UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
CURSO DE PÓS - GRADUAÇÃO

FERNANDA REGINA DA CUNHA AMARAL

RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS E OPERADORAS DE
SAÚDE PELOS DANOS CAUSADOS AOS PACIENTES

Dissertação de mestrado

ORIENTADOR: ROBERTO AUGUSTO DE CARVALHO CAMPOS

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2012

FERNANDA REGINA DA CUNHA AMARAL

**RESPONSABILIDADE DOS HOSPITAIS E OPERADORAS DE
SAÚDE PELOS DANOS CAUSADOS AOS PACIENTES**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da USP, na área de concentração de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, como requisito para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Augusto de Carvalho Campos

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2012

Em memória de meu irmão
Fábio Roberto Fernandes da Cunha
fisicamente distante, mas sempre presente em meu coração.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor e meu orientador, Roberto Augusto de Carvalho Campos, pela oportunidade concedida, pela confiança depositada, e principalmente pelo imprescindível apoio para a realização dessa dissertação.

Ao Professor José Renato Martins, verdadeiro “anjo sem asas” que Deus colocou no meu caminho para me ensinar e me ajudar a concretizar mais uma etapa da minha carreira acadêmica, serei eternamente grata!

À funcionária do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Dalva Veramundo Bizerra da Silva, por toda ajuda prestada nas incontáveis vezes que a importunei com inúmeras dúvidas de cunho acadêmico e administrativo e que muito pacientemente me ouviu e de forma desinteressada me auxiliou. Muito obrigada!

Ao Professor Dr. Alexis Couto de Brito pelas críticas e sugestões feitas no exame de qualificação e que sem duvida alguma fizeram toda a diferença para o aprimoramento deste trabalho.

Aos meus pais, irmãos e sobrinhos, razões do meu viver! Perdoem-me por minhas ausências, pelas vezes que precisei me isolar para concluir minhas tarefas e principalmente pelas rudes respostas nos momentos de aflições.

Ao meu marido Ricardo Trevilin Amaral, é realmente difícil descrever como você me ajudou, me incentivou e me apoiou desde o início. Por todas as demonstrações de amor, de carinho e de respeito ao longo desses anos de convivência. Obrigada hoje e sempre!

Aos meus amigos de perto, e também aos de longe, mas que sempre estão juntos comigo seja em pensamento ou até mesmo virtualmente, obrigada pelas mensagens de carinho, de apoio e principalmente pelos bons momentos desfrutados juntos, momentos de alegria e descontração indispensáveis para uma vida saudável e feliz!

A todos vocês, muito obrigada!

RESUMO

Esta dissertação trata da responsabilidade médica decorrente dos danos causados aos pacientes. A questão central do trabalho refere-se a investigar as reais causas para a ocorrência do erro médico que acarreta na geração do dano indenizável. A razão que determinou o interesse pelo estudo da responsabilidade médica foi a constatação nos últimos anos do aumento significativo de demandas judiciais ajuizadas em face dos profissionais da medicina sob alegação de erro médico causador de um dano. Partimos do pressuposto de que os “erros médicos” muitas vezes ocorrem não por culpa exclusiva do médico que prestou o atendimento, mas sim por outras causas que fogem do controle do médico, tais como a culpa dos hospitais, das operadoras de saúde, do próprio paciente que não seguiu as recomendações médicas, ou até mesmo do Estado, pela falta de investimentos na saúde. Por fim, o trabalho analisa a responsabilidade das operadoras de saúde, dos hospitais e do Estado nas demandas judiciais indenizatórias propostas pelos pacientes.

Palavras-chave: Responsabilidade médica e erro médico.

SUMMARY

This thesis will study the medical responsibility regarding the damage caused to the patients. Investigating the real causes of medical errors which lead to compensable damage will be the main purpose of this study. The reason for the interest in the analysis of the medical responsibility is the significant increase in lawsuits filed in recent years against medical professionals alleging a detriment caused by a medical error. We can assume that the so called “medical errors” don’t exclusively occur on account of the medical practitioner who attended the patient but as well very often because of third parts such as hospitals, health insurance companies, patients themselves who did not follow the medical recommendations or even the state through a lack of investment in health. Finally, the responsibility of the aforementioned in lawsuits filed by patients for damages, will be thoroughly analyzed.

