



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS - UNIPAC

CURSO DE DIREITO

ELISANGELA SILVA DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE
DIAGNÓSTICO**

JUIZ DE FORA

2012

ELISANGELA SILVA DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO DE
DIAGNÓSTICO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Me. Joseane Pepino de
Oliveira.

Juiz de Fora

2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

Elisângela Silva de Oliveira

Aluno

A Responsabilidade Civil do Médico por
Erro de Diagnóstico

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

Edle Oliveira

e

[Assinatura]

Aprovada em 08/12 / 2012.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado força e coragem para o desenvolvimento desta pesquisa, e por me ajudar a terminar mais uma etapa.

Agradeço aos Professores pela paciência, conhecimento e atenção que me dispensaram durante todo o período do curso.

Agradeço a minha orientadora Joseane Pepino de Oliveira que tornou possível a realização da presente monografia.

Agradeço em especial a minha filha Elisia Alice de Oliveira Silva, pois ela é a verdadeira responsável por eu ter feito o curso de Direito, e também a minha mãe Ivone Francisca de Oliveira, por todo amor e dedicação que sempre teve comigo e com a minha filha.

Por fim agradeço a todos os amigos com que pude contar e que sempre estiveram ao meu lado, me ajudando a concluir este trabalho, em especial as amigas: Maria do Rosário de Almeida, Delma Eliza Ribeiro Andrada e Ana Maria Monteiro.

RESUMO

O presente tem a finalidade de demonstrar a gravidade do erro médico em diagnóstico, como pode ser evitado e quando é responsabilizado. O erro de diagnóstico inevitável sempre vai gerar indenização, cabe ao profissional do Direito analisar todos os elementos para que haja a caracterização, e a punição dos infratores. Serão utilizados para isso a Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código de Defesa do Consumidor e também o Código de Ética Médica. Será analisado as teorias da responsabilidade por erro médico bem como o nexo de causalidade.

Palavras-chave: Erro no Diagnóstico, Responsabilidade Civil do Médico, Erro Médico

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 A HISTÓRIA DO ERRO MÉDICO	7
3 ERRO DE TRATAMENTO OU DIAGNÓSTICO.....	10
3.1 Do Erro Médico	10
3.2 Do Erro de Diagnóstico	10
4 ELEMENTOS E TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE ERRO MÉDICO	16
4.1 Elementos.....	16
4.1.1 Dano	16
4.1.2 Nexo de Causalidade	18
4.2 Teorias sobre a responsabilidade civil do médico no Brasil.....	19
4.2.1 Teorias da Perda de uma Chance	20
4.2.3 Teoria Res Ipsa Loquitor.....	21
4.3 A responsabilidade civil do médico no Brasil	22
4.4 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal	23
4.5 A Capacidade Processual.....	24
4.6 Meios de proteção contra o erro médico.....	24
5 RESPONSABILIDADES DE ÓRGÃOS E ENTIDADES CORRELATAS.....	27
5.1 A responsabilidade dos hospitais e clínicas e laboratórios	27
5.2 A Responsabilidade dos Planos de Saúde	28
5.3 O Conselho Regional de Medicina	29
CONCLUSÃO.....	30
BIBLIOGRAFIA	32

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre a responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico. Buscará a apresentação da história do erro médico, conceito, elementos e teorias e como é feita a prova do deste tipo de erro. O primeiro capítulo tratará da história do erro médico e sua evolução. Desde os primórdios, existiam pessoas que se preocupavam em curar as moléstias, com isso também passou a existir a punição para quem não conseguisse essa cura. Com o nascimento de Hipócrates, a medicina passou a ter uma visão científica e racional, por isso ele era considerado “o pai da medicina”, respeitado até os dias atuais. Hipócrates traz aos médicos, princípios básicos que ensina os médicos nunca prejudicar um enfermo, mas usar de todas as formas e meios disponíveis para ajudá-lo.

O segundo capítulo tratará do erro médico em geral, do erro de diagnóstico e a prova do erro de diagnóstico. O erro médico pode ser dividido em escusável e inescusável, o motivo dessa divisão é separar se o médico é realmente culpado, ou se não houve meios de evitar o dano sofrido pelo paciente. O erro de diagnóstico também pode ser dividido de duas formas: inevitável e evitável. O diagnóstico deve ser feito com muita cautela, através dos exames e suas várias formas, pois o que gera a responsabilidade do médico por esse tipo de erro, é somente o caso de erro evitável, ou grosseiro; se for inevitável não há que se falar em indenização. A prova deste tipo de erro é feita através dos meios disponíveis em direito, conforme preceitua o artigo 332 do Código de Processo Civil.

O terceiro capítulo tratará das teorias e elementos da responsabilidade civil sobre erro médico, analisando conceitos, classificações, quem tem legitimidade para ingressar em juízo e como o médico pode se proteger.

O capítulo quatro tratará da responsabilidade de órgãos e entidades correlatas, bem como qual é a função do Conselho Federal de Medicina. Tratará também de como o Código de Defesa do Consumidor pode atuar perante os médicos, pacientes, hospitais, clínicas e similares.

Por fim, na conclusão, será demonstrada a gravidade com que o erro de diagnóstico acontece e porque ele merece uma atenção especial. Para elaboração deste estudo buscou-se o conhecimento teórico publicado em livros, entre outras fontes, com argumentos baseados nas doutrinas pátrias.

2 A HISTÓRIA DO ERRO MÉDICO

Não é difícil imaginar, que, com o nascimento do homem, nasceu também à dor e a moléstia e junto a estes nasceu alguém com a capacidade e habilidade para amenizar o sofrimento do homem, ou até mesmo, curá-lo. Essas pessoas com tais habilidades eram um tanto quanto curiosas e observadoras. Estudavam as patologias e receitavam ervas, e, assim passaram a serem chamados de curandeiros, magos, ou ainda, sacerdotes. Para os doentes, se uma pessoa, tinha o poder de curar moléstias, ela era dotada de poderes sobrenaturais, por isso o lugar onde estes moravam e a comida que comiam, deveria ser diferenciada. (KFOURI, 2.001)

O primeiro documento que tratou do erro médico foi o Código de Hamurabi, datado de 1790 a.C., foi este código que trouxe a ideia de punição para os médicos. Posteriormente criou-se a Lei das XII Tábuas, que também tinha caráter punitivo assim como o código de Hamurabi. No código de Hamurabi, se o médico cometesse um erro, teria a sua mão amputada, se o dano fosse sofrido por um escravo ou um animal ela apenas iria ressarcir o dano causado. No direito romano, deu-se a evolução da responsabilidade civil do médico, que chegou à culpa, que é conhecida até hoje. No Egito, por serem tratados como sacerdotes, os médicos tinham elevada posição social. Mas aquele que desobedecesse as regras, era punido com a morte. Na Grécia, adotou-se as regras do Egito, baseando-se a responsabilidade civil médica pela culpa, porém se houvesse óbito ou infringisse as regras da atividade sanitária, as penas eram muito severas. As penas eram trabalhos forçados, açoites, fraturas das pernas e o mais estarrecedor de todos, a crucificação. Em 460 a. C. nasce Hipócrates. Hipócrates foi quem entregou a arte de curar aos homens, e, é respeitado até os dias atuais como o “pai da medicina”. O pouco que se sabe sobre esse filósofo, já demonstra o quanto ele se preocupava com os doentes. Nesta época a visão da medicina passou a ser vista cientificamente e também racionalmente, por isso para Hipócrates existiam quatro princípios básicos para cuidar de um doente, “Jamais prejudicar um enfermo; não buscar aquilo que lhe é possível oferecer aos pacientes, os famosos milagres; lutar contra o que está provocando a enfermidade; acreditar no poder de cura da natureza”. (SCHAFFER, 2.002)

