deixando para a ciência toda a latitude de que se necessita, dando, porém, à justiça e ao direito comum tudo o que lhe pertence (DRUMOND, 2000, p. 66).

Desta forma, ficou estabelecido categoricamente, a responsabilidade contratual dos médicos: "entre o médico e o seu cliente se forma um verdadeiro contrato que se não

comporta, evidentemente, a obrigação de curar o doente, ao menos compreende a de proporcionar-lhe cuidados" (DRUMOND, 2000).

Mais recentemente, um médico parisiense foi condenado pela Corte em primeira instância, simplesmente por não haver comunicado ao seu paciente, o qual era portador de uma forte miopia, do perigo de uma intervenção de catarata com anestesia local, firmando a seguinte jurisprudência: "1) a decisão de aceitar ou não a intervenção médica é do paciente; 2) ao médico cabe propor o tratamento e esclarecer o paciente, com informações adequadas, sobre os riscos; e 3) o paciente assume os riscos da decisão tomada" (DRUMOND, 2000).

No entender de Drumond (2000), mesmo tendo consciência de que tanto os médicos quanto a medicina são falíveis, ainda assim há o direito alheio quando tal profissional age por negligência, imperícia e imprudência, causando prejuízo a outrem. Sendo este um princípio basilar da responsabilidade civil, mesmo naqueles contratos que pressupõem um perigo, uma obrigação de garantia.

"A responsabilidade civil do médico é um instituto jurídico cuja existência está vinculada ao princípio basilar do direito, que obriga qualquer profissional a responder por prejuízos causados a outrem, cometidos no exercício de uma profissão, consequentes à negligência, imperícia ou imprudência" (DRUMOND, 2000).

2 ERRO MÉDICO

Segundo França (2005), “o erro médico é o mau resultado ou resultado adverso decorrente de ação ou da omissão do médico”, podendo ocorrer de 3 maneiras diferentes: por imperícia, imprudência ou negligência.

No que diz respeito imperícia a mesma ocorre quando o médico não observa as normas técnicas ou não possui conhecimento suficiente a respeito dos procedimentos que serão adotados, ou, ainda por despreparo e falta de prática.

A imprudência se dá quando, por ação ou omissão, o médico realiza procedimentos que envolvem riscos para o paciente sem consultá-lo ou, ainda, sem respaldo científico.

Com relação à negligência a mesma se dá com frequência no serviço público, onde há descaso e desinteresse por parte do profissional, o qual não dá atenção a seus compromissos éticos para com o paciente e até mesmo com a instituição, levando seus atos a resultados adversos e indesejáveis (FRANÇA, 2005).

O médico lida todos os dias com vidas, que é o bem mais precioso do ser humano, muitas vezes precisando trabalhar em ambientes que não lhe favoreçam, contando com recursos operacionais inadequados e tendo que honrar o ser humano e lidar com o patrimônio afetivo das pessoas. Para França (2005):

Para o leigo e para a sociedade mal-informada a medicina pode tudo e a todo momento. A começar pela origem comum entre médico e sacerdote, que leva à presunção de ser o médico legítimo herdeiro de poderes excepcionais sobre a vida e a morte, uma espécie de representante não autorizado do criador. Tudo isto agravado pela trajetória declinante da Igreja, abrindo espaços na expectativa da sociedade leiga. O dano decorrente do erro médico é quase sempre de caráter irreparável, significa tudo ou nada para quem o sofre. Nada ou quase nada para a espécie humana, mas tudo ou quase tudo para o próprio indivíduo. Isto torna o erro médico grave, sempre grave; o erro médico como reverso da expectativa de quem busca reparar parte ou função do próprio organismo, ou seja, é antítese da cura pretendida. Menos grave seria apenas o médico não curar, não remover a causa eficiente da lesão ou não restaurar a função comprometida e ainda, pasmem, sobrevém novo dano, ou agravamento do primitivo! O dano imposto à condição humana tem por natureza e princípio uma importância excepcional. Compara-se ao dano patrimonial sofrido por uma estátua do mestre Aleijadinho que tem um dedo amputado por vandalismo e sua necessária tentativa de restauração, coisas embora graves, não comparáveis à gravidade da perda de um dedo do próprio operário responsável pela conservação da valiosa estátua! (FRANÇA, 1995, p. 12).