Key-words: medical responsibility and medical error.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. Tema, problema e hipóteses	9
2. LIMITAÇÕES DO TEMA	13
3. JUSTIFICATIVA DO TEMA	15
4. BIOÉTICA, CONCEITO E PRINCÍPIOS	17
4.1. Bioética Complexa	23
5. BIOÉTICA E O DIREITO	25
6. DIREITO E MEDICINA	27
7. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	29
7.1 Evolução histórica da responsabilidade médica no Brasil	34
8. RESPONSABILIDADE CIVIL	36
8.1. Responsabilidade contratual e extracontratual	37
8.1.1. Responsabilidade subjetiva e objetiva	39
8.1.2. Responsabilidade direta e indireta	42
8.2. Pressupostos da responsabilidade civil	42
8.2.1. Conduta humana	43
8.2.2. Culpa e risco	44
8.2.3. Negligência	45
8.2.4. Imprudência	45
8.2.5. Imperícia	46
8.2.6. Dano	47
8.2.7. Nexo causal	49
9. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	53
9.1. As dificuldades probatórias	56
9.2. Liquidação do dano médico	60
9.3. Causas que eximem a responsabilidade civil do médico	61
10. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	66
10.1. O direito à informação e o dever de informar	67
11. A RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO	70
11.1. Delitos médicos	71
11.2. A responsabilidade penal do médico e o estado democrático de direito	75
12. A RESPONSABILIDADE ÉTICA DO MÉDICO	79
12.1. O novo Código de Ética Médica	81
12.1.1. Deveres e direitos do médico	84
12.1.2. Direitos do paciente no novo Código de Ética Médica	86
12.2. Os direitos dos pacientes nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988	89
12.3. Os direitos do paciente no Código Civil	90
12.4. Os Conselhos de Medicina	92
13. A ATIVIDADE MÉDICA	95
13.1. As obrigações médicas de meios e não de resultado	96
13.2. Os limites da atuação médica	99
14. O ERRO MÉDICO	102
14.1. Erro de diagnóstico	103
14.2. Erro de conduta	104
14.3. Erro escusável	105
15. A TEORIA DO ERRO HUMANO DE JAMES REASON	106
16. CAUSAS QUE CONTRIBUEM PARA OCORRENCIA DO ERRO	109

16.1	Má Formação do Profissional da Medicina	111
16.2	Carga horária excessiva do médico residente	115
16.3	Condições de trabalho do médico	117
16.4	As dificuldades decorrentes dos Sistemas de Saúde.....	119
16.5	Resiliência médica	121
17	O MÉDICO COMO PARTE HIPOSSUFICIENTE	124
18	A RESPONSABILIDADE DAS OPERADORAS DE SAÚDE.....	127
19	RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL.....	131
19.1	Infecção hospitalar	133
20	A RESPONSABILIDADE DO ESTADO	136
21	CONCLUSÃO.....	141
22	BIBLIOGRAFIA	144

INTRODUÇÃO

1. Tema, problema e hipóteses

O tema que se propõe a investigar diz respeito à responsabilidade médica pelos danos causados aos pacientes decorrentes de um erro médico.

A responsabilidade médica aqui tratada se refere não apenas à responsabilidade decorrente do erro do médico em si, mas também de todos os entes envolvidos na área da saúde, tais como hospitais, operadoras de saúde, clínicas, laboratórios, profissionais liberais, enfermeiros, administradores, entre outros, que, de alguma forma, estão vinculados com a prestação de serviços de atendimento à saúde, pois parte-se do pressuposto de que o erro médico está atrelado a uma série de circunstâncias preexistentes determinantes desse erro.

