



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE DIREITO – BACHARELADO EM DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

ROBINSON GABRIEL SOARES

JUIZ DE FORA
2013

ROBINSON GABRIEL SOARES

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Trabalho de conclusão do curso de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Joseane Pepino de Oliveira

JUIZ DE FORA

2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

Robinson Gabriel Soares

Aluno

Responsabilidade civil por erro 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

felipe oliveira

S. M. J. eury

Lucas B. Viana

Aprovada em 29/ 06/ 2013.

RESUMO

A pretensão desse trabalho é proporcionar de maneira ampla a visão sobre o Erro Médico, procurando focar o que já existe sob a égide do Direito, e ao mesmo, conclamar a sociedade e instituições, quanto às suas responsabilidades no tocante ao modismo que se instalou por meio da cultura de massa, promovida pelos meios de comunicação colocando a profissão no cárcere do mercenarismo.

Palavras-chave: Erro Médico, Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The intention of this work is to provide broadly the view of the Medical Error, trying to focus on what already exists under the aegis of the law, and even urge society and institutions in terms of their responsibilities regarding the fad that settled through of mass culture, promoted by the media putting the profession of mercenaries in prison.

Key words: Medical Error, Civil responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ABORDAGEM HISTÓRICO CONCEITUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL .	9
2.1 O DIRETO BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	10
3 CARACTERÍSTICA CONTRATUAL.....	12
4 A LEGISLAÇÃO E A RESPONSABILIDADE MÉDICA	15
4.1 A RESPONSABILIDADE INDEPENDENTE DE CULPA.....	21
4.2 ERRO DE DIAGNÓSTICO.....	22
4.3 ERRO MÉDICO	23
4.4 DA CULPA AO RISCO.....	25
4.5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO.....	25
4.6 O ERRO MÉDICO, A ÈTICA, A MORAL E O DIREITO	28
5 CONCLUSÃO	32
6 BIBLIOGRAFIA	37

1 INTRODUÇÃO

A abordagem da responsabilidade médica tem como premissa uma trajetória histórica. Vale lembrar que a arte da medicina nos primitivos tempos da civilização se resumia em um trabalho artesanal, onde o sucesso nas curas revertiam-se como dom divino para os praticantes da medicina, considerando-se que até então o conhecimento anatômico e fisiológico do ser humano era muito minizado, num universo de complexidades ainda ontologicamente distante do conhecimento científico.

Metodologia ou rituais de cura, não eram discutidos, e diante do sucesso alcançado os médicos eram tratados com mesuras tal qual sacerdotes, o que não significava que diante do insucesso não lhes fosse cobrado na mesma medida.

A história da reparação do dano causado por erro médico, está situada no tempo a partir do Código de Hamurabi, em torno de 1750 a.C., sendo uma cópia dos princípios das Tábuas de Nippur, conhecidas também como Ley de Ur Nammu produzidas no ano de 2050 a.C..

Desde as origens do homem e da medicina, sempre existiu a necessidade constante de se estabelecer a responsabilidade da culpa, na busca de impor o castigo que deveria sofrer o médico, ou o preço a que estaria sujeito a pagar pelo seu insucesso profissional no exercício da sua divina capacidade de curar as pessoas.

A responsabilidade médica na contemporaneidade vem reafirmar a transposição de sua existência no tempo, mostrando apenas que somente os conceitos não mudaram, vislumbrando uma evolução no contexto normativo, e de sobramaneira o acesso à justiça, manifestamente observados quando da elaboração da Constituição de 1988, do Código de Defesa do Consumidor de 1990 e o Código Civil de 2002, abrindo-se dentro deste contexto legislativo amplas possibilidades de discussão sobre a atuação do profissional liberal de maneira diametral.

Neste conjunto tem-se como diapasão, alinhar a obrigação de meio ou de resultado com a finalidade múltipla, onde a bilateralidade de interesses subjetivos e próprios, possam ser contempladas de forma justa e satisfatória entre o direito e o dever.

É neste sentido que se desenvolverá o raciocínio, buscando uma visão do tema proposto, sem perder a horizontalidade do foco, evitando subterfúgios na abrangência do conteúdo.

2 ABORDAGEM HISTÓRICO CONCEITUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Desnecessário ocupar-se com argumentos literários jurídicos para tal abrangência. A história revela de forma simples um super conceito da responsabilidade civil.

O código de Ur Nammu surgido na Suméria no ano de 2050 a.C. é considerado a mais antiga tábua contendo leis da humanidade, e descreve em cinco dispositivos de seu contexto a imputação de penas pecuniárias, para diversos delitos tais como:

- 5) Se um homem deflora, à força, a escrava de outro, deve pagar 5 moedas de prata.
- 6) Se um homem, com um soco, arranca o dente de outro, pagará 2 moedas de prata.
- 7) Se um homem se divorcia de sua primeira esposa, pagará a ela uma moeda de prata.
- 8) Se um homem arranca o pé de outro, pagará 10 moedas de prata.
- 9) Se um homem sequestrar alguém, pagará 15 moedas de ouro (SCHAEFER, 2011, p. 18).

Isto significa dizer, que ao invés de utilizar de penas talianas, naquele momento o código de Ur Nammu, não só transforma antigos costumes em lei como também preceitua a responsabilidade civil, substituindo o direito da vindita pela reparação compensatória, que é o princípio da reparabilidade, do que atualmente são os chamados danos morais.

O código de Ur Nammu é uma espécie de gênese da responsabilidade civil. Já o código de Hamurabi escrito três séculos depois do código de Ur Nammu, vem consolidar de sobremaneira os princípios deste, uma vez que traz em seu conteúdo o primeiro conjunto de regras escritas sobre a profissão médica, e um número quantitativo de fatos, onde o direito da vindita é substituído pela reparação compensatória, passando os mesmos a serem compensados pecuniariamente.

No tocante às questões da profissão médica, que é o cerne deste estudo, ressalta-se aqui os artigos 215 a 217 que tratam das intervenções cirúrgicas e honorários médicos:

- 215.** Se um médico fizer uma grande incisão com uma faca de operações e curar o paciente, ou se ele abrir um tumor (em cima do olho) com uma faca de operações, e salvar o olho, o médico deverá receber 10 shekels em dinheiro.
- 216.** Se o paciente for um homem livre, ele receberá cinco shekels.

217. Se ele for o escravo de alguém, seu proprietário deve dar ao médico 2 shekels (SCHAEFER, 2011, p. 18).

Também os artigos 218 a 223 que determinavam os procedimentos a serem adotados com o médico no caso de insucesso com a intervenção cirúrgica:

218. Se um médico fizer uma larga incisão com uma faca de operações e matar o paciente, ou abrir um tumor com uma faca de operações e cortar o olho, suas mãos deverão ser cortadas.

219. Se um médico fizer uma larga incisão no escravo de um homem livre, e matá-lo, ele deverá substituir o escravo por outro.

220. Se ele tiver aberto o tumor com uma faca de operações e ter tirado o olho (do tumor) ele deverá ser pago a metade do valor contratado.

221. Se um médico curar um osso quebrado ou uma parte maleável do corpo humano, o paciente deverá pagar ao médico cinco shekels em dinheiro.

222. Se ele for um homem libertado, ele deverá pagar três shekels.

223. Se ele for um escravo, seu dono deverá pagar ao médico dois shekels (SCHAEFER, 2011, p. 18).

Neste caso destaca-se como exceção o referido artigo 218 que manteve características taliânicas.

Cabe concluir, que o Código de Hamurabi com os seus preceitos correlacionados com a responsabilidade civil médica, certamente contribuiu indubitavelmente, para que esse complexo tema se mantivesse presente no seio social, mantendo viva a necessidade de ajustes normativos sem macular o profissional médico.

2.1 O DIREITO BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE MÉDICA

O Direito Brasileiro se serviu da grande influência exercida na chamada época moderna através do Direito Francês, que em 1929 a Academia de Medicina de Paris proclamou a responsabilidade moral dos Médicos, provocando grandes mudanças na Doutrina e Jurisprudência relativas a Responsabilidade Civil Médica. “Em 1832 o parecer do Procurador-Geral Dupin determinou que todos os atos médicos que causassem danos a seus pacientes em decorrência de imprudência, ignorância de regras básicas da profissão ou negligência deveriam ser submetidos à apreciação dos Tribunais” (SCHAEFER, 2011, p. 20).