Segundo Drumond (2000), “alguns fatores contribuem para a geração do erro, aumentam sua incidência ou agravam sua expressão, excluía a ação original do ato médico ou sua ausência”. São eles:

Condições adversas para o exercício da medicina, desde a escassez de recursos materiais, o número excessivo de pacientes ou a limitação dos meios de diagnósticos e cura impostos pelos contratos de medicina de grupo ou seguro-saúde; o atendimento em massa, das massas desassistidas de baixa renda; um padrão massificado de cunho social adverso. A medicina a serviço das campanhas ou esmagada nos pequenos centros médicos localizados em comunidades muito pobres; a morbi-mortalidade crescente da sociedade brasileira; o contato mais freqüente com o médico desprovido de recursos adequados na instituição pública; a par da extraordinária dificuldade de acesso ao próprio sistema público ou privado de alto poder resolutivo; a formação médica deficiente em nível de graduação, que dispensa comentários. A inexistência de educação continuada na pós-graduação; a utilização crescente em medicina de procedimentos de alta complexidade tecnológica, de difícil controle, além da introdução de procedimentos de alto risco; a capacitação tecnológica em descobrir o erro médico, por exemplo: tomografia computadorizada, ecografia, etc.; o mercantilismo desvairado e selvagem, por iniciativa isolada do médico em especialidades rendosas ou em conjunto por meio de cooperativas ou empresas médicas comprometidas com o lucro (DRUMOND, 2000, p. 77).

É lícito ainda cogitar sobre o estímulo quantitativo existente na prática dos convênios, forma prevalente de remuneração do ato médico.

2.1 O novo Código Civil

Segundo Gomes (2004), o contrato de prestação de serviço médico é uma obrigação negocial, sendo uma obrigação de meio e não de resultado, previsto no novo Código Civil. O art. 186 do dito Código prevê que: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

O art. 159 do código civil prevê a necessidade de verificação de culpa, porém o art. 927, em seu parágrafo único diz que: "Haverá obrigação de reparar o dano, independente 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".

Gomes (2004, p. 55) afirma que "no campo das obrigações, embora o Código não prescindia totalmente da teoria da responsabilidade subjetiva baseada na culpa, uma vez que ela se acha claramente definida no artigo 951".

Por ser a doutrina da responsabilidade civil fundada na tese da responsabilidade sem culpa, o causador do dano será isento de indenizar somente com a exclusão do nexo de causalidade. Há doutrinadores que afirmam que a profissão do médico não cria riscos, que os mesmos tratam a doença, buscando a cura em favor do paciente. Os riscos são provenientes da própria doença, ainda que seja necessário que se utilizem técnicas e condutas inovadoras,

desta forma, os legisladores têm para si ser a responsabilidade de natureza subjetiva, firmada na avaliação da culpa "stricto sensu" (GOMES, 2004).

Com isso, observa-se que a culpa advinda da doença não é culpa do médico, mas se por acaso o mesmo cometer algum erro, aí sim, a culpa será dele.

2.2 Teoria da culpa

Segundo Giostri (1998), “a responsabilidade no erro médico é obrigação de quem, consciente e capaz, praticar uma conduta, de maneira livre, com intenção de fazê-lo ou com simples culpa, ressarcir obrigatoriamente os prejuízos decorrentes do seu ato”.

No entanto, por se tratar de responsabilidade civil no erro médico, é fundamental que haja uma prova evidente e clara de que existe culpa no procedimento do médico. Desta forma, o paciente tem que provar que houve culpa na conduta do médico, uma vez que o art. 159 do Código Civil adotou a teoria subjetiva, teoria da culpa, “que depende da presença de culpa no agir do agente causador do dano, no caso, o médico”. (GIOSTRI, 1998).