Além disso, e seguindo os ensinamentos de Fernando Campos Scaff, a atividade médica sofreu profundas alterações ao longo dos anos, sendo que a Medicina, antes praticada pelo médico unitariamente considerado, tornou-se hoje objeto de atividades manejadas por organizações empresariais dotadas de estruturas e conformações cada vez mais complexas, as quais buscam continuamente a obtenção de resultados econômicos cada vez mais expressivos.¹

Assim, a intervenção realizada por um agente de saúde longe está da prática de um único ato, sendo que no trato com o paciente as orientações e os procedimentos não são mais escolhidos unilateralmente pelo médico.

Desta forma, e tendo em vista que atualmente a atividade médica passou a ser entendida como uma sequência de atos coordenados para restabelecer ou ao menos tentar restabelecer a saúde do paciente, a responsabilidade médica deverá ser estudada no sentido amplo do termo, procurando investigar as reais causas para a ocorrência do erro, e os diversos fatores que influenciam o exercício atual da medicina.

São muitas as razões que determinam o interesse pelo estudo da responsabilidade médica pelos danos causados aos pacientes. A primeira razão a ser apontada é a

¹ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.24

constatação de que nos últimos anos houve aumento significativo de demandas judiciais pela busca da reparação civil e penal decorrente da perda de um ente querido.²

A segunda razão decorre do fato de que grande parte dessas demandas são propostas em face do profissional de saúde que prestou o atendimento, imputando ao médico a culpa pelo dano sofrido, ou questionando os procedimentos por ele adotados.

Verifica-se, que o profissional da medicina tem sido alvo de questionamentos, dúvidas, e muitas vezes, busca-se responsabilizá-lo pelos resultados diversos dos almejados pelos pacientes ou familiares.

Esse aumento de demandas judiciais propostas contra os profissionais da medicina ocorre principalmente pelo despertar da cidadania, isto é, pelo fato da população de hoje ter maior acesso aos meios de informação, que lhes proporcionam consciência de seus direitos e lhes incentiva a questionar e apurar as responsabilidades.

Outras vezes, não é raro, o ser humano tentar compensar a sua dor transferindo a responsabilidade ou imputando a culpa a alguém. Se o paciente morreu foi porque o médico errou, e se errou, deve ser processado e punido. Desta forma, “esquece-se” do morto, e da dor experimentada, e desvia-se o pensamento para a compensação, ou para a reparação, criando-se a falsa expectativa de se ter feito a justiça.

É obvio que isso também apresenta um lado negativo: o oportunismo, ou o exagero em discutir toda e qualquer conduta médica, mesmo que o ato lesivo não esteja configurado.

Exatamente por isso, que o estudo desse tema se mostra relevante. Afinal, para que a justiça seja realmente feita é necessário investigar a fundo a questão e apurar corretamente quem foi o responsável pelo dano causado ao paciente.

O fato é que o médico, ao exercer seu ofício, estará sujeito a tomadas de decisões das quais podem advir sérias consequências: desde a deformidade física até a morte do paciente.

Algumas dessas fatalidades poderão de fato ser decorrentes dos alegados “erros médicos”.

Contudo, há fatalidades que são decorrentes de outras causas que fogem do controle do médico, tais como: culpa dos hospitais; das operadoras de saúde; do próprio paciente que não seguiu as recomendações médicas, ou até mesmo do Estado, diante da falta de alocação de recursos à saúde.

² ZULIANI, Ênio Santarelli. O consumidor e seus direitos diante de erros médicos e falhas de serviços hospitalares. In *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP ano XXXI, dezembro/2010 nº 114, p.56

A negligência do Estado por falta de investimentos na saúde pública pode ser apontada como uma das causas determinantes do erro e, além disso, configura desrespeito à dignidade do paciente, enquanto ser humano, e verdadeira discriminação da população carente que depende dos recursos públicos da saúde, ferindo frontalmente dispositivos legais e constitucionais.

É primordial, portanto, na análise dos casos práticos, saber reconhecer as verdadeiras causas – latentes ou ativas - dos danos sofridos pelos pacientes.