Com isto o médico, precisa seguir a ética de Hipócrates para que o paciente possa ser curado da moléstia que estiver lhe consumindo e fazer um juramento. Esse é o juramento feito pelos formandos em medicina nos dias atuais:

Juro por Apólo médico, por Esculápio, Higia e Panacea e ponho por testemunho todos os deuses e todas as deusas, cumprir segundo minhas possibilidades e razão o seguinte juramento: Estimarei como meus pais aquele que ensinou esta arte, farei a vida comum com ele e se necessário, dividirei com ele os meus bens; considerarei os seus filhos como irmãos e ensinar-lhes-ei esta arte sem retribuição nem promessa escrita. Comunicarei os princípios, lições e todo o resto do ensino a meus filhos, dos mestres que me ensinaram, aos discípulos regularmente inscritos e jurados segundo regulamentos, mas nada mais. Aplicarei os medicamentos para o bem dos doentes segundo o meu saber e nunca para seu mal. Não darei um remédio mortal ou um conselho que o leve à sua morte. Não darei a uma mulher um pessário que possa destruir a vida do feto. Conservarei pura a minha vida e a minha arte. Não extrairéi um cálculo, deixarei esta operação a quem souber praticar a cirurgia. Em qualquer casa entre o farei para o bem dos doentes, evitando todo o mal voluntário e toda a corrupção, abstando-me do prazer do amor com mulheres ou homens, livres ou escravos. Tudo o que vir e ouvir no exercício de minha profissão e no comércio da vida comum e que não deva ser divulgado conservar-se-á como segredo. Se cumprir integralmente este juramento, que possa gozar a minha vida e a minha arte e desfrutar da glória entre os homens. Se quebrar este juramento, que me suceda o contrário.

(SCHAEFER, p.19, 2.002)

Cumpramos ressaltar que desde os primórdios, sempre existiu “médico, moléstia, erro e punição”. A punição mais severa em casos mais graves e punições mais brandas em casos menos graves. O que vem ocorrendo através dos tempos é que, o profissional que se dedica com total responsabilidade, procura aperfeiçoar seu conhecimento para que não ocorram erros; evitando assim as punições. Os direitos: Alemão, Português, Suíço, Italiano e Espanhol, atribuem a responsabilidade civil à culpa. Já na França, o médico que cometesse um erro, era praticamente imune; se não fosse provado que este agiu com imperícia e falta grave, não havia que se falar em responsabilidade civil médica. Isto foi inovado através dos tempos e em 1832 houve um caso que trouxe grande repercussão à jurisprudência francesa. É o famoso caso da senhora Foucault, que assim cita Miguel Kfoury Neto

O doutor Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da senhora Foucault. Somente lá se apresentou às nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro, a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante desta situação a família Foucault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí o mais famoso processo submetidos à justiça francesa.(2.001, p 45).

Cumpramos ressaltar, que o erro encontrado neste caso foi totalmente grosseiro, cabendo aqui claramente, uma indenização. A dor desta família ao ver o filho mutilado pelo resto da vida, não iria passar, mas, poderia ser amenizada, sabendo que o médico, teve a sua punição,

pois assim evitaria que o mesmo praticasse tal conduta novamente. Em 1957, houve um primeiro julgado na França sobre o erro de diagnóstico, onde o médico foi condenado a pagar 65.000 francos de indenização, pois o paciente havia perdido a chance de cura; ficando inválido (KFOURI, 2.001). O Direito francês tornou-se modelo na responsabilidade civil médica em vários países.

3 ERRO DE TRATAMENTO E DIAGNÓSTICO

3.1 Do Erro Médico

Para chegar ao erro médico, primeiro existe uma relação entre médico e paciente que é dividida em tratamento e diagnóstico. Nestas etapas o médico deve se cercar das técnicas necessárias a fim de constatar o problema e tratá-lo corretamente, contudo há também a reação do corpo humano que é sempre imprevisível, podendo responder de forma inesperada ao tratamento.

Via de regra ao se deparar com o resultado negativo de um procedimento médico, o paciente fica tão decepcionado que recorre aos meios jurídicos para ser ressarcido, o que ocorre é que deve ser analisado caso a caso, para que o médico não seja punido injustamente. Então se o paciente é vítima de um erro grosseiro, não há como o médico se escusar da culpa. O artigo 18 do Código Penal dispõe sobre o que é erro doloso e erro culposos, ocorre o dolo quando o agente queria aquele resultado, já a culpa ocorre se o resultado causado pelo agente foi por imprudência, negligência e imperícia.

O erro médico pode ser erro escusável e erro inescusável, o erro escusável consiste naquele em que o médico agiu com cuidado e zelo, ainda assim teria ocorrido, não há como evitar. O erro inescusável consiste naquele em que o médico deixa de tomar o devido cuidado e fica claro que o erro poderia ter sido evitado. São exemplos de erros inescusáveis: tratar como fratura uma ferida causada por estilhaço na perna do paciente; o médico analisar a radiografia e promover a operação da perna não fraturada do paciente; diagnosticar mulher grávida como portadora de fibroma e operá-la, causando-lhe lesão ou morte; tratar o paciente de uma doença que o mesmo não tinha, sem esforçar para descobrir a verdadeira causa. Para a caracterização do erro escusável e inescusável deve analisar cada caso, é esta análise que irá determinar se houve erro ou culpa concorrente, o que não é nada fácil.

(SCHAEFER, 2.002)

3.2 Do Erro de Diagnóstico

Existem vários conceitos sobre o erro de diagnóstico: “É a determinação da natureza de uma doença”. (STEDMAN,1996). “Diagnóstico é a arte de determinar a natureza de uma

doença ou a conclusão a que se chega na identificação de uma doença”. “É a distinção entre moléstias de caráter similar mediante a comparação de seus sinais e sintomas”. Dicionário Médico Blakiston. (p. 315 e 853). “O diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado”.(KFOURI, 2.001).

A diferença entre prognóstico e diagnóstico, é que o prognóstico prevê a evolução da doença antes do tratamento; já o diagnóstico determina qual seria essa doença. São vários os meios de se diagnosticar uma doença: clínico, estuda os sinais e sintomas da doença; diferencial, compara os sintomas de doenças parecidas, também se é somente uma ou mais doenças; laboratorial, quando são feitos os mais variados tipos de exames para achar a doença; por exclusão, exclui-se aquelas doenças em que os sintomas são parecidos, deixando apenas aquela que se enquadra nos sintomas do paciente; patológico, é feito nas lesões do paciente e também pode ser realizado após a morte; físico, examina o corpo do paciente e é complementado por exames laboratoriais e anamnésia (Anamnésia é a informação acerca do princípio e evolução de uma doença até a primeira consulta com o médico); pré-natal, estes identificam a doença antes do nascimento da criança, através de exames; neonatal, este identificam a doença após o nascimento da criança. (SCHAFER, 2.002)

O ato de diagnosticar é muito difícil, devendo ser feito com extremo cuidado, com muita precisão para se evitar os erros, por isso o erro escusável não pode ser considerado culpa do médico, pois o corpo humano é imprevisível, então o médico só será responsabilizado se não tiver os devidos cuidados ao diagnosticar a doença. Ruy Rosado de Aguiar Junior, citado por Nehemias Domingos de Melo na página 85 diz o seguinte: “O diagnóstico consiste na determinação da doença do paciente, seus caracteres e suas causas. O erro no diagnóstico não gera responsabilidade, salvo se tomada sem atenção e precauções conforme o estado da ciência, apresentado-se como manifesto erro grosseiro”. (p. 85, 2.008).