É na França então, que ocorre o primeiro julgado que reconheceu a possibilidade de condenação de um médico a partir da Teoria da perda de uma chance. Fato ocorrido em 1957, somente julgado em 1964, sendo reapreciado pela

1ª Câmara Civil da Corte de Cassação que modificou o entendimento da 1ª Instância alegando as seguintes premissas:

Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir a responsabilização.” Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação de que o médico teria perdido a chance de agir de modo diverso, causando, por conseguinte, a invalidez ao menor, razão por que foi condenado a pagar uma indenização no valor de 65.000 francos. Em face desse breve relato, é possível afirmar que, na época moderna, foi no direito Francês que se estabeleceram as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica, assentando as bases de uma jurisprudência e de uma doutrina que se substanciariam com o decorrer do tempo, servindo de parâmetro para um grande número de nações, especialmente o Brasil (MELO, 2008, p. 7).

Apesar da primeira escola de medicina ter sido fundada no Brasil em 1808, é apenas em 1932 que o Brasil normatizou a conduta médica, passando a fiscalizá-la, ficando os médicos a partir de então, não só obrigados a obedecer normas éticas e morais, mas também normas jurídicas inerentes à profissão.

Cumprindo a sua obrigação de regular e fiscalizar a profissão, o legislador brasileiro editou, em 11-01-1932, o Decreto 20.981. Em 13-09-1945 instituiu os Conselhos de Medicina, que acabaram por regulamentados pela Lei 3.268 de 30-09-1957. O regulamento interno do Conselho Federal de Medicina e dos Conselhos Regionais foi aprovado pelo Decreto 44.045 de 19-07-1958.

O erro médico é tratado por diversos diplomas brasileiros como, por exemplo: Artigo 37, § 6º, Inc. XXI da Constituição Federal; Artigo 11 do Decreto Lei 20.931/ 1932 de 11-01-1932; Artigos 159, 1521 e 1545 do Código Civil Brasileiro (Artigos 186, 932, 933 e 951 do Novo Código Civil); Artigos 18 e 129 do Código Penal; Artigo 29 do Código de Ética Médica, entre diversos outros que podem ser invocados (SCHAEFER, 2011, p. 22).

O que se conclui é que o Direito Brasileiro teve como arcabouço para a implantação das normas correspondentes ao controle da profissão médica, a influência basilar do Direito Francês, que de certa forma contribuiu preponderantemente para que a regulamentação do profissional médico em tempos atuais, não fosse marcada pelo desvelo da reputação do médico, pois o exercício da arte médica jamais deverá ser abalizado do particular para o geral.

3 CARACTERÍSTICA CONTRATUAL

Quanto ao teor da responsabilidade médica, assevera-se que a mesma é de ordem contratual, tendo apenas excepcionalmente natureza delitual quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão.

Por exemplo, se o médico operador for experiente e tiver utilizado os meios técnicos indicados, e em não se explicando a origem eventual de uma sequela, não haverá obrigação por risco profissional, pois os serviços médicos em regra são obrigação de meio e não obrigação de resultado. Enfim, se nenhuma modalidade de culpa, ou seja negligência, imprudência ou imperícia ficar demonstrada, deixará de existir base para a fixação de responsabilidade civil.

A obrigação de meio é considerada aquela em o que o médico assiste o paciente, empregando diligentemente todos os recursos então disponíveis, para a melhor orientação clínica diante do quadro apresentado pelo paciente, não tendo relevância a obtenção do resultado.

A obrigação de resultado encontra-se no comprometimento que o médico assume de atingir um determinado objetivo, muito compreendida nas cirurgias estéticas de rejuvenescimento, incluindo aí a anestesia.

“Uma compreensão comparativa simplificada de forma explícita e verbal, é de que a obrigação de resultado importa o resultado final esperado e não os meios utilizados para tal finalidade” (SHAEFER, 2011, p. 38).

Portanto, quanto à característica contratual faz-se mister frisar, que a obrigação é naturalmente absorvida pelo médico, afinal trata-se de prestação de serviço.

“O médico que atende a um chamado, determina desde logo o nascimento de um contrato com o doente ou com a pessoa que o chamou em benefício do enfermo” (DINIZ, 2007, p. 296).

A doutrina tradicional discute o caráter contratual dessa responsabilidade, procurando afastá-la da responsabilidade aquiliana, afirmando que não existe diferença entre as duas modalidades de responsabilidade, quais sejam, contratual e extracontratual, o que significa que sob qualquer prisma ocorrendo a culpa, suscita o dever de indenizar.

Entretanto, afirma que em existindo o contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o inadimplemento total, parcial ou a mora. O que significa dizer, que se não há contrato e a culpa surge de um dever de conduta, é nessa ação do agente que a culpa deve ser aferida.

Admite-se, no entanto, que em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato há sempre um campo de conduta a ser examinado, independente da existência de contrato, admitindo que a responsabilidade contratual e extracontratual surge quase sempre concomitantemente, e até mesmo de forma tácita.

Afirma-se que esse tipo de contrato é *intuitu personae* (em consideração à pessoa) na maioria das vezes, sendo, no entanto, bilateral, de trato sucessivo e oneroso. Considera-se nesta visão o paciente como copartícipe do sucesso ou insucesso da atividade médica.

Em citação de José de Aguiar Dias (1979, p. 282), “entende que a responsabilidade médica é de natureza contratual, sem qualquer dúvida, mas conclui que as duas ações, tanto contratual, quanto extracontratual conduzem ao mesmo resultado”.

O médico assume a responsabilidade desde o diagnóstico clínico ou laboratorial, pois de início decorrerão consequências para o paciente, visto que a identificação errada da moléstia ou a medicação inadequada pode causar danos irreversíveis, portanto os deveres do médico se estende até mesmo depois da cura do paciente, quando este necessitar de monitoramento.

Portanto, quando o paciente contrata com o médico uma consulta, tratamento, terapia ou cirurgia, o negócio jurídico é nitidamente contratual, oneroso e comutativo.

No caso em que o médico tem a iniciativa unilateral, tratando da pessoa, ainda que contra a vontade dela, a responsabilidade surge da conduta e não do contrato. Esse tipo de situação fica explícito diante da necessidade de socorrer um transeunte em via pública, ou um vizinho acometido de mal súbito, ficando nestas hipóteses difícil de aferir a falta do médico sob o prisma contratual (VENOSA, 2005).

Como delineado, a ação médica dentro dos princípios da responsabilidade civil, encontra-se fundamentada dentro de dois aspectos óticos, inserindo-se a

responsabilidade contratual e extracontratual, sob diferentes espécies, que serão pontuadas abaixo.

A responsabilidade contratual se origina da inexecução contratual de um negócio jurídico bilateral ou unilateral, trata-se de um ilícito contratual, que é a falta de cumprimento do mesmo, ou do cumprimento de qualquer obrigação. É um dever estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente. Essa responsabilidade contratual é o resultado de uma violação à obrigação anterior, o que exige que exista a preexistência de uma obrigação.

Nesta espécie de responsabilidade o ônus da prova cabe ao devedor.

A responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, é um descumprimento de ordem normativa, onde se observa a prática de ato ilícito, ou seja, violação de um dever fundado em algum princípio geral do direito, não há vínculo entre as partes de maneira formal, trata-se de inobservância de lei, é a lesão a um direito sem que preexistia qualquer relação jurídica. Nesta situação cabe ao lesado ou vítima o ônus da prova, à culpa do agente, insculpindo que o mesmo agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

A responsabilidade civil também pode ser definida quanto ao fundamento ou quanto ao agente. No primeiro caso, verifica-se a responsabilidade subjetiva e objetiva na responsabilidade civil extracontratual, sendo portanto fundada na culpa quanto à subjetividade, e ligada ao risco quanto à questão objetiva.

Já na responsabilidade fundada quanto ao agente, aponta-se a relação direta ou simples, que é de ato oriundo da própria pessoa imputada, e indireta ou complexa, quando resultar de ato de terceiro, observando-se aí o vínculo legal de responsabilidade.