Nesse panorama pode-se inferir que grande parte dos litígios relacionados ao erro médico decorre não da falta de técnica do profissional da medicina, mas sim, da falta de alocação dos recursos financeiros necessários ao fornecimento adequado dos serviços de saúde e seu gerenciamento, o que impossibilita um atendimento médico eficiente diante da imensa demanda de pacientes para poucos profissionais.

Veja-se, por exemplo, a condição do médico plantonista nas enfermarias dos hospitais públicos, ou nos serviços de pronto atendimento, onde os doentes aguardam por horas para serem socorridos por uma equipe limitada a poucos profissionais e muitas vezes inexperiente ou carregando deficiências técnicas devido ao treinamento na graduação também questionável.

Essa realidade acarreta o distanciamento do relacionamento médico/paciente, já que o médico tem que dividir o tempo do seu plantão entre uma infinidade de doentes. Por consequência, isso também acarreta a falta de informação ou informação inadequada, proporcionado insegurança nos pacientes.

Exatamente por isso que, em casos de insucesso no tratamento, há a tendência de tentar responsabilizar o médico.

No tocante à responsabilidade penal a situação se revela ainda mais temerária, pois é comum processar somente o médico imputando a este toda a culpa pelo insucesso do tratamento.

Diante desse quadro, este trabalho se propõe a enfrentar os seguintes problemas: os danos sofridos pelo paciente, em casos de alegado erro médico, devem ser imputados exclusivamente ao médico que prestou o atendimento, sendo este o único responsável pela reparação dos danos?

Não teria o Hospital, as operadoras de saúde e até mesmo o Estado maior culpa na produção do evento danoso, diante da falta de investimentos adequados à saúde, cabendo a estes maiores responsabilidade no caso de um evento danoso?

Para responder tais perguntas, adotar-se-á neste trabalho o viés constitucional, sendo o objetivo principal do presente estudo a análise da responsabilidade civil e penal do médico, dos hospitais e das operadoras de saúde pelos danos causados aos pacientes, e ainda, a análise da legislação vigente aplicável à espécie.

Para tanto, será necessário conceituar e delimitar o que vem a ser a atividade médica e o “erro médico”, quais as consequências práticas e jurídicas do cometimento de tais erros, analisar os principais pontos inerentes ao tema, as questões atuais complexas relativas à profissão médica, bem como estudar o que a doutrina diz a respeito do tema e qual a visão jurisprudencial atual.

2. LIMITAÇÕES DO TEMA

O tema deste trabalho busca instrumentos que fundamentem a negativa de responsabilização exclusiva do médico, nos alegados “erros médicos”. Ao contrário do que vem entendendo a atual jurisprudência, pretende-se demonstrar que os “erros médicos” não podem autorizar, por si só, a exclusão da responsabilidade dos hospitais, clínicas e operadoras de saúde, tendo em vista que, na maioria dos casos, os danos causados aos pacientes não são provenientes de um único e exclusivo erro.

Há casos em que a ingerência no trabalho do médico é tal que este se torna mais uma vítima do sistema, e se vê obrigado a trabalhar em ambientes insalubres e em hospitais com péssimas condições de trabalho, com precariedade de equipamentos que não estão disponíveis ou não funcionam, com atrasos nos resultados de exames, com pessoal de enfermagem, administrativo e de apoio sem treinamento adequado, instalações físicas insuficientes e uma série de outros fatores que contribuem para a ocorrência do erro causador do dano ao paciente. Por isso mesmo, em alguns casos, chega-se ao questionamento sobre a possibilidade de isenção da culpa do médico.

É importante ressaltar que o médico, por atuar na linha de frente, isto é, por ser a pessoa que teve o contato direto e pessoal com o paciente acaba sendo o principal responsável pelo sucesso ou insucesso do tratamento deste. Contudo, há inúmeros outros fatores que influem decisivamente na ocorrência do resultado danoso e que são deixados de lado, ou passam despercebidos. A falta de alocação de recursos financeiros na área da saúde, por exemplo, pode ser citada como o fator principal para o desencadeamento do erro.