O erro de diagnóstico é dividido em inevitável e evitável, será inevitável quando ocorrer alguma doença ainda não identificada pela medicina, ou quando não havia meios suficientes de se concluir o diagnóstico, neste caso não há que se falar em responsabilidade civil ou penal. Será evitável quando o médico tinha todo o preparo e todo o tipo de apoio tecnológico para diagnosticar o paciente, e não o faz. Neste caso há responsabilidade civil ou penal do médico, pois o paciente na maioria das vezes pode ter seqüelas permanentes ou até mesmo vir a óbito. O médico deverá proceder com calma para que o diagnóstico seja correto, muitas vezes pode ser que o erro seja corrigido, basta que o médico tenha a humildade de

assumir que errou e ter uma relação de confiança com seu paciente. Sabe-se que errar faz parte da vida do ser humano, o que se deve fazer é aprender com os erros e evitá-los sempre. Fernanda Schaefer cita alguns exemplos de erro de diagnóstico

A operação de cesariana realizada em mulher com gravidez psicológica; diagnosticar como simples indisposição um acidente vascular cerebral, quando o paciente já sofria de problemas cardíacos graves e tinha colesterol altíssimo; tratar uma arterite química como se fosse fratura; proceder à intervenção cirúrgica em caso de litíase uretral, pensando ser apendicite, sem realizar exames prévios básicos; aplicar tratamento de uma doença que o paciente não tinha e não tentar descobrir qual era e enfermidade que o acometia; diagnosticar de forma leviana ou inexata, quando os exames indicam claramente a existência de outra moléstia; diagnosticar AIDS, quando na realidade as amostras de sangue foram trocadas; dentre outras. (p. 85, 2.002)

O exame clínico é essencial para a descoberta do diagnóstico. Aqui o médico deverá excluir todos os sintomas que não condizem com aquele tipo de doença, e analisar também se o paciente não está sofrendo da síndrome de munchausen. Nesta síndrome o paciente informa alguns sintomas que são imaginários, com o objetivo de ter atenção e compaixão, mesmo que seja submetida a exames dolorosos, pode também ocorrer com terceiros, também chamada de síndrome de munchausen por procuração, como exemplo a mãe que inventa sintomas para o filho ou até mesmo medica a criança para que apareçam sintomas de uma determinada doença. Esta síndrome é difícil de ser diagnosticada, mas não é impossível de ser descoberta, pois o bom profissional, ao descartar alguns sintomas, sabe diferenciar um sintoma psicológico do real através de exames clínicos e depoimentos do próprio paciente e seus familiares, daí a importância da relação entre médico. (<http://saude.hsw.uol.com.br/munchausen.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2.012, 20:18)

Quando houver uma doença desconhecida, o médico tem que ter uma autorização do paciente e seus familiares para usar o tratamento e vários meios que possam vir a ajudar amenizar os sintomas, ou até mesmo curar a doença. Nestes casos o médico não pode ser responsabilizado por erro médico, desde que esse erro não seja grosseiro, pois se não havia estudos prévios sobre a doença que acometia o paciente, não há como dizer que houve erro do médico. O que se deve fazer é estudar essa doença, para que nos próximos casos, possa ser encontrada a cura ou até mesmo extingui-la através de prevenções como exemplo as vacinas. Um caso recente foi a Gripe H1N1, que chegou a matar várias pessoas e hoje tem a vacina como forma de prevenção.

O atendimento ao paciente é muito importante, deve ser realizado da melhor forma possível, pois quando isso ocorre evita que o paciente pense que o médico não se

importa com o seu problema. É uma relação de confiança, onde o médico não pode ser omissos, e nem deixar de dar as informações sobre a doença ao paciente e seus familiares. O correto seria o paciente procurar a prevenção pois toda doença no início tem grande chance de cura, mas muitas vezes o sistema de saúde é tão precário, que o paciente só vai ao médico quando a doença já está muito avançada. É neste momento que seus familiares ficam indignados se não houver a cura, e se o médico não fez um bom atendimento, tudo vai se encaminhar para um processo, que seria desnecessário.

Para Fernanda Schaefer

Assim o atendimento ao paciente deve ser, dentro das possibilidades (meios disponíveis), o mais completo possível, ou seja, não se recomenda fazer a pessoa que apresenta sinais e sintomas de uma doença esperar dias ou meses para que se realize a consulta, pois a possibilidade de cura não é compatível com uma longa espera. (p. 72, 2.002).

Quando o paciente dá uma informação errada ao médico, se esta for sem a intenção de enganá-lo, não pode o médico se escusar da culpa dizendo que o paciente teve culpa. Se ele diz quais os sintomas está sentindo e o médico acredita sem fazer os exames necessários estará agindo com negligência, pois o paciente não é formado em medicina para saber qual doença que o acomete naquele momento, até mesmo porque ele pode exagerar ao dizer o que sente por estar passando mal, o médico deve verificar se as informações são verdadeiras antes de começar o tratamento.

Faltou um exame- Durante uma consulta pré-natal, o médico Marco Túlio Vaintraub, de Belo Horizonte, perguntou à professora de educação física Soraia Magalhães qual era o seu tipo de sangue. Ela respondeu RH positivo. O médico não se preocupou em checar a informação mediante um exame de laboratório. O resultado foi desastroso. Quando Henrique nasceu, na Maternidade Otaviano Neves, apresentou sinais de eritroblastose fetal, uma doença que acomete recém-nascidos cujos pais têm incompatibilidade. Soraia tinha RH negativo, mas a equipe da maternidade levou dois dias para identificar o problema e tomar a atitude identificada: substituir todo o sangue do garoto. Era tarde. A doença já tinha provocado uma lesão no cérebro. Hoje, com 2 anos e meio, Henrique não fala nada e tem o desenvolvimento retardado. O obstetra e a maternidade respondem a processos na Justiça. “Foram erros grosseiros seguidos”, acusa a mãe do garoto. Vaintraub se defende dizendo que a culpa foi pela errada informação errada sobre o tipo sanguíneo foi de Soraia. “Não cabia a mim duvidar dela”, diz o médico. O hospital que não tomou as providências a tempo porque trabalhava com uma informação errada. (SCHAEFFER, 2.002).

Se houver culpa concorrente, onde tanto o paciente quanto o médico têm culpa, a indenização será mitigada entre ambos.

Nesta fase o diagnóstico já foi feito, o que se busca é a cura da doença, é também uma fase muito delicada, onde o médico deve pedir autorização ao paciente se não for caso de emergência, que deverá pedir autorização aos seus familiares. O erro no tratamento pode ser consequência de um erro de diagnóstico, e se isto ocorre o médico será responsabilizado pelo dano causado ao paciente, porém se o tratamento obedeceu todos os ritos e o paciente tiver uma reação imprevisível, não há que se falar em responsabilidade do médico. De acordo com o artigo 15 do Código Civil o paciente não é obrigado a aceitar o tratamento que o médico lhe oferece, por isso o médico deve falar em termo mais simples possível para melhor compreensão do paciente, cabendo a este decidir se aceita o tratamento ou não. Se o médico não respeita a decisão do paciente, estará infringindo o código de Ética Médica conforme seu artigo 31 veda o desrespeito ao paciente em suas escolhas terapêuticas. Mas há uma observação importante a ser feita, este mesmo artigo dispõe que em caso de risco iminente de morte o médico pode assumir este risco, porém há uma polêmica quanto as Testemunhas de Jeová, para alguns doutrinadores o médico não pode realizar o procedimento de uma transfusão de sangue por exemplo, mesmo que o paciente esteja correndo risco de morte. Mas há um entendimento majoritário que diz que o médico deve salvar a vida do doente mesmo assim, em casos assim o médico deve comunicar o fato ao Ministério Público e o poder judiciário para se proteger de uma possível punição, quando houver tempo por se não um caso de emergência. É importante também o médico ter uma documentação provando que houve a autorização, ou seja, a concordância do paciente ou de seus familiares.