Caracterizam a culpa a imprudência ou a negligência, estando as mesmas presentes em um ato médico que cause dano a um paciente, mas é sabido que para tanto o paciente é quem arca com o ônus da prova. Segundo Montalvão (1998): “Para a caracterização da culpa médica, basta a simples voluntariedade de conduta, sendo portanto a intenção desnecessária, pois, a culpa ainda que levíssima obriga a se indenizar”.

No mesmo diapasão Fradera (2002) :

A consideração da natureza da responsabilidade médica como contratual não tem como efeito tornar presumível a culpa. É ao paciente, ou, se for o caso, a seus familiares que incumbe demonstrar a inexecução da obrigação, por parte do profissional. Provada a culpa do profissional com relação aos cuidados dispensados ao doente, será aquele constrangido à reparação do dano causado (FRADERA, 2002, p. 8).

Segundo Fradera (2002), negligência caracteriza-se pela forma omissiva, uma vez que tem em seu ato omissão aos deveres e atitudes que deveriam ser tomadas em relação ao que se espera do caso. Já a imprudência caracteriza-se pela forma comissiva, onde o agente age sem cautela e imperícia assume uma característica de incompetência, onde se age de forma a demonstrar uma falta de conhecimento técnico ou má aplicação dos mesmos. Desta forma, uma destas características deve estar presente no agir do médico, em caso de erro.

Afirma Kfoury Neto (1998):

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática (KFOURI NETO, 1998, p. 17).

É o que ocorre quando existe o erro, o qual também se faz presente na profissão médica e é inerente ao ser humano. Sendo a medicina dotada de insuficiências, não se pode culpar o médico por fatalidades, é necessário distinguir um erro que resulte de algo imprevisível, sendo o médico consciente de seus deveres, agindo de forma cautelosa, chamando-o de erro honesto, diferenciando-o do erro culposo, o qual lesa os direitos do paciente e que poderia não ter ocorrido caso o profissional tivesse uma atitude competente, ou seja, não fossem encontrados traços de imprudência, negligência ou imperícia (FRADERA, 2002).

Cabe ao juiz analisar a existência de culpa, não devendo ser necessariamente grave, mas sim certa. É preciso que haja a certeza da culpa no agir do médico.

No entanto é preciso que haja o nexo causal, ou seja, o médico deve ser o causador do dano ao paciente, coexistindo desta forma os pressupostos necessários para que haja a responsabilidade civil, no caso em tela, o ato lesivo, o dano e o nexo causal, o que ocorrendo de forma concatenada, geram a obrigação de indenizar. Ocorrendo a ausência de um deles, por exemplo o nexo causal, não se fala em indenização (FRADERA, 2002).

No caso de haver prejuízo ou não existir fatos que acarretariam o dano, a menos que haja culpabilidade, aplica-se a teoria da (*res ipsa loquitur*), ou (*in re ipsa*) ou “de que a coisa fala por si mesma”. Quando isso ocorre o juiz, consciente da evidência do médico, até mesmo sem que haja perícia, admite a existência de culpa do profissional, tendo-a como evidência circunstancial, uma vez que o ocorrido somente seria possível com a culpa do médico. Um exemplo de tal fato é a morte de um doente ou amputação de um membro (FRADERA, 2002).

Também tem por objeto a avaliação da culpa a teoria da “perda de uma chance”.¹ “Os tribunais aceitam o nexo causal existente entre dano e culpa, pois ela se constitui no fato de não ter dado o médico todas as oportunidades ao paciente. O doente não teve todas as chances a que tinha direito de se recuperar” (FRADERA, 2002, p. 18).

¹ Neste caso a culpa do médico compromete as chances de viver do paciente ou a sua integridade, sendo que não é necessário que o juiz esteja convencido de que o prejuízo ao paciente tenha sido culpa do médico, uma vez que para essa teoria, é preciso somente que haja dúvida a respeito do médico ser o culpado pelo acontecido.