Apenas para exemplificar o que se está dizendo, não é raro as operadoras de saúde imponham aos médicos um limite máximo de exames por paciente. Essa restrição no número de exames pode acarretar a insuficiência de informações que o médico necessita para fornecer um diagnóstico seguro e adequado.

Quando se trata de paciente do Sistema Único de Saúde a situação se agrava, pois a demora na obtenção do resultado do exame, muitas vezes impossibilita a imediata intervenção médica, e conseqüentemente, atraso no restabelecimento da saúde do paciente.

Desta forma, responsabilizar o médico pela ocorrência de um erro no diagnóstico derivado de informações inadequadas e exames insuficientes, significa atacar somente o resultado e não a causa do problema.

Sendo assim, pretende-se demonstrar no decorrer deste trabalho que os denominados “erros médicos”, em geral, não ocorrem por culpa exclusiva do médico, mas sim, por uma série de outros fatores externos que desencadeiam a ocorrência do erro.

Para tanto, o tema se limita a primeiramente analisar os dispositivos legais aplicáveis ao médico, confrontando o direito médico com os direitos do paciente.

Sob o enfoque constitucional também será analisado no presente trabalho alguns dispositivos do Novo Código de Ética Médica.

Visa também analisar o que a jurisprudência diz a respeito do tema, quais as soluções apontadas até o momento e quais os rumos deverão ser tomados a partir de tais análises.

Por fim, limita-se o trabalho a analisar a responsabilidade médica, apresentando uma breve evolução histórica, bem como a responsabilidade dos hospitais e das operadoras de saúde, além de focar os princípios básicos da bioética aplicáveis, entre eles, o da autonomia, da justiça, da beneficência e do consentimento informado, além do princípio da dignidade humana.

3. JUSTIFICATIVA DO TEMA

A justificativa para o presente trabalho é a própria relevância do tema.

No Brasil, vem aumentando as demandas judiciais impetradas por pacientes contra seus médicos.³

Para solução desses litígios a legislação empregada tem sido a mesma que a utilizada para os casos de responsabilidade civil em geral e essa não tem, no atual Código Civil brasileiro, um ordenamento preciso, muito menos no que tange à responsabilidade civil no erro médico.

A doutrina tem se notabilizado, salvo um ou outro autor, por ter um enfoque médico e não jurídico, visto que a abordagem do assunto ocorreu, num momento inicial, mais por autores médicos do que por juristas.

Nota-se uma mudança nítida nessa tendência recentemente, embora ainda insuficiente para se considerar que já exista uma doutrina tradicional sobre o tema.

Na jurisprudência, por sua vez, as discrepâncias ainda são significativas, tanto que, sobre casos iguais, podem-se esperar decisões judiciais diferentes, reformadas ou não nas instâncias superiores.

Dentro desse quadro, será apresentada uma sistematização da doutrina, situando-a dentro da legislação existente, convenientemente identificada e, se possível, complementando com a jurisprudência que já tenha sido definida como majoritária.

As questões a serem discutidas sobre erro médico e responsabilidade são aspectos de uma teoria assentada nos livros de direito e que ainda necessitam de uma compreensão mais profunda pela ciência civil e penal brasileira.

Espera-se que seja útil, ou pelo menos suscite a curiosidade de juristas e estudantes acerca do tema. Afinal, para responsabilizar um médico por algum erro apontado é necessário conhecimento específico e profundo.

Como dizia o saudoso Chaves Camargo:⁴

É necessário ingressar na pós-modernidade, sem os defeitos de um raciocínio lógico-formal, pautado em argumentos apriorísticos ou ontológicos, que permitem uma acomodação interpretativa já definida pela doutrina ou pela jurisprudência, que pretende ser vinculante, tudo a obstaculizar o desenvolvimento da ciência penal, no Brasil.

³ ZULIANI, Ênio Santarelli. op.cit. p. 56.

⁴ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. Pag. 08.

Na fixação da responsabilidade do médico é certo que várias questões devem ser consideradas, tendo em vista as peculiaridades da ciência médica, sob pena de, ao adotar-se uma política de recrudescimento puro e simples da ação repressiva em nome do necessário combate à impunidade, acabar-se provocando o efeito de desestimular a também necessária ousadia e assunção de riscos, inerentes à atuação do médico.