4 A LEGISLAÇÃO E A RESPONSABILIDADE MÉDICA

Está insculpido nos Códigos Civil, Processo Civil e Penal pátrios, os regramentos normativos que circundam as ações de direitos e deveres da responsabilidade civil que envolve o profissional médico, num sentido amplo, englobando o dolo, que é a vontade premeditada de causar dano, e a culpa no sentido estrito.

O paciente é o último juiz de sua própria saúde, e em não se tratando de uma emergência, só ele pode ter a última palavra sobre o interesse ou não de empreender determinado tratamento suportando riscos e benefícios.

Neste sentido assevera o Artigo 147 do Código Civil: “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado..”

A essência da culpa está na previsibilidade, se o resultado desfavorável era previsível e não foi evitado, há culpa. Se o resultado desfavorável nas circunstâncias do caso não era possível de ser previsto, encontra-se então as excludentes de culpabilidade, e são elas o caso fortuito e o de força maior, conforme previsto no Artigo 393 do Código Civil em seu parágrafo único. Ressaltando que denomina-se caso fortuito aquele estranho à vontade do homem, portanto imprevisível e inevitável, e força maior aquele absolutamente necessário, que cause algum dano, porém se não tivesse sido praticado daria lugar a dano maior ainda.

No Artigo 186 do Código Civil fica esclarecido que havendo dano sem as excludentes de culpabilidade, o direito à indenização é certo, pois diz o texto: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”. E o Artigo 951 do mesmo Código ratifica em seu contexto a teoria da culpa, quando explicita que: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida 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.”.

Fica isento de culpa no artigo acima citado o Hospital, que como pessoa jurídica, não realiza atos médicos.

Entretanto, de acordo com o Artigo 932, em seu inciso III o Código Civil pontua: “São também responsáveis pela reparação civil: III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”

Desta forma afirma-se que o Hospital responde solidariamente com o médico-empregado, pelos erros de ofício deste, durante o seu trabalho na instituição, e da mesma forma os médicos respondem pelos erros de seus assistentes e auxiliares em razão de tê-los mal escolhido que é a culpa *in eligendo*, ou por não tê-los supervisionados corretamente que é a culpa *in vigilando*. “Culpa *in eligendo* advém da má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato ou o adimplemento da obrigação” (DINIZ, 2008, p. 44).

Como delineado a culpa *in eligendo* é advinda da escolha de um mal profissional em que se confia para a prática de um ato ou cumprimento de uma obrigação, sem que o mesmo esteja habilitado ou não tenha as aptidões necessárias para assumir a responsabilidade de um desempenho profissional adequado, ou seja, tecnicamente despreparado.

A culpa *in vigilando* é decorrente de uma desatenção com o procedimento de um profissional que se encontra sob a responsabilidade de outrem, negligenciando-se o dever de fiscalização, e certa feita expondo-se aos iminentes riscos circunstanciais que podem advir de uma falha, ou por negligência ou despreparo daquele a quem foi confiada a obrigação. Culpa *in vigilando* é a falta de atenção e cuidado com o comportamento das pessoas que estavam sob a guarda ou responsabilidade do agente (DINIZ, 2008, p. 44).

Nessa trilogia de culpabilidade tem-se a imprudência caracterizada pela prática de atos de risco não justificados, afoitos, sem a devida cautela necessária.

A negligência é um ato omissivo, quando o médico deixa de observar regra profissional já bem estabelecida e reconhecida pelos colegas da especialidade.

A imperícia é o despreparo, a prática de determinados atos sem os conhecimentos técnicos científicos necessários para realizá-los.

Esse trinômio é uma base instituída no orbe civil, como no orbe penal, dando uma sustentabilidade técnica e jurídica nas duas áreas do direito material, vislumbrando uma visão bastante significativa, para uma análise técnica, quanto à responsabilidade médica.

Tratando-se de obrigação de meio, o eventual descumprimento do dever contratual deve ser provado pelo paciente, o autor da demanda, demonstrando a culpa do médico, conforme prevê o Artigo 333 do Código de Processo Civil, em seu inciso I, “O ônus da prova incumbe: ao autor quanto a fato constitutivo do seu direito.” Quando no entanto se tratar de obrigação de resultado, basta ao autor demonstrar que o objetivo pactuado não foi obtido, cabendo ao médico provar que não agiu com culpa, onde tem-se então a inversão do ônus da prova, em respeito ao estabelecido textualmente pelo Artigo 389 do Código Civil: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.” (UDELSMANN, 2002).

Nesta seara normativa tem-se ainda as observações apontadas no Código de Defesa do Consumidor, onde pode-se precisar os apontamentos do Artigo 14 com a seguinte redação: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Observa-se também neste contexto normativo em seu parágrafo 4º, onde preceitua que, “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

A jurisprudência preceitua que:

Responsabilidade civil do médico é de meio e não de fim em se tratando de médico a culpa não decorre do resultado da operação, mas dos meios empregados, se a prescrição da medicação foi pertinente e cercada das cautelas recomendáveis e não havendo prova de que o profissional da medicina foi negligente, imperito ou imprudente no acompanhamento do tratamento, não há como considerar procedente a ação de indenização (RT 613/46).

O que se conclui que sendo a obrigação de meio, a responsabilização deverá fazer-se respeitando os critérios estabelecidos pela teoria subjetivista, ou seja, com a demonstração da culpa do profissional.

Quando se tratar de obrigação de resultado, a inversão do ônus da prova deverá ser obrigatória, devendo o profissional liberal responder apenas com presunção de culpa, cujos efeitos práticos são idênticos à responsabilidade objetiva que é aplicada pelo Código de Defesa do Consumidor aos demais fornecedores.

Posto as questões inerentes aos regramentos estabelecidos nas normas atinentes, cabe transpor essa contextualidade e decolar nossa linha de horizonte a um outro prisma, que certamente nos conduzirá a uma atmosfera diferente dos questionamentos habituais, que ora vive-se acerca dos erros médicos.

O desenvolvimento revolucionário da ciência médica, com a ajuda de novos medicamentos, novas técnicas e novos equipamentos, permite ao médico, cada vez mais, maior controle sobre a saúde, a vida e a morte do paciente. De outro lado aumenta o risco de erros que podem decorrer de inúmeros fatores, tais como os erros induzidos por resultados de exames falso positivo ou falso negativo, por manuseio errôneo do laboratório; da falta de equipamentos adequados postos à disposição do facultativo, pelo hospital; da massificação do ensino com a consequente queda na qualidade de formação dos futuros médicos; da falta de remuneração adequada, o que obriga a maioria dos médicos a trabalhar em mais de uma unidade, em plantões extensos e fadigantes; da falta de especialização e conhecimentos adquiridos, em face da impossibilidade, dentre tantas outras causas (MELO, 2008, p. 8).

As questões aludidas estão inerentes à influência comportamental do profissional médico, quando se discute o problema do respeito à dignidade da pessoa humana, pois se encontra de sobremaneira interligado com a deformação originada nas péssimas condições de trabalho, como também no desumano atendimento prestado por hospitais, clínicas e outros centros.

A luta pela humanização da medicina com a consequente humanização dos serviços médicos somente será coroada de êxito quando houver um despertar de consciência que envolva os médicos, os doentes e seus familiares, a imprensa, o poder público, as sociedades de prestação de serviços médicos a até mesmo o judiciário, com a devida inversão de valores, de tal sorte a colocar o ser humano como o centro de todos os interesses que movimentam essa nobre arte de curar, que é a medicina (MELO, 2008, p. 9).

Como se pode observar, as variantes que podem contribuir e/ou possibilitam o erro médico se explicitam com muita clareza, conduzem a uma reflexão não

ortodoxa dos aspectos que fundamentalmente têm até então se mantido nas relações de culpabilidade do profissional médico.