Cabe salientar que a teoria da culpa demonstra-se inadequada nos casos de responsabilidade civil de ordem pessoal de profissionais liberais, uma vez que nas obrigações de resultado revela-se inadequada (FRADERA, 2002).

Para que na área civil se possa responsabilizar o médico a prova da sua culpa deve ser feita, havendo ainda a necessidade de lesão pelo ato, o que será o nexo de causalidade. Desta forma, as provas irão estabelecer uma relação de causa e efeito entre o agir do profissional e o dano constatado. Caso não haja dano não se configura o delito, exceção para o fato da conduta do médico, por si só, for presumida como fato punível. Do contrário necessário se faz haver transgressão ao dever. “O agir com imperícia, imprudência ou negligência é a ação delituosa que a norma proíbe no caso de erro médico” (FRADERA, 2002, p. 22).

Afirma Fradera (2002) que há necessidade de ressarcimento de dois tipos de dano: a saber, o patrimonial e o moral.

O Código Civil vigente refere-se às perdas e danos que nada mais são que os prejuízos decorrentes, para o paciente, do erro médico. A palavra dano tem significação ampla no Código Civil, abrangendo tanto os danos materiais (lesão aos direitos reais e pessoais), como os danos morais (direitos da personalidade e da família). Nesses está incluído, como espécie, o dano estético. Se qualquer desses danos ocorre, por erro médico, há necessidade de averiguar-se qual a repercussão econômica negativa que causaram ao paciente – vítima do erro médico. Sendo o dano material (incluindo o dano emergente e os lucros cessantes), será indenizável pelo valor da detrimência no patrimônio do paciente (FRADERA, 2002, p. 23).

O dano moral ficou, a partir da Constituição Federal de 1988, admitido explicitamente no art. 5º, inciso X, e será o valor da indenização determinado em juízo, conforme Dias (1995): “Ora, o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada”.

Casos fortuitos e casos de força maior são excludentes da responsabilidade médica, além do fato de terceiros agirem por conta própria com dolo ou culpa e a conduta do paciente causar algum dano a ele próprio, modificando desta forma a relação de causalidade. Caso haja culpa unicamente do paciente desaparece a responsabilidade envolvendo o médico.

Caso haja culpa concorrente, ou seja, tanto do médico quanto do paciente cada uma das partes responderá por sua parcela de culpa, sendo a responsabilidade bipartida entre ambos. Assim, o médico terá o dever de indenizar diminuído, podendo ocorrer nos casos em que o paciente não segue as orientações médicas ou omite informações que possam ser de grande valia para o tratamento ou procedimento. Desta feita, há uma diminuição no valor da indenização, atingindo-se assim o princípio da indenização proporcional nos casos de responsabilidade concorrente (DIAS, 1995).

Excludente também para o médico da responsabilidade civil, são os casos de dano ao paciente devido a força maior, sendo o mesmo considerado aquele em que o homem não pode evitar sua ação, mesmo que queira, pois é um fato natural, superior às suas forças. É considerado um evento externo à relação médico-paciente. Desta forma, tanto o médico quanto o paciente não corroboram para o acontecido. “Há exoneração da responsabilidade civil do médico se a lesão ao paciente é decorrente de caso fortuito ou força maior” (DIAS, 1995).

Segundo Matielo (1998) entre as responsabilidades civil e penal não há qualquer tipo de dependência, mas “a culpa estando juridicamente determinada, advindo daí uma condenação em termos penais, há efeitos na área cível, tanto em uma ação por erro médico, como em qualquer outra causa de responsabilização civil por dano a outrem. Semelhante é a natureza jurídica da repercussão penal na área cível, quer se trate de erro médico ou ação de responsabilidade civil em geral”. Caso haja uma decisão penal condenatória, transitada em julgado, a mesma poderá ser usada na esfera cível como um título executivo, ou seja, não requer instauração de processo de conhecimento para decidir sobre a matéria, uma vez que o mesmo se deu na esfera penal. O paciente, de posse da sentença condenatória na área criminal, possui na verdade um título executivo judicial (art. 584 do Código de Processo Civil, em seu inciso II), cabendo a execução do mesmo através do competente processo, para ser ressarcido dos danos que sofreu com o erro médico.