3.3 A Prova do Erro de Diagnóstico

A prova consiste em demonstrar que o fato alegado nos autos é verdadeiro, o ônus da prova está disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil. O artigo 332 do Código de Processo Civil dispõe quais são os meios de prova, já o artigo 334 do mesmo código, dispõe sobre os fatos que não dependem de prova. Há que se falar também do depoimento das partes, esta pode ser requerida pela parte ou então o juiz pode requerê-la de ofício, este depoimento consiste em esclarecer fatos que ocorreram durante o ato, mas isso depende do caso concreto a ser analisado. O depoimento pessoal não é um tipo de confissão, na confissão o causador do dano admite que é verdade o que ocorreu. Existe também a prova testemunhal que é a declaração de uma pessoa estranha ao litígio, que deve estar plenamente capaz, mas há uma exceção conforme dispõe o artigo 405, §4º do Código de Processo Civil: “Sendo estritamente

necessário, o juiz ouvirá as testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer”. Esta é uma prova muito importante no erro médico, pois soluciona fatos que são contraditórios apresentados pelas partes durante nos autos, seu requerimento é feito na petição inicial ou na contestação, porém se os fatos foram provados em documentos ou confessados, não cabe prova testemunhal, da mesma forma não cabe prova testemunhal em fatos que só possam ser provados por documentos periciais.

A prova documental é muito utilizada nos casos de erro médico, pois as lesões existentes podem ser temporárias, ou necessitem de cirurgias imediatas, para isso será necessário documentar essas lesões através fotografias ou vídeos, portanto a prova documental consiste não somente em documentos escritos, como exemplo exames clínicos, laudos, prontuários, receituários, dentre outros, mas também outros meios como radiografias e vídeos. Aqui o juiz irá visualizar qual era a relação entre médico e paciente, para esclarecer qual das partes está certa, e até mesmo se houve culpa concorrente.

Quando o fato estiver em contradição, ou gerar dúvidas, poderá o juiz requerer de ofício, ou as partes requererem a prova pericial. A prova pericial será elaborada por um especialista, também chamado de perito ou expert, que tem o conhecimento específico sobre o assunto que está gerando dúvidas; segundo entendimento de Fernanda Shaerfer, “a prova pericial é indispensável ao processo de responsabilidade civil do médico, pois este envolve uma grande gama de conhecimentos técnicos e específicos”. (p. 88, 2.002). O mais importante de uma prova pericial é que, o perito não dá sua opinião pessoal, além disso, ele usa de todos os meios possíveis para constatar a veracidade dos fatos; porém o juiz não está adstrito à prova pericial, mesmo sabendo que é de grande confiabilidade, se o mesmo entender que outras provas são determinantes, poderá usá-las, isto se torna possível devido ao princípio do livre convencimento.

4 ELEMENTOS E TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE ERRO MÉDICO

4.1 Elementos

4.1.1 Dano

Não existe responsabilidade civil sem dano, indenizar o dano é recompor o que foi destruído. Para Nehemias Domingo de Melo é conceituado da seguinte forma: “Dano é a agressão ou violação de qualquer direito, material ou imaterial que, provocado com dolo ou culpa pelo agente (responsabilidade subjetiva), ou em razão da atividade desenvolvida (responsabilidade objetiva), cause a uma pessoa, independentemente de sua vontade, uma diminuição de valor de um bem juridicamente protegido, seja de valor pecuniário, seja de valor moral ou até mesmo de valor afetivo”. (p. 29, 2.008).

Como passou a existir a culpa presumida, o dano não precisa ser provado em todos os casos, pode-se apenas demonstrar o nexo de causalidade e a culpa do causador do dano. O dano é dividido em três modalidades em nossa legislação, dano material ou patrimonial, dano moral e dano estético.

O dano patrimonial consiste na perda de danos emergentes e lucros cessantes. Têm conceito no artigo 402 do Código de Civil. No erro médico, o dano emergente é aquele causado ao corpo e a saúde; os lucros cessantes seriam aqueles em que o paciente deixou de ganhar por consequência do erro médico. Nesta indenização, busca-se recompor o bem destruído ao seu estado original. Não sendo possível a indenização total deverá pelo menos, se aproximar ao valor do patrimônio lesado. Como cita uma reportagem citada por Fernanda Schaefer, na página 151, 2.002 que diz o seguinte :

Após nove anos de briga nos tribunais finalmente a família do zagueiro Wagner “Bacharel” vai receber uma indenização pela morte do jogador, ocorrida em abril de 1990. A terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná decidiu manter a sentença do juiz Walter Ressel, da 16ª Vara Cível de Curitiba, que condenou o Paraná Clube, o Hospital Evangélico e os médicos André Luiz Madureira Oliveira e Inolan Antônio Guiginski de Oliveira, a indenizarem a família de Wagner Araújo Antunes. Os réus vão pagar uma indenização de 11 salários mínimos mensais, até o ano de 2020, quando o jogador iria completar 65 de idade, além de 500 salários mínimos a título de indenização por danos morais. O valor devido desde abril de 1990 até hoje chega à casa dos 340 mil reais. O dinheiro será pago à viúva do jogador, Renata, e aos filhos Tayane e Wagner Júnior. A família do jogador vive no Rio de Janeiro, e Renata trabalha em um hotel para garantir o sustento dos filhos. A diretoria do Hospital Evangélico, através dos seus advogados, pretende recorrer da decisão; os médicos André Luiz e Inolan não foram encontrados para comentar a condenação; e Nelson Velloso, diretor jurídico do Paraná Clube, disse que a diretoria ainda não tomou uma decisão se vai entrar com um recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. Neste caso ocorreu o seguinte: Wagner “Bacharel” era capitão da equipe do Paraná Clube no jogo do dia 14.04.1990 contra o Sport Club Campo Mourão, válido pelo Campeonato Paranaense. Houve um choque de cabeça entre Wagner e o zagueiro adversário, Charuto. O médico do clube tricolor, André Luiz Madureira Oliveira, diagnosticou traumatismo na coluna cervical. Após 48 horas de observação o jogador recebeu alta. Wagner voltou ao hospital 24 horas mais tarde quando só então foi constatado traumatismo craniano (fratura occipital), hemorragia e edema cerebral. No dia 20 de abril de 1990, no Hospital Cajuru, aonde havia sido transferido a pedido da família, o jogador veio a falecer”. Gazeta do Povo. Reportagem de Alexandre Teixeira.

O valor da indenização nestes casos considera o tempo médio de vida um homem saudável, mais a renda o indivíduo à época de sua morte.

O dano moral também chamado de dano extrapatrimonial, consiste naquele que causa dor, humilhações, angústia, ou seja, é uma agressão injusta aos bens imateriais. Conforme a Constituição Federal é a violação do direito à dignidade. A caracterização para este tipo de dano é um pouco difícil de ser demonstrada, pois, não existe um rito específico a ser seguido pela lei. O juiz deve observar as doutrinas e jurisprudências relativas àquele caso específico, para que não seja injusto com ambas as partes.

O Dano Estético consiste em danificar a integridade física do paciente, deixando algum tipo de seqüela. Como exemplo a amputação de membros, cicatrizes, cegueiras, etc.. O que importa neste tipo de dano é a seqüela permanente, que ao alterar o corpo físico do paciente, venha a causar uma dor moral. O paciente será indenizado mesmo que a cicatriz fique em lugares que não são visíveis.

A possibilidade de reparação nos casos do dano estético é a cirurgia plástica corretiva e indenização em dinheiro, pois, nem sempre a cirurgia irá “consertar” o dano, também deverá ser levado em consideração a auto estima do paciente.

Cumprе ressaltar que apesar de alguns doutrinadores considerarem sinônimos o dano estético e o dano moral, a legislação e a maioria dos tribunais entendem que é perfeitamente

cabível a cumulação entre esses dois. Por exemplo, um modelo profissional que venha a amputar um braço, devido a uma cirurgia mal sucedida, vai ter uma agressão à sua forma física e com certeza terá um grande constrangimento, ao verificar que lhe falta parte do corpo. E ainda, ficará um bom tempo impossibilitado de trabalhar. Aqui irá ocorrer a cumulação, que é um direito que vem da própria Constituição Federal.