É mister frisar que não se pretende referenciar no questionamento os erros grosseiros, pois os mesmos não devem no entanto serem creditados de forma que possam genericamente transformar a profissão médica em um infortúnio, onde o modismo da culpabilidade do erro, a transforme marginalizada pelo estigma do enriquecimento ilícito de uma sociedade desprovida de valores e princípios, deve-se mapear pontualmente as questões que possibilitam os erros induzidos pelo próprio sistema tecnológico, citados então pelo autor, tais como, “por resultados de exames falso positivo ou falso negativo, por manuseio errôneo do laboratório; da falta de equipamentos adequados postos à disposição do facultativo, pelo hospital” (MORAES, 2008, p. 625).

Nesta engrenagem dilaceradora que põe em risco os princípios, encontra-se também o descontrole público, quando o autor referencia à “massificação do ensino com a consequente queda na qualidade de formação dos futuros médicos”.

Atualmente os problemas são reflexos de uma medicina de massa. Cuida-se da sociedade invadida por princípios econômicos. Nesse contexto, não há como pretender que os médicos fiquem fora dela. Com isso porém, não se afirma que a medicina deixou de ser exercida como um sacerdócio por muitos profissionais. No entanto, com frequência valores de sobrevivência falam mais alto. A situação do médico em nosso país, como reflexo global de nossos problemas, muito longe está do aceitável. A massa da população, vê-se lançada a um sistema de medicina social absolutamente ineficiente (VENOSA, 2011, p. 152).

Enfatizando as questões estruturais basilares, pode-se visualizar uma situação bastante obscura, dentro dessas problemáticas, que envolve a formação do profissional médico, conforme preleciona a Diretora Adjunta de Defesa de Exercício do Profissional da Associação Médica de Minas Gerais, onde se vislumbra o Seguro contra erro médico.

A situação é caótica. Estão se formando no Brasil cerca de 12 mil profissionais médicos por ano. Já temos 155 escolas de medicina, mais de 50 criadas desde de 2000.

A criação de escolas privadas tornou-se um negócio rentável. Com mensalidades que chegam a ultrapassar R\$ 3.mil, este ramo de comércio floresceu no Brasil, alavancado por uma política inescrupulosa de troca de favores e de votos. Temos acompanhado a incessante luta das entidades médicas contra o devaneio educacional no País. Muito se denuncia, mas os políticos não conseguem ver o fim do túnel, ou melhor, até enxergam, mas interesses particulares se sobrepõe ao óbvio, que seria uma análise profunda das escolas em funcionamento e rigor extremo no pedido de

abertura de novas instituições. Temos aí uma massa crítica de profissionais pouco preparados para o mercado e que, devido à má qualidade de formação, temem os processos nos tribunais. Não seria essa uma boa hora para se oferecer um seguro contra o erro profissional?

Além da grave questão abordada acima, criou-se no Brasil a “indústria do erro médico”, segundo a qual, profissionais médicos são muitas vezes acusados injustamente de erro profissional. Não há nada a perder para quem acusa, muitas vezes, pessoas instigadas pela possibilidade de lucro fácil.

O presidente dos Estados Unidos, George W. Bush, assim se referiu ao seguro de responsabilidade médica: “Para melhorar nosso sistema de assistência médica, devemos tratar de uma das principais causas do alto custo: a constante ameaça de que médicos e hospitais serão processados injustamente. Devido ao excesso de litígios, todos pagam mais pela assistência à saúde e muitas partes da América estão perdendo bons médicos”. A mensagem de Bush é clara: o modelo de assistência à saúde norte-americano, baseado nos seguros, não funciona.

A Comissão Estadual de Defesa do Médico, que atua há mais de 14 anos na defesa de médicos acusados injustamente, é totalmente contrária à aquisição de “seguros contra o erro médico”, pelos motivos apresentados abaixo:

- Perda na qualidade da relação médico-paciente;
- Incentivo ao aumento do número de processos de responsabilidade civil, na medida em que os pacientes passarão a contar com uma companhia seguradora para também responder pelas indenizações;

Necessidade de disputa judicial para que a seguradora venha pagar a indenização, inclusive devendo ela figurar no processo;

O seguro contra erro médico, portanto, está longe de ser uma solução. Pelo contrário, sua disseminação pode tornar inviável o exercício da medicina no Brasil – prejudicando médicos e pacientes. O melhor caminho é investir em atualização científica, no bom relacionamento médico paciente (CAFÉ, 2006, p. 3).

A autora faz uma dissertação bem postulada e elucidativa, com relação ao seguro contra o erro médico.

Na verdade trata-se de uma questão complexa, que além do risco de banalizar as ações contra os profissionais da medicina, tem-se uma experiência demonstrada de que não foi gloriosa a implantação do seguro contra o erro médico nos Estados Unidos, sendo o mesmo criticado pelo próprio Presidente da República, onde o mesmo referencia o alto custo da assistência médica em seu país, devido “as ameaças constantes sofridas por médicos e hospitais, que serão processados injustamente, esta situação fomenta o alto custo pela assistência médica”.

Retoricamente, menciona que “o melhor caminho é investir em atualização científica e no bom relacionamento médico – paciente”.

4.1 A RESPONSABILIDADE INDEPENDENTE DE CULPA

Conforme preceitua o caput do artigo 927 do Código Civil e seu parágrafo único:

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.

Deve-se considerar com prudência essa questão da responsabilidade independente da culpa, uma vez que o médico, em não sendo sua atividade a geradora do risco a que o paciente se encontra exposto, há de se considerar que compete ao médico utilizar dos meios possíveis para corrigir a deficiência, seja ela física ou mental do paciente.

Assim sendo, a responsabilidade médica deve ser observada sempre no interesse da cura do paciente. Portanto nesse sentido deve-se considerar o erro médico enquadrado de forma subjetiva conforme alude o caput do mencionado artigo, uma vez que a atividade médica não deve ser enquadrada por sua natureza como risco para os direitos de outrem.

Assim podemos afirmar que é possível nascer a obrigação de indenizar independentemente da prática de qualquer ato ilícito. Havendo previsão legal de responsabilização ou, sendo a atividade considerada de risco, o responsável pela reparação pode até não ter praticado nenhum ilícito, porém, ainda assim, será o responsável pela reparação em razão da determinação legal. Atente-se para o fato de que o dever de indenizar independe da apuração da culpa, bastando a demonstração de nexo de causalidade e a identificação do agente responsável pela atividade (MELO, 2008, p. 28).

Em contra partida há doutrinadores conscienciosos que afirmam:

No campo da atividade médica, existem muitas objeções quanto à aplicação dessa teoria, porquanto alguns doutrinadores alegam que adotar esse tipo de responsabilização significaria inviabilizar a atividade médica em geral. Argumentam que seria sacrificar o ideal daqueles médicos abnegados que praticam o seu mister com denodo, retidão, superando desafios invencíveis impostos pela pobreza da população e precariedade do sistema hospitalar, de sorte que não se poderia atribuir ao médico o dever de indenizar, independentemente de prova de culpa (MELO, 2008, p. 24).

O que coaduna de certa forma com o preceituado pelo Código de Defesa do Consumidor como relata o autor:

Embora tenha adotado a teoria objetiva como regra o CDC excepcionou expressamente a responsabilidade dos profissionais liberais. Além disso mesmo naquilo em que se aplica a teoria objetiva, o estatuto consumerista permite a exclusão da responsabilidade se o prestador de serviço provar que tendo prestado o serviço o defeito inexistiu, ou ainda, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Logo mesmo tratando de responsabilidade objetiva, a mesma é mitigada. A lei de proteção não adotou a teoria do risco integral, de sorte a poder afirmar que mesmo o caso fortuito ou de força maior, bem como os riscos inerentes à atividade, poderão ser causas exonerativas do dever de indenizar (MELO, 2008, p. 24).

Conforme aludido pelo autor o Código de Defesa do Consumidor não adotou a Teoria do Risco Integral, o que vislumbra-se descabido falar-se em Teoria Objetiva, pois mesmo que se esteja diante de um caso fortuito ou de força maior, bem como os riscos inerentes à atividade, não ensejam falar de responsabilidade, tanto de maneira objetiva, como subjetiva, pois como afirmado pelo autor podem ser causas exonerativas do dever de indenizar.

O Código Civil de 2002 dispõe a respeito dessa modalidade de responsabilidade no Artigo 951:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida 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.