Em caso de sentença que absolva o réu (art. 386 do CPC, incisos de I a VI) por falta de provas, cabe a devida ação cível por parte do paciente. Pode, através de um processo de conhecimento, demonstrar no juízo cível “a validade da sua pretensão de ressarcimento por danos decorrentes de erro médico. Compete ao paciente provar a existência do fato, que lhe causou dano, e a culpa do médico em demanda no juízo cível” (MATIELO, 1998).

Caso a sentença absolutória seja por comprovada inexistência do fato alegado pelo paciente, não há que se falar em qualquer tipo de demanda cível. Caso haja absolvição por inexistência de prova conclusiva do ocorrido, poderá haver lide jurídica. Na área cível caberá a demanda por ressarcimento, por parte do paciente. Caberá ao autor da ação fazer as provas da existência do fato (MATIELO, 1998).

Na eventualidade da ação penal concluir que o fato atribuído ao médico não se constitui num crime, danos porventura atribuídos, pelo paciente, como de autoria do médico, podem ter sua indenização reivindicada na área do juízo cível.

3 DEVERES DO MÉDICO E LIQUIDAÇÃO DO DANO NO ERRO MÉDICO

Segundo o Código Internacional de Ética Médica (1994), o médico deve manter sempre o mais alto nível de conduta profissional; não permitindo que motivo de lucro influencie o livre e independente exercício de sua capacidade profissional em benefício dos pacientes.

É preciso que o mesmo em todos os tipos de prática médica, dedique e proporcione um serviço médico competente, com total independência técnica e moral, com compaixão e respeito pela dignidade humana.

É fundamental tratar com honestidade pacientes e colegas, empenhar-se para expor aqueles médicos falhos em caráter ou competência, ou que comprometidos em fraude ou enganos (CÓDIGO NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA, 1994).

As seguintes práticas são consideradas condutas não éticas: a propaganda de sua pessoa, exceto as permitidas pelas leis do país e do Código de Ética da Associação Médica Nacional; pagamento ou recebimento de qualquer comissão ou qualquer outra recompensa exclusivamente para obter o encaminhamento de paciente, ou por prescrever ou direcionar o paciente para qualquer tipo de estabelecimento.

O médico tem o dever de respeitar os direitos dos pacientes, dos colegas, e de outros profissionais da saúde, e protegerá as confidências dos pacientes, além de atuar somente no benefício do paciente quando realizando cuidados médicos que possa ter o efeito de debilitar a condição mental e física do paciente (CÓDIGO NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA, 1994).

Também são deveres do médico agir com muita cautela na divulgação de descobertas ou novas técnicas, ou tratamentos através de canais não profissionais; atestar somente o que ele verificar pessoalmente.

Dentre os deveres dos médicos para com o doente encontra-se o de sempre ter presente a obrigação da preservação da vida humana. O médico deve ao paciente lealdade e empregar todos os recursos da ciência a seu favor. Quando um exame ou tratamento estiver além de sua capacidade médica, deverá convidar outro médico que tenha a necessária habilidade.

É necessário manter absoluta confidencialidade de todo seu conhecimento sobre o paciente, mesmo após a morte do paciente, além de prestar cuidados de emergência como dever humanitário, a menos de que esteja seguro que outros estão dispostos e habilitados para oferecer tais cuidados (CÓDIGO NACIONAL DE ÉTICA MÉDICA, 1994).

3.1 Liquidação do dano no erro médico

Segundo Kfoury Neto (1998), “caso o *quantum debeatur* não tenha sido determinado na sentença judicial, proceder-se-á a sua liquidação, necessária conforme disposto no art. 603, caput do Código de Processo Civil”. Dando liquidez, certeza e exigibilidade, que são os requisitos fundamentais a um título executivo para dar início ao processo de execução.