De fato, os riscos fazem parte do exercício da medicina e, embora devam ser calculados, avaliados pelo profissional, quando opta por determinada conduta (comissiva ou omissiva) no trato do paciente, nem sempre se tem um absoluto controle do resultado almejado. O insucesso faz parte da atividade médica.

A conduta do médico em absoluta consonância com o as normas que regem o exercício da medicina, somada à atuação conforme a *lex artis*⁵, são geralmente apontadas como fatores suficientes para a exclusão da responsabilidade penal do médico. Não obstante, a questão de apurar-se, no caso concreto, tal responsabilidade não é tão simples quanto parece.

Considerando as peculiaridades de cada caso, há dificuldades e controvérsias em se definir o que seja conduta conforme a *lex artis*. Por outro lado, é preciso enfrentar a situação inversa: o descumprimento dos regulamentos e da *lex artis*, por si só, autoriza, como consequência automática, tal responsabilização? Há culpa presumida, decorrente da má conduta, no moderno direito penal?

Assim, sem a pretensão de esgotar o assunto, até porque qualquer pretensão de abordar todos os pontos decorrentes do erro médico e sua devida responsabilização civil e penal seria tarefa impossível, a justificativa para a escolha do tema decorre da necessidade, em uma primeira etapa, de definir os conceitos de culpa penal, seus requisitos, já que a culpa é pressuposto necessário à responsabilização penal. A seguir, pretende-se identificar o erro na conduta do médico, abordando a questão da sua atuação conforme a *lex artis*, e, ainda, a responsabilidade penal decorrente do desrespeito aos regulamentos que devem nortear o exercício da medicina.

⁵ A *lex artis* é definida como conjunto de regras consagradas pela prática médica no estágio atual. A atuação médica conforme a *lex artis* é aquela considerada adequada, por corresponder à generalidade de condutas profissionais perante casos análogos. Neste sentido: Gilberto Baumann de Lima, *Culpabilidade do Médico e a "lex artis"*, in Revista dos Tribunais, 695/422, pag. 427.

4. BIOÉTICA, CONCEITO E PRINCÍPIOS

Os profissionais da medicina vivenciam diariamente inúmeros problemas nos cuidados com o paciente. Problemas estes que não se limitam apenas na preocupação do quadro clínico e no restabelecimento da saúde do doente, mas também de ordem pessoal, organizacional, estrutural e que trazem consequências que podem ser gravíssimas, desde a piora no quadro clínico do paciente até mesmo a sua morte.

O tema desse trabalho envolve questões éticas acerca da preservação da vida humana e os dilemas diários enfrentados pelos profissionais da saúde no trato com os pacientes.

Sendo assim, impossível não dedicar ao menos um capítulo para tratar da Bioética, afinal ela diz respeito ao estudo dos valores inerentes às profissões de saúde e discute uma ampla gama de questões sociais.

A Bioética é uma ciência interdisciplinar que busca chegar a um melhor entendimento a respeito das condutas a serem tomadas diante de conflitos envolvendo a vida humana, e desta forma, a análise de seus princípios pode contribuir para melhor abordagem e conclusão do tema.

Enquanto ciência interdisciplinar a Bioética reúne informações e conceitos de diversas áreas de conhecimento, e por meio da reunião de médicos, advogados, juristas e sociólogos, pode contribuir para melhor compreensão dos diversos aspectos envolvidos na tomada de decisões acerca das questões da saúde. Com esse envolvimento evitam-se os conflitos e busca-se, sempre que possível, uma solução pacífica para os problemas.

Embora a Bioética não vise estabelecer regras de conduta, e tampouco tem qualquer força normativa, frequentemente são mencionados três princípios básicos que ajudam médicos e pacientes na solução dos conflitos. São eles: a justiça, a beneficência e não maleficência e a autonomia.⁶

a) **Princípio da Justiça:** estabelece que cada paciente deve ser tratado com equidade e igualdade, levando-se em consideração suas características e necessidades individuais.⁷

A questão da justiça é muito complexa, pois o que é justo para um pode não ser justo para outro.