O **Artigo 948** trata do homicídio, o **Artigo 949**, de lesão ou ofensa à saúde, e o **Artigo 950** trata de defeito na pessoa que a impeça de exercer seu ofício ou profissão, ou diminua sua capacidade de trabalho.

O vigente diploma assume as modalidades de indenização por responsabilidade médica, na forma como a jurisprudência já adotara há décadas. A responsabilidade do médico ou outro profissional da saúde é subjetiva, dependente de culpa, e assim foi mantida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Observe que o estatuto do consumidor manteve a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, aquela dependente de culpa, entre os quais se incluem os médicos e os odontólogos (Artigo 14, § 4º) (VENOSA, 2011, p. 2011).

4.2 ERRO DE DIAGNÓSTICO

No que concerne aos direitos e deveres de médicos e pacientes, é salutar lembrar que é uma relação que exige uma responsabilidade bilateral, pois o médico tem o dever de ser prudente e diligencioso, ouvindo e interrogando seu paciente sobre seus sintomas. Agindo assim está se portando de informações, em que somente com um espírito parcimonioso e peridicioso, estará a agir com vigilância, garantindo de sobremaneira a consciência do diagnóstico, e só assim estará apto a conversar com seu paciente sobre o tratamento a ser seguido, e ao mesmo tempo prestar informações sobre o sintoma, oferecendo então a assistência devida, com

suas prescrições adequadas, e com certeza orientando o paciente sobre o seu estado de saúde, e qual o tratamento a ser seguido (SCHAEFER, 2011).

4.3 ERRO MÉDICO

Encontra-se constituído em função do bom ou do mal resultado, comumente avaliado em conformidade com o caso concreto, tendo a sua natureza observada desde a morte do paciente, passando pela minimização do sofrimento, de mera expectativa de vida, e até mesmo de uma cura total.

Comumente encontra-se interligado com a insatisfação ou seus responsáveis, os quais promovem denúncias ao Ministério Público, aos Conselhos Regionais de Medicina e até mesmo a autoridades policiais com o objetivo de formalizar um pedido de providências.

Na maioria das vezes estas pessoas encontram-se em um processo de desequilíbrio com a doença, ou com a situação em que se encontram seus entes queridos.

O erro médico somente deverá estar configurado, juntamente com a responsabilidade civil, quando se vislumbrar o resultado obtido inverso do esperado.

“Será, em regra, a perícia que determinará, por exemplo, a imprecisão do diagnóstico, tornando clara a tênue linha entre a culpa lato sensu e a imprevisibilidade” (SCHAEFER, 2011, p. 61).

Deve-se entender por erro médico a falha no exercício da profissão, tendo como premissa o resultado diverso ou diferente do pretendido em consequência ou decorrência de ação ou omissão (SCHAEFER, 2011).

O erro culposos e o erro doloso, ambos insculpidos no Código Penal Brasileiro, onde se classifica o dolo direto, aquele em que o agente quis o resultado, e o dolo indireto, onde o autor assumiu o risco de produzir o resultado. E por último será culposos, quando o agente deu causa ao resultado agindo com imprudência, negligência ou imperícia.

Tem ainda a figura do dolo eventual, quando o agente de forma consciente, admite e aceita o risco de produzir o resultado; como exemplo cita-se o procedimento de um médico que mesmo sabendo que a operação era

desnecessária e que poderia provocar a morte do paciente, procede de má fé e acaba por provocar a morte do paciente.

Faz-se menção ainda ao erro escusável, que é aquele que é inevitável, mesmo que o agente tivesse tomado todas as cautelas o dano ocorreria. Já o inescusável é aquele que poderia ser evitado pelo agente se tivesse tomado as cautelas diversas e necessárias antes de agir, é portanto evitável (SCHAEFER, 2011).

E conclui a autora:

O erro médico, sem dúvida alguma engloba o erro profissional, portanto, não se pode concordar com a posição de magistrados que os diferenciam. Também não se pode aceitar a tese de que o médico só deve responder por aquilo que depende exclusivamente dele, pois, embora o corpo humano, muitas vezes, possa ter reações imprevisíveis, outras tantas vezes terá reações que, mesmo inesperadas, poderiam ser previsíveis, devendo o médico com estas saber lidar. Nestes últimos casos não há por que falar em erro escusável, quando outro médico colocado na mesma situação poderia tê-la resolvido ou evitado (SCHAEFER, 2011, p. 63).

Em contra partida Nehemias Melo pondera com relação ao erro escusável e preceitua:

É preciso ponderar que a medicina é uma ciência e como tal tem limitações e que o médico é um ser humano, logo falível, devendo ainda considerar que ele trabalha com informações que lhe são fornecidas pelo paciente, cuja verdade varia de acordo com as circunstâncias e conveniências, além do que, o organismo humano reage de forma diferenciada de pessoa para pessoa a um mesmo tratamento (MELO, 2008, p. 84).

Necessário se faz que postulações tragam tons insubjetivistas, para que não se fomente a irracionalidade diante de questões amplamente discutíveis ou justificáveis.

O erro é possível de ocorrer em qualquer profissão, o problema é que em se tratando de médico e considerando que lida com a vida humana, e em situações muitas vezes imprevisíveis, o seu erro torna-se mais dramático, contudo não deve ser chamado indiscriminadamente a prestar contas à Justiça se, de sua atividade regular, vem a ocorrer um acidente funesto (MELO, 2008, p. 84).

E conclui sabiamente justificando suas ponderações:

Por fim cabe a advertência: A problemática da caracterização do erro em se tratando da medicina não se restringe única e exclusivamente às fronteiras da ciência, mas se extravasa para os domínios da arte e do impoderável, razão por que se espera objetividade e bom senso do Judiciário na avaliação e provas, frente ao caso concreto (MELO, 2008, p. 85).

Trata-se de um raciocínio consubstanciadamente conclusivo, desprovido o erro médico de um teor judicialista, mantendo as devidas precauções a que se deve ter com as questões do erro de qualquer profissional.

4.4 DA CULPA AO RISCO

É sabido que a grande dificuldade de se comprovar o erro médico encontra-se fundamentado na questão da prova, quanto à imprudência, negligência ou imperícia. Em inúmeras situações a lesão é incontestável, ali encontra-se identificado o agente, entretanto a impossibilidade de se provar a culpa, afastará então o dever de reparação. E seguindo o modo de instrução do processo civil em ações de reparação por erro médico, cabe ao autor o dever de confirmar o fato através de provas então admitidas em direito pelo Código de Processo Civil (Artigo 133), o que significa dizer que ao autor, mesmo em se tratando de ação por erro médico, não se encontra desincumbido de constituir as provas, sendo arrebatado inverídico o fato uma vez que o sujeito ativo não comprovou os fatos (MELO, 2008).

O professor Humberto Theodoro Junior, é mais incisivo ao considerar como normal os riscos, as falhas e até mesmo o insucesso e as lesões decorrentes da prestação de serviços médicos, razão por que os Tribunais, em princípio, não são liberais com o ônus da prova a cargo do paciente ou de seus dependentes, quando se trata de ação indenizatória fundada em erro médico. Nenhum tipo de presunção é de admitir-se, cumprindo ao autor, ao contrário, o ônus de comprovar, de forma idônea e convincente, o nexos causal entre uma falha técnica, demonstrada in concreto, e o resultado danoso queixado pelo promovente da ação indenizatória (MELO, 2008, p. 19).

O professor Theodoro Junior se faz muito coerente em sua dissertação, ao ressaltar o zelo dos Tribunais com a questão probatória nas situações de processos por erro médico. Seria de sobremaneira inconsequente se os Tribunais não zelassem pelas garantias Jurídicas, o que de certa forma tornar-se-ia banalizados os procedimentos, e o processo perderia a justa garantia de probidade e justiça.

4.5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

O Código Civil Pátrio em capítulo atinente aos atos ilícitos regula de sobremaneira a responsabilidade médica, dentro de uma ótica contratual. Considera-se aclarado esse caráter, uma vez que somente excepcionalmente a natureza do erro médico será delitual, desde que seja um ilícito penal, ou quando

inobservadas as normas que regulamentam a profissão. Portanto, se o médico cirurgião usou dos meios técnicos apropriados, maturidade profissional, e um ato cirúrgico der origem a uma eventual sequela, originada por uma circunstância insabida e inexplicável, “não haverá obrigação por risco profissional, pois os serviços médicos são em regra de meio e não de resultado”.