Afirma ainda o autor:

Liquidar o dano consiste em determinar o quantum, em pecúnia, que incumbirá ao causador despendido em prol do lesado. Se não houver adimplemento espontâneo da obrigação assim tornada certa, recorrer-se-á à execução (KFOURY NETO, 1998, p. 56).

No que diz respeito aos danos emergentes comprova-se os prejuízos diretos através dos comprovantes das despesas médico-hospitalares, os quais são essenciais e de grande valor no momento da liquidação da sentença. Outros gastos advindos da lesão experimentada pelo paciente, tais como medicamentos, viagens, aparelhos ortopédicos, dentre outros, obviamente comprovados, trazem ao processo um cálculo correto de seus valores. Como afirma Theodoro Júnior (1999): “O autor da ação indenizatória tem o ônus de provar qual foi efetivamente o dano que o erro médico culposo lhe acarretou, sob pena de decair de sua pretensão”. Assim, a lesão patrimonial no que diz respeito aos danos emergentes avaliada de forma simplificada, proporcionando a correta recomposição dos prejuízos causados.

Com relação aos lucros cessantes o mesmo deve abordar o período em que ocorreu o fato lesivo até a volta do paciente às suas atividades laborais, completamente recuperado. É de suma importância que o paciente lesado comprove os rendimentos que Deve haver uma comprovação pelo lesado dos rendimentos que recebia à época do ocorrido, para que seja feito um cálculo preciso do *quantum debeatur*. Neste item também pode-se somar gastos na contratação temporária de funcionário para substituir o incapacitado em seu trabalho devendo o mesmo ser ressarcido pelo causador do dano. O cálculo de tais lucros cessantes devem ser feitos por peritos (Kfoury Neto, 1998).

Para os casos de morte, segundo Matielo (1998): “Se a lei concede reparação abrangente de danos emergentes e lucros cessantes para os casos de lesão corporal, é evidente que mais ainda serão devidos quando da prática de homicídio, delito de gravidade ímpar”.

Ainda segundo o autor:

Admite-se, para fins de cálculo em pensionamento, nos casos de morte, por exemplo, de um chefe de família que, dos rendimentos auferidos, utilize um terço

com as próprias despesas. A pensão mensal, que será atribuída aos seus dependentes, portanto, será de dois terços da sua renda comprovada, na data da morte. Computa-se o 13º salário, quando forem assalariados as vítimas, dividido em 12 parcelas somando-se o duodécimo à remuneração mensal. Na sentença, a pensão estará explicitada em número certo de salários mínimos, servindo de base para futuros aumentos, fugindo-se com isso de problemas de atualização dessas pensões, quando necessário (Kfoury Neto, 1998, p. 11).

Desta forma, garantido está o pensionamento nos casos de morte, sem que haja problemas com atualizações destas pensões.

No que tange ao tempo de pensionamento, segue abaixo acórdão do Desembargador Clarindo Favretto:

No caso do provimento parcial pela concessão de meio salário mínimo à vítima, quanto à limitação temporal da vigência estabelecida no voto de Vossa Excelência, até os 65 anos de idade, parece-me – já se decidiu assim nesta Câmara – que em caso de lesão à vítima, e não em caso de morte, o pensionamento deva ser vitalício, porque a limitação no tempo seria para o pensionado que ficasse no lugar do morto pela presunção de duração de vida até os 65 anos de idade, que agora as estatísticas provaram ser até 72 anos de idade. Mas tal seria o caso para o pensionado, isto é, para o que fica no lugar do que morreu, que levaria o proveito ao dependente até uma duração presumida de vida; mas quando o próprio lesado é o beneficiário, então seria vitalícia esta pensão. Alertado, porém de que a autora limitou seu pedido até completar 70 anos de idade, este é o limite da lide e neste limite é meu voto.

Com isso, nota-se que o legislador preocupa-se em pensionar a vítima até os 70 anos de idade, porém, em se tratando de ser pensionado o próprio lesado aí sim, a pensão seria vitalícia.