4.1.2 Nexo de Causalidade

O nexa causal é o que liga o dano ao seu responsável. Em muitos casos em que não há provas contra o agente causador, os tribunais aceitam que se demonstre apenas a ligação entre o dano e o agente, como é o caso da teoria da perda de uma chance. Existem três teorias que melhor explicam o nexa causal, são elas: Teoria da causalidade adequada, teoria da equivalência das condições e teoria dos danos diretos e indiretos.

Existem casos em que é possível provar que não houve nexa causal entre o evento danoso e a sua conduta. Neste caso, o médico não terá a obrigação de indenizar o paciente. São considerados tipos de excludentes:

a) Culpa Exclusiva da Vítima

Consiste no paciente agravar o seu estado, vindo a provocar o evento danoso, ou seja, ele contribui para que ocorra o dano. Por exemplo, o médico prescreve um medicamento e o paciente o toma erroneamente, vindo a agravar a doença, ou até mesmo ocorrendo o óbito. Neste caso, exclui-se o nexa causal, já que quem provocou o dano foi o próprio paciente.

b) Fato Exclusivo de Terceiro

Nestes casos nem paciente, nem o médico tem culpa no evento danoso. Aqui o agente do dano é um terceiro, que exclui assim o nexa causal entre médico e paciente. Até mesmo o Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade ao terceiro, no caso desta conduta. Em seus artigos 12, §3º, inciso III e artigo 14, §3º, inciso II, está prevista a exclusão do nexa de causalidade, se provada a culpa do terceiro.

c) Caso Fortuito ou de Força Maior

Assemelha-se ao dano provocado por terceiro, pois, ocorre o evento danoso sem que médico e paciente o provoquem. A diferença é que aqui, não é possível se evitar o dano, conforme

prescreve o artigo 393, parágrafo único do Código Civil. Como para ser caracterizado o dano deve ser inevitável, ou, imprevisível, este tipo de excludente gera muita polêmica entre a doutrina, pois, cada caso pode ter semelhanças com o fato exclusivo de terceiro, que irá impossibilitar verificar o que é imprevisível e o que é inevitável.

d) Culpa Concorrente

Consiste em dividir a culpa entre médico e paciente. Não irá ser excluída a culpa, mas a indenização será reduzida, se o médico provar que o paciente concorreu para que o evento danoso ocorresse. Aqui não se aplica o Código de Defesa do Consumidor e sim o Código Civil.

e) A Cláusula de não Indenizar

Consiste em impor ao paciente ou algum parente em assinar um documento que isente o hospital ou o médico de qualquer responsabilidade civil. É uma cláusula abusiva e é considerada nula pelo Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 25 e 51, e a Constituição Federal em seu artigo 5, inciso XXXIV, “a”, preceitua que essa cláusula é abusiva ao impedir o direito da garantia constitucional. Com isso mesmo que o paciente assine tal cláusula, o juiz pode declará-la nula de ofício, a requerimento da parte, ou do Ministério Público. (MELLO, 2.008)

4.2 Teorias sobre a responsabilidade civil do médico no Brasil

No Brasil analisa-se a culpa do médico e ônus da prova fica a cargo do paciente. A regra geral é de se adotar a responsabilidade subjetiva. É com o ônus da prova que o paciente terá direito a reparação do dano sofrido. Poderá também, a culpa pode ser presumida; caso o médico não consiga provar que não teve culpa naquela conduta, deverá indenizar o paciente; esse tipo de culpa foi desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência. No caso dos profissionais que trabalham em hospitais e clínicas, utiliza-se o Código de Defesa do Consumidor. Ele é muito importante pois protege o paciente como consumidor, e, adota a teoria objetiva.

Se houver danos causados ao consumidor conforme dispõem os artigos 12 à 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade então será objetiva. Já o artigo 14§ 4º do Código de Defesa do consumidor, adota a teoria subjetiva. Isto significa que se um

paciente foi lesado em um dos seus bens indisponíveis, (a integridade física, psíquica, ou, até mesmo patrimonial da vítima) o paciente será indenizado se demonstrar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade; caso contrário não caberá indenização. (MELO, 2.008)

A responsabilidade civil do Estado é objetiva, tem como princípios a equidade e a igualdade de ônus e encargos sociais. Utiliza-se a teoria do risco administrativo, para orientar as responsabilidades dos agentes e Estado contra particular. A teoria do risco foi criada após observar-se que a teoria subjetiva era injusta em alguns casos. As vezes o paciente não tem como fazer prova de seu dano, com isso o agente causador do dano ficava em vantagem. Primeiro ela atendeu aos riscos de acidentes do trabalho, após se estendeu ao campo da responsabilidade civil, mas, ainda causa polêmica. Por esta teoria basta que se demonstre o nexo de causalidade e a identificação do agente responsável pela atividade.

O Código de Defesa do Consumidor adota a teoria objetiva como regra geral, o que faz com que alguns doutrinadores não concordem com a teoria do risco. É o caso dos profissionais liberais; não significa que vá condenar a todos pelo dano causado ao paciente, se o profissional conseguir provar não provocou o dano, não terá de indenizar o paciente. (MELO, 2.008)

4.2.1 Teorias da Perda de uma Chance

De origem francesa, a perda de uma chance, impede o paciente de curar-se ou de sobreviver. A obrigação do médico não é de curar, mas ele deve arrumar um meio de cura, e, utilizar todo o seu conhecimento para isso. O erro de diagnóstico, quando escusável, pode levar a perda de uma chance de cura ou até mesmo de sobrevivência do paciente. Um exemplo de um julgado na França, em 1965, citado por Nehemias Domingos de Melo,

Uma mulher que apresentou hemorragia uterina, e que tendo procurado um médico, este não diagnosticou o câncer que a acometia. Quando essa paciente, vindo a consultar outro especialista, descobre o mal que lhe acometia, já o fez tardiamente. Resultado: O câncer uterino já tinha atingido o estágio terminal e, em consequência, a mulher morreu. Não se pode afirmar que o primeiro médico foi o responsável pela morte da mulher, até porque mesmo que ela tivesse sido diagnosticada em tempo hábil, ainda assim poderia mesmo vir a morrer. (2.008, p. 26)

Um caso semelhante ocorreu no Rio de Janeiro como cita também Nehemias Domingos de Melo

Uma mulher de 39 anos com problemas cardíacos procurou uma clínica médica e lá tendo sido atendida, por duas vezes, foi tratada como se estivesse gripada. Ela veio a falecer e o marido foi motivado a propositura da ação, alegando negligência. Com base no laudo do perito oficial, o magistrado julgou improcedente a ação. Na apelação baseada no laudo do assistente técnico, deu-se provimento ao recurso, condenando a clínica a pagar cem salários mínimos ao marido, e, mil salários mínimos para cada um dos filhos. Vejam o voto do relator: Não é admissível que se procure uma clínica que se propõe a atender emergências, com um sintoma tão evidente, perceptível até a um leigo, de problemas cardíacos e, ali, burocrática e negligentemente, seja medicada como se estivesse diante de um simples estado gripal. E, mais, medicada com remédio inadequado à moléstia que sofria, agravando-a. Ademais, mesmo após ter retornado, continuou a negligência no atendimento, já que somente foram diagnosticar o problema cardíaco quando do seu óbito.

Poucas vezes se vê um processo com tantas provas clamando pela culpa dos prepostos da ré que causaram dano irreparável aos autores. Não se pode afirmar que o atendimento adequado pudesse evitar a morte da paciente, mas salta aos olhos que não foi atendida a contento, ficando a indagação se esse proceder não foi causador direto da sua morte. Na verdade, poderia ela ter sido atendida corretamente e falecer. Lógico que geraria, assim, enquadramento do caso em uma fatalidade. O que ocorreu na espécie em questão é que não se deu a ela, a vítima, chance de sobreviver” (2.008, p. 26).