Se nenhuma modalidade de culpa – negligência, imprudência ou imperícia – ficar demonstrada, como não há risco profissional, independente de culpa, deixará de haver base para fixação de responsabilidade civil, pois as correlações orgânicas ainda são muito pouco conhecidas e surgem às vezes resultados inesperados (DINIZ, 2006, p. 313).

Diniz (2006) com muita inteligência e sabedoria torna explícita a questão do risco, ao possibilitar o entendimento e a compreensão de que apesar da possibilidade de risco profissional, o nexo de causalidade é uma condição preponderante para se caracterizar o erro médico.

Oportuno se faz salientar, que o erro médico em grande parte não se pode considerá-lo como tal, uma vez que, devido à fragilidade e complexidade que envolve a estrutura do corpo humano, há consequências tais que a ciência não tem como explicar.

A ciência médica ainda que muito avançada não consegue abalizar a capacidade de resposta ao tratamento, que sendo iguais, obtem-se resposta diferenciada de paciente para paciente, conforme esclarece em seu trabalho sobre erro médico, a professora Silvia de Liz Waltrick Bernardi. Isto porque dois pacientes com a mesma doença, podem apresentar sintomas e sinais diferentes, reagir também de forma diversa a um mesmo tratamento, e, finalmente um pode morrer e o outro ficar curado sem que se cometa qualquer erro de diagnóstico e terapêutica. (BERNARDI, 2000)

Nesta mesma linha de raciocínio:

A atividade médica é, pela sua própria natureza, uma atividade de risco, de tal sorte que, mesmo sendo praticada com regularidade e normalidade, dela pode resultar danos aos pacientes, os mais variados, incluindo a morte. Esse risco tem aumentado com a evolução dos medicamentos, equipamentos e novas técnicas postas à disposição da medicina. Além dos riscos naturais, há que se levar em conta a possibilidade de que cada paciente possa reagir a um mesmo tratamento (ou intervenção) de forma diferente em razão de fatores predisponentes, fatores agravantes e fatores desencadeantes. A tudo isso o médico tem condição de prever e informar ao seu cliente. Nessas circunstâncias, a ocorrência de eventos graves e até mesmo a morte não implicará responsabilização do médico, nem do hospital

ao qual esteja vinculado, tendo em vista podermos classificar como riscos inerentes à própria atividade (MELO, 2008, p. 128).

É mister ressaltar que existem ainda situações na área cirúrgica, que comprovam a fragilidade e a tênue linha em que na maioria das vezes vive o médico cirurgião, que mesmo com todo desvelo profissional passa por situações inimagináveis no momento da realização de um ato cirúrgico, ainda que não complexo, considerando a rotina em determinados procedimentos.

A história do Doutor Pedro Paulo Monteleone é a prova do risco iminente de uma cirurgia, e não de um erro médico, mas de uma circunstância naturalmente lógica, capaz de acontecer em um centro cirúrgico:

Na sala de cirurgia, o médico Pedro Paulo Monteleone, prepara-se retirar para o útero de Rosa Gonçalves Dias. O médico corta uma primeira camada de gordura, abre a aponeurose, um tecido fino que envolve toda a cavidade abdominal, afasta os músculos peritoniais e alcança o intestino. A cada etapa, grampos metálicos são colocados nas bordas das incisões para manter os órgãos afastados. O intestino é empurrado, com uma compressa em direção ao umbigo. Em meia hora o médico já enxerga o útero da paciente. A fase mais crítica da cirurgia começa agora. Com todo o cuidado Monteleone corta os ligamentos que unem as trompas ao útero, quando a paciente está deitada a bexiga fica apoiada sobre o útero. É preciso afastá-la com uma gaze, lentamente, e ir cortando com uma pequena tesoura os pedaços de tecido que unem as finas paredes dos dois órgãos. É como abrir um envelope, descolando as bordas, sem rasgar o papel. Monteleone sabe que qualquer corte 1 (um) milímetro mais profundo pode perfurar a bexiga. Foi exatamente o que aconteceu naquela manhã. Monteleone furou a bexiga de sua paciente Rosa. Monteleone, 58 anos, obstetra e ginecologista há 33 anos, é formado em uma das melhores faculdades do país, Escola Paulista de Medicina da Universidade Federal de São Paulo, onde também foi professor durante décadas. Naquela manhã, ao perceber que tinha cortado a bexiga de Rosa, parou o que estava fazendo. Pediu fio e agulha apropriados à instrumentadora, costurou o órgão afetado, e só depois prosseguiu na retirada do útero. Duas horas mais tarde, quando a paciente já estava no quarto, ainda levemente sedada, o médico explicou-lhe o que ocorrera durante a operação. Se não fosse pelo rompimento da bexiga, Rosa teria alta do hospital em menos de 24 horas. Em razão do acidente, ela ficou com uma sonda e a internação foi prolongada por uma semana (SCHAEFER, 2011, p. 170).

O que vale ressaltar neste episódio é que nem sempre as consequências são provenientes de negligência, imprudência ou imperícia, os riscos são iminentes, o que deve haver, no entanto é honestidade do profissional em assumir os fatos que foram gerador do acidente, colocando o paciente ou a família cientes dos mesmos. Neste relato a paciente diz não ter sequer pensado em processar Monteleone e alegou: “É um alívio saber que existem médicos que contam a verdade, por mais difícil que seja ouvi-la”.

O que se resume constatadamente, é que a relação impessoal médico-paciente desumaniza a medicina, e ao mesmo tempo querer constituir essa relação em um estado de guerra, é generalizar de maneira imprudente a profissão médica, onde os meios de comunicação fomentam e instigam a ignorância pujante da massa social, e esquece-se que a relação médico-paciente é uma condição indivorciável, pois está destinada a persistir enquanto houver doenças.

De certa feita, está muito bem preconizado pela autora supracitada onde a mesma referencia que:

O atendimento bem feito evita, muitas das vezes, a revolta dos familiares e do paciente quando o resultado pretendido não é alcançado, pois o médico desta maneira demonstra não ser o doente apenas um objeto, mas uma pessoa com a qual ele, médico, se preocupou e pela qual fez tudo que estava ao seu alcance para curá-la. Assim agindo, o médico acaba com um contrato impessoal, desenvolvendo uma relação de confiança (SCHAEFER, 2011, p. 72).

Entretanto não é essa a realidade que parece estar sendo preconizada pelo Poder Público com relação à saúde, pois acaba de ser colocada em vigor uma Lei Municipal na cidade de Monte Mor, interior de São Paulo, onde a Prefeitura irá pagar aos médicos de Família e Especialistas, uma bonificação pela produtividade nas consultas/hora, estabelecendo alíquotas de 20, 30 e 50%, para médicos que atenderem respectivamente a 4, 5 e 6 pacientes por hora, o que segundo manifestação do Sindicato dos Médicos da Região de Campinas/SP, estimular atendimento médico pela produtividade, aumentando o número de exames hora coloca em choque a qualidade do atendimento (Notícia Veiculada no Bom dia Brasil da Rede Globo em 17-05-2013).

4.6 O ERRO MÉDICO, A ÉTICA, A MORAL E O DIREITO

Segundo o pensamento da autora Fernanda Schaefer, o que se imagina é que Medicina e Direito, sempre foram pares harmoniosos, unidos em prol da humanidade, dando no contexto uma supremacia ao Direito sobre a Medicina, colocando o Direito como o autor ou o gestor das regras éticas e morais, conforme prediz na sua decrição:

O que se pode perceber é que independente da fase em que se encontram medicina e direito sempre andaram juntos a serviço da humanidade, preocupando-se com os erros médicos irreparáveis e justa remuneração do profissional. A evolução a sociedade e os avanços tecnológicos fizeram que

as exigências sobre os médicos e sua profissão crescessem, reivindicando-se desta maneira, maior eficiência no atendimento ao paciente. Embora ambas, medicina e direito, devam respeitar princípios rígidos de moral, os maus profissionais e o descaso com a saúde pública fazem que falhas gravíssimas tornem-se cada vez mais frequentes. Cabe ao Direito fazer que os Médicos não se esqueçam do Juramento feito nas suas colações de grau, das regras éticas e morais da profissão e das normas civis e penais no sistema jurídico brasileiro existentes. O direito nada mais é do que o espelho da evolução moral da sociedade, e a medicina nada mais do que a arte de curar, apoiada pela evolução tecnológica e científica de cada época. Sendo assim cabe, *“ao Direito a obrigação de regular aquela profissão e responsabilizar e/ou penalizar os profissionais, neste caso, médicos que, por imprudência, imperícia ou negligência, ou dolo, vierem a causar danos ou prejuízos aos seus pacientes no exercício de sua profissão”*. Jerônimo Romanello Neto. p.7 (SCHAEFER 2011, p. 22).