Com relação à indenização do dano moral no erro médico, adverte Dias (1995):

Apesar disto, entendemos que não existe motivo jurídico para não indenizar o dano moral decorrente de mera conduta culposa. No caso da responsabilidade civil do médico a possibilidade destes danos é maior, principalmente considerando que o dano moral tem por objeto a dor física e emocional, sempre presente quando há ação culposa do médico. Havendo dano provocado por conduta culpável, deve ser indenizado, mesmo que de ordem moral (DIAS, 1995, p. 37).

No mesmo diapasão afirma Drumond (2000):

Na verdade, portanto, não há equivalente da dor em dinheiro. Não há o que se chama de pecunia doloris ou pretium doloris, e, sim, a compensação ou benefício de ordem material, que permita ao lesado obter prazeres e distrações que, de algum modo, atenuem sua dor (DRUMOND, 2000, p. 59).

A respeito da liquidação do dano moral diz Kfoury Neto (1998):

Grassa funda controvérsia sobre a liquidação do dano moral. Juristas de tendência dogmática posicionam-se contrariamente à fixação do valor desse dano pelo juiz com esteio, tão-só, em seu prudente arbítrio, na equidade, no senso comum, pugnando pela adoção de balizas legais, que vedem a submissão da matéria apenas à moderação do julgador.

E ainda Drumond (2000):

Contra esse amplo poder discricionário conferido ao juiz há muitas correntes de doutrina e esta é uma das mais fortes razões pelas quais a teoria da reparação dos danos morais não encontra a acolhida que deveria. Todavia, contra essa argumentação, lembramos que mesmo no caso de danos patrimoniais há o uso do poder discricionário do juiz.

Ainda existem os casos em que, por complexidade das operações que se utilizarão para realizar-se a liquidação da sentença, utilizar-se-á o arbitramento (art. 606 do Código de Processo Civil) ou a liquidação por artigos (art. 608 do Código de Processo Civil). Para que se solidarize a liquidação por arbitramento é preciso que haja a intervenção de um arbitrador, o qual, através de comprovação de dados nos autos determinará o *quantum debeatur*. Será feita uma liquidação por artigos, prevista no Código de Processo Civil, caso seja necessário alegar, e provar, um fato novo, para que se possa determinar o quantum do ressarcimento determinado pela decisão judicial. Ou seja, é necessário provar-se que existem fatos que na lide não foram ainda provados. Não serão, na liquidação por artigos, trazidos quaisquer fatos, mas, sim, os que tenham influência na determinação do *quantum debeatur* devido pelo que vai indenizar. (Kfoury Neto, 1998).

Assim afirma Theodoro Júnior (1999):

Consoante Súmula nº 37, do Superior Tribunal de Justiça, o dano moral e o dano patrimonial são cumuláveis. Como decorrências autônomas do ato ilícito, cumuláveis também se afiguram o dano moral e o dano estético.

E ainda:

O dano estético não se subsume no dano patrimonial, nem no dano moral puro, pois é espécie de dano moral, sendo avaliável autonomamente. Nada impede que os danos material e moral coexistam com o dano estético.

No caso de ocorrerem dois tipos de danos morais, como o estético e o moral, fala-se em *damnum in re ipsa*, o qual independe de comprovação, pois a coisa fala por si mesma,

havendo dor e sofrimento. No que diz respeito ao dano moral o mesmo caracteriza-se pela dificuldade de relacionamento social, o que pode ocorrer nos casos de danos estéticos, onde há uma modificação na aparência física, ocasionando um dano duplo, impondo-se uma indenização dupla: do ponto de vista estético e do ponto de vista moral (Kfouri Neto, 1998).

Desta feita, na liquidação de sentença de erro médico, o dano moral e o dano estético podem ter liquidação autônoma, desde que o caso em tela o comporte. Se o dano for apenas estético não haverá cumulatividade. Haverá cumulatividade se houver dano moral concomitantemente, principalmente se o dano moral for quantificado em um valor bem maior, quando da liquidação, do que o dano estético (Kfouri Neto, 1998).