⁶ CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias. A Bioética e seus reflexos no direito. *Boletim da Sociedade Paulista de Mastologia*, São Paulo, v. 62, 2005, p. 4.

⁷ LIGIERA, Wilson Ricardo. Os princípios da bioética e os limites da atuação médica. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Rio de Janeiro, v. 5, n.20, p. 410-427, out/dez. 2005.

Das várias teorias deontológicas que contribuíram para explicar a justiça, a que entende esta como bem estar coletivo aparece como a mais aceitável.

O dilema, contudo, se revela na prática frente a alocação de recursos em medicina, onde surgem enormes conflitos éticos. Pode-se perguntar, por exemplo, se é melhor privilegiar os transplantes, que são muito caros e favorecedores de poucos indivíduos ou, com os recursos, promover campanha de vacinação em massa? O que seria mais justo nesses casos?

Além disso, não se pode deixar de citar as enormes diferenças no atendimento aos pacientes de diferentes classes sociais, infelizmente, nem todos os pacientes são tratados de forma igual, afinal, para os doentes que podem pagar não faltam leitos particulares, ao passo que grande parte da população dependente do sistema público de saúde não é raro caso de paciente que morre a espera de uma vaga no hospital público.

b) **Beneficência:** com relação ao princípio da beneficência, o Código de Ética Médica prevê que o médico no exercício da profissão deve objetivar o bem do paciente, promover a saúde, minimizar a dor, oferecer dignidade ao indivíduo, prevenir as doenças. O profissional, agindo com base na beneficência, irá priorizar no seu mais amplo sentido a saúde, com conforto físico, bem estar emocional, psíquico e até social.

c) **Não-maleficência** trará ao profissional da saúde a oportunidade de não impor ao indivíduo sofrimentos que venham deteriorar sua saúde.

O princípio da beneficência e não-maleficência consiste em fornecer algum bem a outra pessoa e ao mesmo tempo não lhe causar o mal. Contudo, a beneficência e a maleficência estão baseadas em valores sociais que poderão ser questionados pelo indivíduo, se ele os considerar como não sendo os seus e sentir-se prejudicado.

Em bioética esse princípio ocupa-se em saber o que é o bem-estar e quais são os interesses do paciente, por intermédio da ciência médica, e de seus representantes e agentes.⁸

d) **Princípio da Autonomia:** em sua origem etimológica, o termo autonomia provém dos conceitos gregos de *autos* (eu) e de *nomos* (regra, governo, lei) e significa a faculdade de governar-se a si mesmo, ou ainda, ter suas próprias regras.

A autonomia tem como origem a virtude da liberdade. Ela equaciona a possibilidade do indivíduo ser livre e fazer suas próprias escolhas. Enfim, inclui a possibilidade soberana de decidirmos por nossa própria vida, mas não decidirmos pela vida dos outros.⁹

⁸ COHEN, Claudio. *Bioética Principalista*. Textos básicos de bioética. São Paulo: USP, 2009, p. 51.

Nas relações humanas, a autonomia pressupõe liberdade de opção frente aos conflitos surgidos quando a razão e a emoção não estão em consonância.

No campo médico, por sua vez, a autonomia está relacionada ao respeito à vontade do paciente, no caso de consentir ou rejeitar um determinado tratamento, tendo o direito de participar ativamente das escolhas de tratamento acerca de sua própria saúde.

Contudo, na prática médica, o respeito à autonomia não é tão simples assim.

Vale aqui um parêntese para o entendimento contrário da Professora Daisy Gogliano. Segundo ela, *“a situação (a realidade) em que se encontra toda pessoa doente é de angústia, de dor, de sofrimento na busca de um socorro médico. Não existe autonomia do paciente quando este busca um socorro médico precisamente por lhe faltar a autonomia, que a situação existencial lhe retira.”*¹⁰

Ousa-se discordar, em parte, da autora, pois o fato de a pessoa encontrar-se doente não significa que perdeu a capacidade de pensar, de querer, de agir, portanto, sua autonomia ainda está preservada e deve ser respeitada. Somente em casos de pacientes em coma tal afirmação se aplique, mas mesmo assim, seria necessário respeitar a vontade do paciente segundo as informações obtidas por meio de seus parentes e amigos próximos.