A um Direito justo, retilíneo, coerente e alinhado com os plenos princípios da ética e da moral, seria com certeza o arcabouço desta relação.

Entretanto tal qual a Medicina com suas inglorias, encontra-se o Direito com com seus espinhos e arestas, que proporcionam à própria Medicina ao desalinho ético e moral, sob a égide do Direito auxilia-se a Medicina como proceder sob a inspiração perspicaz do profissional de Direito, a se esconder sob o manto de uma falsa legalidade, conforme transcrito pela autora supracitada em uma Reportagem editada na Revista “VEJA”, sob o Título de “Um Guia para esconder o Erro”:

A Associação Médica do Rio Grande do Sul publicou um manual para orientar seus filiados sobre como se prevenir de processos por erro médico. Assinado pelo Advogado Marco Antonio Bandeira e pelo médico e advogado Luiz Augusto Pereira, o guia deixa claro seu objetivo já na apresentação:

“Neutralizar fatores externos agressivos e preconceituosos em relação à nossa atividade, como Associações de vítimas de erro médico, autoridades oportunistas, imprensa sensacionalista”. A pedido de VEJA, o professor de ética médica Marco Segre, da Universidade de São Paulo, e o advogado paulista José Rubem Macedo Soares leram o manual. “O texto instiga a sonegação fiscal, faz apologia do crime, incita a prática de supressão de documentos, aconselha fraude processual e fere o código de ética dos advogados”, afirma Soares “Do ponto de vista de ética médica é uma aberração”, resume Segre. Confira alguns itens do manual:

“Quando for decidido pelo médico que deve prestar depoimento perante a autoridade policial ou a promotoria, deve fazê-lo usando linguagem mais técnica e hermética possível, recusando explicações em termos leigos ou coloquiais. Para dificultar a denúncia.”

“É princípio de boa cautela consultar um advogado para ser orientado sobre a forma legal de retirar o patrimônio de nome próprio, para evitar o risco de perdê-lo para o paciente demandante.”

“O médico faz hoje parte de uma classe desprotegida. Sem poder político nem união profissional, está acuado por pacientes gananciosos.”

“As precárias condições e a falta de equipamentos impõem ao médico decisões que a ele não cabe tomar. Tipo quem vai viver, quem vai morrer, na insuficiência do número necessário de respiradores artificiais. Nesses casos deve ser observada a rigorosa ordem cronológica de chegada dos

pacientes ao local de atendimento. Não importa quem tem maiores chances de sobreviver.”

“Evitar pacientes que recusam determinadas terapias por razões éticas ou religiosas.”

“Evitar plantões de atendimento público”.

“O Conselho Federal de Medicina afirma que o prontuário médico pertence ao paciente. Está equivocado. O paciente tem direito a um relatório médico, elaborado a partir do prontuário” REVISTA VEJA DE 03.03.99- P.80-87 – QUANDO OS MÉDICOS ERRAM (SCHAEFER, 2011, p. 178).

É lamentável o desprendimento de um profissional do Direito, aliado a uma entidade que deveria certamente estar lutando por interesses enobrecedores da classe Médica, estarem ambos envolvidos a um desserviço, não só a classe, mas também à sociedade.

E é exatamente este, senão o maior, mas o grande questionamento que se deve fazer.

Porque os grupos organizados das classes profissionais não se unem de forma honrada, para defender interesses que possam contribuir na solução de grandes questões de interesse social e político, como a omissão e a negligência do Estado com a qualidade do ensino, pois só assim com a conscientização dos grupos sociais organizados, pode-se obter uma mudança nas políticas públicas de base, propiciando um ensino de qualidade, e então obter-se-á profissionais bem qualificados, minorando as aberrações, não só na área Médica e do Direito, mas também de toda a estrutura universitária, preparando e formando profissionais abalizados de conhecimentos e humanamente conscientes de suas responsabilidades profissionais.

Na questão do Erro Médico, que é o objetivo principal deste trabalho, deve-se conclamar as já citadas palavras de Irani Novah Moraes:

A luta pela humanização da medicina com a consequente humanização dos serviços médicos somente será coroada de êxito quando houver um despertar de consciência que envolva os médicos, os doentes e seus familiares, a imprensa, o poder público, as sociedades de prestação de serviços médicos a até mesmo o judiciário, com a devida inversão de valores, de tal sorte a colocar o ser humano como o centro de todos os interesses que movimentam essa nobre arte de curar, que é a medicina (MORAIS citada por MELO, 2008, p. 9).

Dentro deste diapasão é oportuno salientar a nobre decisão do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, que sábiamente deu um grande passo na minoração dos conflitos do Erro Médico:

A maior parte das denúncias de Erro Médico que se avolumam nos Conselhos Regionais e nos Tribunais de Justiça tem uma história de mau relacionamento entre Médico e paciente agravando a questão do erro. Muitos processos poderiam ser evitados com um diálogo franco e a continuidade do tratamento. Sabendo disso, o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, criou em fevereiro de 1999, uma Comissão de Conciliação. Antes de dar entrada com a denúncia, a comissão coloca o paciente frente a frente com o Médico. O profissional é obrigado a explicar, em linguagem didática, o que o houve durante determinada cirurgia ou tratamento. Nos casos mais simples, os pacientes contentam-se com um pedido formal de desculpas por parte do Médico. Nos outros, mais complicados, é aberto um processo no CRM (SHAEFER, 2011, p. 173).

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade médica por erros advindos do profissional médico é histórica, pois como observado, desde os primórdios tempos, onde alguém era considerado como possuidor do dom de curar, já existia a preocupação de responsabilizar este profissional, quando os seus préstimos de cura provocasse resultados adversos ou desastrosos.

Esta fôra uma maneira ímpar de se proceder, em um tempo quando conhecimentos e recursos na área da ciência médica, eram ainda sombriamente nebulosos, prevalecia as características do curandeirismo,

Ontologicamente vive-se num processo de desenvolvimento social e científico, dentro de um movimento natural, de forma que parece depender da vontade humana as mudanças, as transformações e as consideradas evoluções científicas. É através deste caminhar inquieto do homem que a ciência avança e consegue romper passo a passo o intrincado e desconhecido universo da vida, e conduzir a humanidade a um pedestal futurísticamente inimaginável, propiciando ao homem penetrar no que parece sagrado, como a desvendar o mistério da vida.

É neste prisma que a medicina vem se desenvolvendo ao longo do tempo, e chega aos dias de hoje, proporcionando melhor qualidade de vida à humanidade, ao utilizar das supratecnologias desenvolvidas tanto através de equipamentos, quanto através de drogas.

É indiscutível o bem estar, a satisfação e de alguma forma a tranquilidade que a ciência médica proporciona ao ser humano.

Entretanto nem tudo são flores, pois com os recursos tecnológicos, que facilitam e possibilitam maiores seguranças em diagnósticos e tratamentos, também conduz o profissional médico a um distanciamento pessoal do paciente, desumanizando de sobremaneira esta relação, limitando-se a prescrever exames, valendo-se da sofisticada aparelhagem, abandonando a intuição, transformando a relação médico/paciente fria e indiferente, em que um passa a ser apenas um objeto desta ciência e não mais o protagonista assistido pelo diretor da arte chamada ciência médica.