Nos casos em que se comprove dano estético com deformações há que se pensar na influência da beleza física para o arbitramento do *quantum* reparador, como por exemplo, em uma pessoa que fosse lesada em sua aparência por um erro médico, por exemplo, em uma cirurgia plástica estética (Kfouri Neto, 1998).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente uma das profissões mais regulamentadas é a de médico, uma vez que o exercício da mesma é caracterizado por fatores que influem direta ou indiretamente, mas claro, sem esperar erros tanto dos médicos envolvidos quanto do próprio sistema de saúde.

Os médicos são altamente capacitados e especializados, utilizam tecnologias modernas e trabalham em regime de plantão ou turno. Há normas a serem seguidas, compatíveis com a realidade em que trabalham e os valores afetivos, úteis e necessários exigem a satisfação da ordem material.

A relação médico-paciente mudou não só por culpa do médico, mas também devido a atitudes do paciente, o qual hoje é preocupado com seus direitos, contestando e exigindo condutas.

As empresas médicas privadas surgem de forma a caracterizar a doença como uma fonte de riqueza, a saúde é assegurada em qualquer parte do mundo, porém, cresce o risco na tentativa de salvar vidas ou restabelecer a saúde. O médico é passível de risco.

Tendo como principal objetivo beneficiar seu paciente, o médico vê-se obrigado, pela teoria objetiva da responsabilidade, a reparar qualquer tipo de prejuízo que possa ocasionar em seus pacientes, mesmo agindo de forma honesta e cuidadosa não se exime à responsabilidade da reparação ao direito de outrem. Enquanto em tempos idos os tribunais somente caracterizavam a responsabilidade médica frente a um erro grosseiro, atualmente a idéia é outra, onde apenas a inexistência de nexo de causalidade, de força maior, de atos de terceiros ou de culpa do próprio paciente isentariam o médico da responsabilidade.

A responsabilidade civil tem como objetivo assegurar o equilíbrio social, assim a visão dos tribunais volta-se para a reparação do dano pouco importando que o resultado seja demonstrado por uma falha instrumental ou da ciência, quando a culpa do médico não chegou a ser comprovada. Responsabilidade esta que tem início a partir da assinatura de um contrato entre o médico e seu paciente.

A doutrina da responsabilidade civil seja ela extracontratual ou contratual, está firmada na tese da responsabilidade sem culpa, assim sendo, quem causar dano somente será eximido de indenizar se for excluído o nexo de causalidade. Mesmo que nossa tradição seja firmada na responsabilidade subjetiva, com base na imprudência, na imperícia ou na negligência, dando lugar agora ao conceito da responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, J. A. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DRUMOND, J. G. F. ; GOMES ,J. C. M. ; FRANÇA, G. V. **Erro Médico**. Montes Claros: Unimontes, 2000.

FRANÇA, G. V. **O Código de Defesa do Consumidor e o Exercício da Medicina**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 13, p. 56-60, jan/mar. 1995

FRADERA, V. M. J. **A Responsabilidade Civil dos Médicos**. AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 2002.

GIOSTRI, H. T. **Erro Médico - À Luz da Jurisprudência-Comentada**. Curitiba: Juruá, 1998.

GOMES, J. C. M. ; FRANÇA, G. V. **Erro Médico – Um Enfoque Sobre Sua Origem E Suas Consequências**. Montes Claros: Unimontes, 2004.

ALCÂNTARA, H. R. **Responsabilidade Médica**. Rio de Janeiro: José Konfino Editores, 1971.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: RT, 1998.

LIMA, A. **Culpa e Risco**. São Paulo: RT, 1963.

MATIELO, F. Z. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

SAMPAIO, R. M. C. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2000.

THEODORO JÚNIOR, H. **Aspectos Processuais da Ação de Responsabilidade por Erro Médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 760, p. 40-48, fev. 1999.

TJRS – Processo nº 598014397 – 6ª Câmara Cível – Rel. João Pedro Freire - 07/04/99.

TJRS – Proc. nº 596045534 – 6ª Câmara Cível – Rel. Osvaldo Stefanello – 04/06/96.