O que resta claro nesta teoria, é que sempre será julgada parcialmente. Pois, apesar de ter-se perdido a chance de cura ou de sobrevivência, problemas graves como o câncer e problemas cardíacos, podem levar a morte, mesmo com o tratamento correto. O fato da incerteza de que o tratamento não funcionaria, também leva a incerteza que funcionaria. Ocorre aqui uma injustiça com o paciente e seus parentes, pois, o dano ocorre e a reparação é feita como se o paciente tivesse concorrido para que o dano ocorresse.

4.2.3 Teoria Res Ipsa Loquitor

De origem norte americana, está sempre a favor do paciente, sempre que no erro, for insuficiente comprovar a culpa. Só irá ocorrer por imprudência, negligência ou imperícia. Ela estará a favor do paciente pois, em circunstâncias normais não iria ocorrer. Por exemplo, o paciente que vem a falecer no pós-operatório, por falta de cuidados, ou, tratar uma sífilis do paciente como se fosse um câncer; ou, ainda, o esquecimento de instrumento cirúrgico dentro do corpo do paciente. Cumpre ressaltar que essa teoria e a teoria da perda de uma chance, foram criadas devido a dificuldade de se provar a culpa médica. Ocorre que alguns erros são tão grosseiros que não necessitaria fazer prova. Conforme diz a própria teoria “coisa fala por si mesma”.

Além das citadas acima tem-se ainda a **Teoria da Causalidade Adequada**, que em eliminar aqueles erros que não causariam o dano. É adotada pelo Código Civil brasileiro. A **Teoria da Equivalência das Condições** que consiste em responsabilizar a todos pelo dano causado. É adotada pelo Código Penal brasileiro, também é muito criticada. Por exemplo, se um médico esquecesse um bisturi no abdômen de um paciente durante uma cirurgia, todos do hospital seriam responsáveis pelo evento, ou seja, como se todos que trabalham no hospital tivessem contribuído de alguma forma para que ocorresse o erro, e ainda a **Teoria dos Danos Diretos e Imediatos**, esta teoria faz uma síntese entre a teoria da causalidade adequada e a teoria da equivalência das condições e ameniza o que há de mais extremo entre elas. (MELO, 2.008)

4.3 A responsabilidade civil do médico no Brasil

O médico ao prestar serviços tem por natureza jurídica a contratual, ao tentar de todos os meios amenizar ou eliminar os sintomas de uma doença ele tem a obrigação de meio. Sendo assim a responsabilidade civil dos médicos (como profissionais liberais), será verificada conforme a presunção de culpa, conforme preceitua o artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor. A indenização está prescrita no artigo 951 do Código Civil, que diz que o profissional deverá pagar a indenização se tiver agido com negligência, imprudência ou imperícia, essas são as três modalidades de culpa médica.

A negligência consiste em descuido, desleixo, desídia, falta de diligência, desatenção, omissão, falta de observação aos deveres em que a circunstância exigir, por exemplo: esquecer instrumento cirúrgico ou gases dentro do paciente após a cirurgia, exame superficial e em seguida diagnóstico falso, demora de envio ao especialista, emprego de métodos e condutas antiquados ou incorretos, descaso no pós operatório, uso de instrumentos contaminados e não esterilizados, prescrições errôneas, prescrição de medicação por telefone, abandono do paciente, entre outros. Nos artigos 7º, 35, 36, 57, 58, 59, 83 e 84 do Código de Ética Médica também dão exemplos de negligência médicas.

A imprudência consiste em descautela, descuido, prática de ação irrefletida, resultante de imprevisão do agente em relação ao ato que podia e devia pressupor, o médico que age com excesso de confiança desprezando as regras básicas de cautela. São exemplos de imprudência: O cirurgião que abandona técnica operatória segura e habitual para utilizar

técnica nova e arriscada, sem comprovação de eficiência; ou o médico que realiza em trinta minutos uma cirurgia que levaria uma hora; também são exemplos de imprudência os artigos 39, 62, 46, 64 e 123 do Código de Ética Médica.

A imperícia consiste em falta de prática ou ausência de conhecimento que se mostram necessários ao exercício de uma profissão ou arte. É a ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imaestria para a prática de determinados atos, no exercício da profissão, que exigem um conhecimento específico. São exemplos de imperícia: O obstetra que perfura a bexiga da parturiente durante a cesariana, ou ao manusear o fórceps, provoca traumatismo cranioencefálico, com edema e congestão cerebral, provocando a morte do neonato; também são exemplos de imperícia os artigos 30 e 38 do Código de Ética Médica. (SCHAEFER, 2.002)

4.4 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal

Na responsabilidade Penal o agente que praticou o ato, infringi uma norma de direito público, ensejando o dever de punição, aqui a punição é para proteger a sociedade. Na culpa penal o juiz é mais exigente quanto a aplicação da pena. Na responsabilidade civil o agente que praticou o dano é responsabilizado por quem sofreu o dano e terá o dever de indenizar esta pessoa, aqui o interesse é individual, pois há reparação ao dano causado. As pessoas não podem ser presas por responsabilidade civil, se o processado civilmente não tiver meios de pagar a indenização, nem mesmo com bens então o autor da ação ficará no prejuízo.

Via de regra, a responsabilidade civil não influi na responsabilidade penal, porém, a responsabilidade penal pode ter influência na responsabilidade civil, mas isso não ocorre em todos os casos. Por isso pode um mesmo caso concreto ter uma ação civil e criminal ao mesmo tempo, sendo assim na esfera cível haverá suspensão do processo por um ano até que haja decisão da sentença penal condenatória, essa suspensão está disposta no artigo 265, inciso IV, “a”, “b” e §5º do Código de Processo Civil, a suspensão tem a finalidade de se evitar conflitos. Portanto é até aconselhado a vítima que tenha a decisão condenatória para recorrer ao juízo cível, conforme dispõe o artigo 64 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal.

(GONÇALVES, 2.008)

4.5 A Capacidade Processual

Qualquer pessoa pode ingressar em juízo visando uma indenização por erro médico, para isso, é preciso ter capacidade processual que é pressuposto essencial para que não seja extinto o processo sem julgamento do mérito, conforme dispõe o artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil. As condições jurídicas da ação são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir. A capacidade processual também chamada de legitimidade é a condição para que se possa provocar o judiciário, numa relação processual que possa unir autor e réu.

A vítima de erro médico terá legitimidade ativa para ajuizar a ação, se esta tiver lesões, ferimentos ou incapacitações, em caso de morte da vítima seus sucessores, desde que estes tenham laços de relacionamentos constantes e permanentes. Os menores podem também ser partes, desde que tenham representantes legais, e de acordo com o direito brasileiro, ambas deverão ser representadas por um advogado habilitado.

A legitimidade passiva é do próprio médico ou daqueles que causaram o evento danoso, e também das pessoas jurídicas que prestaram o serviços. Os hospitais, clínicas e similares têm responsabilidade objetiva, portanto respondem pelos atos que os médicos quando seus empregados, podendo ajuizar ação de regresso. Cabe a vítima escolher se irá propor a ação somente contra a instituição somente contra o médico, ou ambos solidariamente, cumpre ressaltar que só ocorrerá a solidariedade passiva no início da ação desde que contenha o pólo passivo de todos que contribuíram para o evento danoso.