Esse comportamento isento de cunho humanístico, pode estar conduzindo o médico à indiferença, e à heresia pelo sacerdócio da medicina, pois a profissão está se tornando cada vez mais banalizada, através dos interesses sócio-econômicos, e o estudante de medicina não é mais aquele indivíduo que tem o dom da arte médica, é uma pessoa tomada pela vaidade e a ascensão social que a profissão traz, este certamente não é o que irá contemplar de eficiência e eficácia um profissional de qualquer ciência, muito menos o de medicina.

Nessa linha de observações encontram-se os cursos de medicina, onde o estudante estuda anatomia com bonecos produzidos de resina, o que contribui ainda mais para uma formação sem uma visão humanista, prevalecendo a tecnologia.

Nesta estrutura em que se desenvolve a formação médica, é que se faz mister a observância dos regramentos jurídicos.

Não se pode admitir uma ciência médica sem a ótica do humanismo, onde a frieza, a indiferença ou a incapacidade profissional, fique à margem da responsabilidade, como se a vida ou o ser humano fosse apenas um objeto descartável à mercê de pessoas, cujos os valores são apenas materiais.

A responsabilidade civil e penal médica, é um princípio normativo que busca adequar de maneira caracterizada o erro médico.

Os dispositivos legais permeiam as ações médicas, circundando-as dentro de uma tríade, reverenciada pelos Códigos Civil e Penal pátrios.

Não basta objetivar ou subjetivar a responsabilidade médica, necessário uma ligação de causalidade entre o dano e o erro do médico, do qual venha resultar a responsabilidade.

A legislação preceitua com bastante clareza e contundência, quando classifica o erro médico, com o trinômio “Negligência, Imprudência e Imperícia,” deixando um liame evidenciado com a culpabilidade. Este é o princípio norteador da responsabilidade médica.

Na área penal a ação médica fica adstrita à delitualidade, quando o mesmo vier a cometer um ilícito penal, ou desrespeitar preceitos regulamentares da profissão.

A consagração trinomial da responsabilidade médica é muito eficaz, quando observada de forma diametral, uma vez que está substantivada dentro de princípios que circundam de maneira abrangente a prestação de serviços, deixando evidente que responsabilidade, capacidade e habilidade profissional, são requisitos indispensáveis para o perfeito desempenho de uma profissão, que exige tamanha sensibilidade humana, quanto a medicina.

É de se notar que a compartimentalização da medicina tem favorecido o distanciamento da relação médico/paciente, acontecendo aí uma perda progressiva da visão global do médico sobre o paciente.

O que pode-se concluir é que deste processo de uma medicina fragmentalizada, o profissional da medicina esteja se tornando cada vez mais insensível ante a consciência de suas responsabilidades médicas, procedendo de maneira autômata, cercado das garantias da parafernália da engenharia eletrônica e das altas técnicas de biotecnologia, tendendo portanto esquecer o lado humano e frágil da sua relação, com a vida do seu semelhante.

Entretanto há de se observar que existe nas pessoas um comportamento acomodado, havendo um certo exagero quanto a um excesso de confiabilidade abrangente na ciência médica.

Num aspecto de uma visão realista e racional, há de se considerar esse comportamento como um comportamento de risco. Muitas pessoas nos dias de hoje, se colocam predispostas a enfrentar destemidamente um centro cirúrgico, com o simples objetivo de satisfazer suas vaidades, pouco se importando com as complexidades que envolve uma cirurgia e suas consequências.

Não se trata, no entanto de estabelecer uma defesa ao profissional da medicina, e tentar de sobremaneira dar sustentabilidade aos seus equívocos. Mas a visão que aqui se estabelece é de crítica ao excesso de confiança, sem a postura crítica das pessoas que imaginam que a medicina moderna não oferece riscos.

Outro aspecto importante também de ser analisado nesta linha de pensamento é a isenção de consciência e despreparo e o desconhecimento do profissional médico e do paciente, quanto a consequências desastrosas ou inesperadas, que causam danos às vezes até irreparáveis, e no sentido de se perceber claramente que as correlações orgânicas são pouco conhecidas, e partindo

daí, não basta acreditar que o que foi bom para Pedro, será também bom para João, as complexidades do organismo humano nos mostra a todo momento que somos ímpar em todos os aspectos, e com os procedimentos da área de saúde não poderia ser diferente.

Dentro dessa ótica basta que vislumbre-se, quão irreverente é a reação do organismo com a anestesia; há pacientes que recebem grandes doses devido a atos cirúrgicos complexos, e entretanto saem ileso, mas há os casos em que uma simples e pequena quantidade tem desfecho catastroficamente letais.

Esta é uma questão que às vezes nem sempre é observada com critérios pelas partes, mas é uma verdade muito próxima da realidade de muitos casos, que às vezes surpreendem tanto médicos como pacientes ou familiares de pacientes.

Portanto não se pode ou não se deve precipitadamente no calor de uma situação imprevista, ou seja, diante da surpresa de um fato onde ninguém jamais se cogitou das possibilidades de acontecer, projetar uma conduta de revolta de forma leviana, acusando o profissional de erro.

Sabe-se que o erro médico existe, que a área médica é muito corporativa, tão fechada e sombria, que se escondem uns atrás dos outros hibernando verdades, com o intuito de se protegerem contra os ataques muitas vezes verossímeis de impotentes familiares, que além da revolta pelo descaso ou incapacidade profissional do médico, só lhes restam o consolo de assumir o sofrimento da perda ou da sequela irreversível a que o ente familiar está fadado.

Quanto às questões legais no que diz respeito à responsabilidade civil, deve-se respeitar as questões já preestabelecidas no quetange aos estudos jurídicos conhecidos e propagados pela doutrina do direito, onde o serviço de meio se encontra estabelecido de maneira bastante consolidada dentro da visão da obrigação do médico, visto que o mesmo não tem a obrigação nem o dever de curar, mas não dá a este o direito de deixar de ser observador de normas, atencioso no agir, ser capaz, atento em servir, zeloso, ser criterioso, ser cauteloso, moderado, sensato, competente e habilidoso. Estas são as qualidades e porque não dizer capacidades que o médico deve ter para desempenhar sua função com moralidade, são princípios que a legislação elegeu para que não lhe seja imputada a culpa. Devendo neste sentido a parte prejudicada provar o erro do profissional médico

cobrando-lhe pecuniariamente pelos danos, conforme é garantido pelo nosso Código Civil pátrio através da responsabilidade civil.

Quanto a obrigação de resultado, tem-se uma situação que se espelha diferente por se tratar de uma prestação de serviço, onde o médico se compromete a realizar um trabalho com o objetivo de fazer uma correção no paciente. Este tipo de trabalho por ser considerado de resultado, a doutrina defende o argumento de que há a competência de se recorrer ao Código de Defesa do Consumidor, sendo muito bem postulado, uma vez que se consegue abalizar seu resultado, e como a função é para correção, ou seja melhoria no aspecto físico do paciente, tendo então saído insatisfeito o mesmo, nada mais justo de que lhe caiba o direito de cobrança na esfera do Código de Defesa do Consumidor, considerando-se ainda que alí o ônus da prova é invertido, competindo ao profissional médico provar que agiu com toda competência, fazendo suas comprovações probatórias de que foi o paciente quem não respeitou as determinações clínicas com normalidade ou como determinado.

6 BIBLIOGRAFIA

BARRETO, Laila Marchi; SANTANA, Larissa Marques Vaz. **Um olhar sobre erro médico diante da relação de consumo**, 2004 – [www.facs.br/revista juridica](http://www.facs.br/revista_juridica) - acesso 05.03.2013.

BERNARDI, Silvia de Liz Waltrick. **Erro Médico**: Uma análise frente ao Código de Defesa do Consumidor, 2000 – www.ambito-juridico.com.br- acesso em 10.03.2013

CAFÉ, Maria Ester Massara. **Seguro Contra Erro Médico**. Jornal da Associação Médica. 2006. Acesso em 26.03.2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**: Doutrina e Jurisprudencia / Nehemias Domingos de Melo – São Paulo: Atlas, 2008.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico e Erro de Diagnóstico**. 10. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

UDELSMANN, Artur. **Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos**. Revista da Associação Médica Brasileira, 2002 – acesso 02.03.2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. Atlas, 2011.