Quando se tratar de hospital público, a responsabilidade civil por erro médico será conforme o disposto no artigo 37, §6º da Constituição Federal. Quando se trata do Sistema Único de Saúde (SUS), a responsabilidade por danos causados por seus servidores, sempre será da Federação, do Estado e do Município, este posicionamento é do Superior Tribunal de Justiça. Nehemias Domingos de Melo dispõe na página 164 uma jurisprudência sobre o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, diz o seguinte: “O município, na condição de agente do Sistema Único de Saúde, está legitimado para responder por ação de indenização decorrente de erro médico perpetrado em decorrência de atendimento pelo referido sistema”.(2.008. p. 164)

4.6 Meios de proteção contra o erro médico

O médico deverá agir sempre com bom senso, humildade, reconhecendo que o erro existe e que deverá fazer o possível para que não haja erro, pois isso irá protegê-lo de futuras indenizações e lesões ao paciente. Muito importante é o prontuário, pois nele o médico irá anotar toda a sua conduta, se prescreveu um medicamento, o porquê desta prescrição, se foi devido ao resultado de um determinado exame, ou o paciente não respondeu bem ao medicamento utilizado; por isso o prontuário é um documento muito útil, e sem ele fica muito difícil de esclarecer o que aconteceu.

O médico deve sempre fazer exames complementares para que se faça um diagnóstico correto, nestas situações os exames dão a certeza de qual medicação será usada, sem que cause danos ao paciente.

O número de processos aumentou sete vezes em apenas uma década- Na sala de cirurgia, o médico Pedro Paulo Monteleone prepara-se para retirar o útero de Rosa Gonçalves Dias. Às 7 horas da manhã, (...) Monteleone, 58 anos, obstetra e ginecologista há 33, é formado em uma das melhores faculdades do país, a Escola Paulista de Medicina da Universidade Federal de São Paulo, onde também foi professor durante três 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 com cinco pontos 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, até a ferida interna cicatrizar. Hoje, acadêmico renomado e profissional de sucesso, Monteleone preside o Conselho Regional de Medicina de São Paulo, Cremesp. Por sua mesa, na sede da entidade, passam quilos de papéis repletos de acusações graves contra seus colegas de profissão. São casos de erro médico. Em uma década, o número de processos por negligência ou imperícia encaminhados anualmente ao Conselho Federal de Medicina, CFM, a última instância por onde passam processos vindos de todo o Brasil, aumentou sete vezes. Ao todo, foram 356 processos. O número de condenados caiu porque o Conselho diz que não consegue julgar tantos casos. Há 200 na fila de espera. Uma novidade é que o comportamento dos médicos em relação aos seus próprios erros está mudando. Até algum tempo atrás, com medo de sofrer processos e ter a reputação manchada por uma acusação de barbearagem, grande parte deles preferia esconder dos pacientes suas eventuais falhas. Isso só contribuía para complicar a questão. Desinformados a respeito de problemas durante a cirurgia, muitos pacientes só descobriam que tinham sido vítimas de erro mais tarde, em razão de complicações pós- operatórias. Os próprios conselhos regionais de medicina eram usados como escudo para proteger os médicos acusados de erro, o que frequentemente lhes valeu a pejorativa denominação de “máfia de branco”. Hoje, isso ainda acontece, mas há boas notícias na área. Tome-se o caso do erro cometido por Monteleone durante a cirurgia de útero. Depois de ouvir o relato detalhado do que tinha ocorrido, Rosa, sua paciente, nem pensou em processar o cirurgião. “É um alívio saber que existem médicos que contam a verdade, por mais difícil que seja ouvi-la”, diz ela. Esse tipo de relacionamento franco entre médicos e paciente é uma grande novidade nos consultórios e hospitais brasileiros”. Revista Veja- 03.03.1999- p. 80-87- Quando os Médicos Erram.

Outro mecanismo utilizado pelos médicos é o chamado de Seguro de Responsabilidade Civil por Erro Médico, ou ainda Seguro Profissional que consiste em passar a uma seguradora a responsabilidade de indenizar um paciente que foi vítima de erro médico, ou seja, é a garantia de pagamento da indenização pelos médicos, hospitais, clínicas e etc..

No Brasil não é muito utilizado, mas já existe, porém é um assunto que gera muita polêmica. Nos Estados Unidos se comparado com o Brasil, a realidade é bastante diferente pois, o médico é muito bem remunerado, com isso não é problema para ele pagar o alto valor da apólice do seguro; os planos de saúde cobram valores elevados aos associados, mas remuneram seus profissionais da mesma forma; os hospitais têm uma boa estrutura econômica e não têm problema em fazer uma apólice coletiva de toda o serviço médico que presta; além disso, a população em geral possui uma boa renda, podendo pagar pelos serviços médicos.

Na Argentina este tipo de seguro também funciona bem e é diferente do sistema adotado pelos Estados Unidos. Em qualquer que seja o país, existem vantagens e desvantagens neste tipo de seguro, Fernanda Shaefer elenca algumas razões pelas quais as pessoas aqui no Brasil não são muito adeptas a este seguro, são elas:

a) o sistema de saúde pública brasileiro, da maneira como é estruturado, não tem condições de satisfazer as indenizações sem prejudicar o atendimento ao público, que já é extremamente precário; b) os médicos pouquíssimas vezes são condenados pelos tribunais brasileiros, tendo, na maioria dos casos, seus processos arquivados por falta de provas da culpa *latu senso* ou do nexo de causalidade; c) as clínicas médicas provavelmente repassariam os preços das mensalidades do seguro aos preços da prestação dos serviços médico, o que acabaria por onerar ainda mais o paciente, tornando inviável o preço das consultas frente à realidade do país; d) as seguradoras, como forma de prevenção, exigiriam que seus segurados procedessem a diversos exames clínicos, tornando o acesso do paciente aos médicos e hospitais ainda mais caro e mais difícil; e) são poucos os pacientes lesados que recorrem ao Judiciário em busca de reparações de danos, embora, na última década, tenha sido notado considerável aumento no número de processos. Esta falta do hábito de buscar a devida indenização acaba fazendo que a maioria dos médicos retem alheios ao problema dos valores indenizatórios decorrentes da reparação dos danos por responsabilidade civil; f) a maioria dos médicos brasileiros é mal remunerada e, portanto, não teriam condições de arcar com os prêmios destes seguros. (p . 107e 108, 2.002).

Cumprе ressalvar que a cobertura deste seguro não é total, via de regra excluem-se: danos estéticos, atos de intervenções proibidas por lei, favorecimento ou conivência com o reclamante, a quebra de sigilo profissional, tratamento radiológico e similares, uso de técnicas experimentais ainda não aprovadas pelos órgãos competentes, ou calúnia e difamação, o dano moral. Este seguro é inviável, pois, pode estimular os pacientes a processarem o médico por qualquer motivo; e também pode estimular o médico a não se preocupar com o procedimento

adotado, pois em caso de erro o seguro irá cobrir, ambos os lados têm desvantagens e vantagens.

5 RESPONSABILIDADES DE ÓRGÃOS E ENTIDADES CORRELATAS

5.1 A responsabilidade dos hospitais, clínicas e laboratórios

Os hospitais, clínicas e laboratórios deveram seguir as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor e subsidiariamente as previstas no Código Civil. É também responsabilidade objetiva, porque decorre de lei consumerista com fundamento no princípio da boa-fé e da transparência, com dever de informação, sendo assim a responsabilidade irá excluir a responsabilidade contratual e extracontratual. Para que haja caracterização do dano o paciente deverá provar o nexo causal que tenha ligação com o evento danoso. Aqui não há que se falar na responsabilidade mediante culpa, será sempre em face da responsabilidade objetiva conforme o caput do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, mas é preciso que os profissionais tenham vínculo empregatício com o hospital e o erro médico será uma falha na prestação de serviços.

Para se eximir da responsabilidade o hospital, clínica e laboratório deverá se proteger com uma das excludentes do artigo 14 §3º do Código de Defesa do Consumidor, para Nehemias Domingos de Melo, o caso fortuito e força maior, quando decorrer de causa externa ao serviço prestado também irá ser uma excludente de responsabilidade. Há bastante divergência sobre a responsabilidade objetiva nestes casos, pois alguns doutrinadores entendem que a responsabilidade seria objetiva para o profissional e subjetiva para o hospital. Porém ainda assim é considerada objetiva a responsabilidade do hospital, podendo entrar com ação de regresso contra o agente que causou o dano. Se um médico precisa internar um paciente em um hospital ao qual não seja empregado, irá ser responsabilizado sozinho, pois o hospital estará apenas cedendo a hospedagem e o uso dos seus equipamentos. Neste caso, só ocorrerá responsabilidade do hospital se alguns de seus profissionais auxiliares cometerem erros, o que não caracterizará erro médico, e o hospital irá responder individualmente.

Também há doutrinas que entendem que o hospital deveria ser responsabilizado pelo erro do médico. Em se tratando de hospitais públicos a responsabilidade é objetiva,

utilizando-se o disposto no artigo 37, §6º da Constituição Federal, porém pode também utilizar o Código de Defesa do Consumidor nos artigos 3º c/c artigo 14 e 22. Aqui basta que seja comprovado o nexo causal e a ocorrência do dano para que haja o direito à indenização do particular.

(MELO, 2.008)

5.2 A Responsabilidade dos Planos de Saúde

Os planos de saúde são regulamentados pela lei nº 9656 de 03 de junho de 1998 e também pelo Código de Defesa do Consumidor. O órgão que fiscaliza é a Agência Nacional de Saúde (ANS). A obrigação dos planos de saúde é de resultado, isto significa que o serviço médico prestado pela operadora deverá ser feito mesmo que o paciente não venha se curar. Inclui-se também os medicamentos utilizados durante o tratamento, alimentação, reembolso se necessário, exames e internações. Se a operadora se recusa a cobrir internação de emergência ou, não autoriza determinado tratamento, sem motivo justificado, poderá ser responsabilizada por danos morais, e terá que cumprir o ato. Pois o paciente já está acometido de uma doença e ao saber que não vai ser atendido, poderá piorar ao ter o seu estado psicológico abalado.

Há também os casos em que a operadora autoriza a internação por determinado período, quando termina o prazo esta se recusa a continuar cobrindo a internação, isto é considerado cláusula abusiva e pode ter como ensejo o dano moral, já que está interrompendo o tratamento de uma doença que poderá se agravar ou também abalar o seu estado psicológico. Em casos de doenças preexistentes, o paciente não estará impedido de ser atendido porém, não terá direito a cobertura, mas para isso é preciso que a operadora prove que o paciente no ato da contratação tinha o conhecimento da moléstia. O prazo para a cobertura de doença preexistente é de 24 meses, depois disso não pode a operadora escusar-se com o argumento de doença preexistente. Nehemias Domingos de Melo cita na página 149 uma decisão do STJ, que diz o seguinte:

A empresa que explora plano de saúde e admite o associado sem prévio exame de suas condições de saúde, e passa a receber as suas contribuições, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, recusar a assistência devida sob a alegação de que o segurado deixara de prestar informações sobre o seu estado de saúde, STJ- 4ª T.- REsp 86.095 (96.0003009-0) – SP- rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar- j. 22.04.1996- LEX-JSTJ, 86/233. (p. 149, 2.008)

A operadora responde solidariamente pelos atos dos médicos e hospitais filiados a ela, pois disponibilizam aquele hospital, aquele médico, aquela clínica, portanto não pode se escusar dizendo que foi o paciente quem escolheu o prestador.

5.3 O Conselho Regional de Medicina

Criado pela lei 3.268 de 30. 09. 1957, segundo conceito de Fernanda Schaefer:

É uma autarquia dotadas de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira destinadas à fiscalização do exercício da profissão médica e apreciação dos assuntos atinentes à ética profissional em todo o território brasileiro. São órgãos disciplinadores e julgadores do exercício ético-profissional. Seu dever é de fiscalizar e regulamentar as ações médicas, e está subordinado ao Conselho Federal de Medicina que tem jurisdição no país todo. (p. 51, 2.011)

O sistema de saúde brasileiro é muito precário, por isso cabe ao Conselho Federal de Medicina cobrar das autoridades melhor prestação dos serviços médicos, pois o direito à saúde é garantido pela Constituição Federal. Sendo assim, deve os Conselhos ajudar no que for possível à população, pois o direito à saúde é direito de todos e dever do estado. É através dele que os usuários fazem denúncias e reclamações de serviços médicos, hospitalares e ambulatoriais. Na apuração das denúncias, é garantido o direito a ampla defesa e ao contraditório, o livre acesso aos autos, desde que respeitados os princípios da legalidade, oficialidade e supremacia do interesse público. Os Conselhos são formados por quarenta médicos eleitos conselheiros a cada cinco anos, transformados em “Magistrados” com competência para julgar os processos ético-profissionais, podendo, ao final apenas aplicar sanções previstas no Código de Processo Ético-Disciplinar conforme artigo 60.

CONCLUSÃO

Desde a história do erro médico nota-se que a medicina vem evoluindo, mas os erros continuam acontecendo de forma grosseira, ou seja, se este agiu com negligência, imprudência ou imperícia, não há como se escusar da responsabilidade.

A responsabilidade por erro de diagnóstico será devida somente em casos de erros grosseiros cabendo ao magistrado analisar cada caso a fim de que se tenha uma reparação justa para ambas as partes. Apesar de a medicina ter evoluído muito, ainda encontram-se erros que poderiam ter sido evitados. O erro de diagnóstico deve ser analisado com atenção especial, pois quando ocorre as consequências são muito graves para o paciente. Com isso estão aumentando cada vez mais os processos contra os médicos e temos a impressão de que estes não se importam com o bem indisponível que é direito de todos. Caberá então ao Conselho Federal de Medicina, ao Ministério Público e a sociedade unirem suas forças para evitar que os maus profissionais continuem praticando esse tipo de erro.

É fundamental que o juiz, de forma clara e com equidade, analise todos os elementos que do erro médico para auferir a indenização, para que o paciente seja ressarcido de forma que compense o bem lesado.

É importante saber que existem ótimos profissionais, que seguem com fidelidade o juramento de Hipócrates, estes profissionais estão tanto no sistema público como no sistema privado, para estes os erros vão ser sempre a exceção e nunca a regra. As pessoas não podem ser tratadas como objetos que podem ser substituídos a qualquer tempo, por isso Medicina e Direito vão sempre andar juntas. Por isso, a saúde da sociedade deve ser tratada com mais

atenção, pois se houver prevenção, não haverá evolução das doenças, ficando assim mais fácil o tratamento.

BIBLIOGRAFIA

CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. São Paulo. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade Civil por Erro Médico. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCHAFER, Fernanda. Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico. 1ª Ed.. Curitiba: Editora Juruá, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 6. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995

Constituição da República Federativa do Brasil de 05-10-1988

Lei nº 10.406 de 10-01-2.002, Código Civil

Lei nº 8.078 de 11-09-1990, Código de Defesa do Consumidor

Lei nº 5.869 de 11-01-1973, Código de Processo Civil

Lei nº 9.656 de 03-06-1998, Planos e Seguros Privados de Saúde

Decreto-Lei nº 2048 de 7-12-1940, Código Penal

Resolução CFM nº 1.931 de 17-09-2009, Código de Ética Médica

Artigo

Stephanie Watson. “HowStuffworks- Como funciona a síndrome de Munchausen”.

Publicado em 03 de outubro de 2.007 (atualizado em fevereiro de 2.008)

[HTTP://saude.hsw.uol.com.br/munchausen.htm](http://saude.hsw.uol.com.br/munchausen.htm)

Acesso em 27 de outubro de 2.012, 20:18