Para exemplificar o problema envolvendo o princípio da autonomia, pode-se citar um caso prático de um paciente idoso, lúcido e ativo que ao procurar atendimento médico é detectado, durante os exames, câncer de estômago em estágio avançado e a filha do paciente pede ao médico que não informe o diagnóstico ao pai, pois “o conhece bem e sabe que a notícia vai apressar a morte dele”¹¹

No exemplo citado, o eixo central do problema é a autonomia do paciente idoso, que embora a lei lhe assegure tal autonomia, a filha poderia invocar em seu favor o artigo 10, § 3º do Estatuto do idoso, que diz: *“é dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”*.

Desta forma, não é raro na prática médica, por pressão de familiares surgir o dilema de dizer ou não a verdade para os pacientes idosos, com o objetivo de preservá-lo do impacto e da ansiedade. Na realidade, o dilema não é revelar ou não a verdade, mas, sim, qual a forma mais adequada de comunicá-la.

⁹ COHEN, Claudio. *Bioética Principalista*. Textos básicos de bioética. São Paulo: USP, 2009, p. 47.

¹⁰ GOGLIANO, DAISY. *O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade*. p.151

¹¹ ROSA, Carlos Alberto Pessoa. *Autonomia do idoso: em Bioética Clínica*. São Paulo: CREMESP, 2009. p. 11.

Portanto, o princípio da autonomia é de extrema relevância, pois garante ao paciente a capacidade de governar a si mesmo.

Além dos princípios bioéticos e segundo Volnei Ivo Carlin, a bioética pode ser de fronteira ou cotidiana. A bioética de fronteira trata das novas tecnologias biomédicas aplicadas às fases nascente e terminal da vida. Já, a bioética cotidiana é voltada à exigência de humanizar a Medicina, como sua evolução científica e a socialização da assistência sanitária.¹²

Em outras palavras, a bioética cotidiana trata dos problemas éticos da maioria das pessoas, que vão desde o acesso aos serviços de saúde, da educação para a saúde, à distribuição dos remédios.

O próprio termo saúde é tomado no sentido abrangente: condições de alimentação, trabalho, lazer, liberdade, que podem gerar grandes desigualdades aos níveis de vida.

Um dos problemas centrais da ética biomédica consiste em saber se o respeito à autonomia dos pacientes deve ter prioridade sobre a beneficência buscada pelo médico. Os debates entre os defensores da autonomia e os defensores da beneficência deram origem a modos diversos de se encarar a beneficência, dependendo das circunstâncias: para alguns, o princípio da beneficência confronta com o princípio da autonomia; já, para outros, o princípio da beneficência incorpora a autonomia do paciente (no sentido de que as preferências do paciente ajudam a determinar o que realmente constitui um benefício para ele).¹³

As divergências acerca de qual princípio ou modelo deva ser considerado prioritário na prática médica não são fáceis de serem conciliadas. Nem pode a questão ser tratada de modo simplista, defendendo-se um princípio contra outro ou considerando-se um deles absoluto. Afirmar que princípios éticos são absolutos supõe negar que possam comportar exceções, o que equivale a dizer que não pode haver circunstâncias em que determinado princípio não seja aplicável. Isso demonstra que procurar estabelecer parâmetros extremos é inviável ao se tratar de Bioética.

A Bioética, certamente, versa temas que interessam ao Direito, em sua extensa consideração. A partir de agora, com o atual destaque dos temas bioéticos, esta obrigatoria interdisciplinaridade, ou pluridisciplinaridade, passa a se mostrar como uma regra que deve ser, cada vez mais, plenamente observada pelo Direito e pelo jurista.

¹² CARLIN, Volnei Ivo. *Os fundamentos da Bioética e o Direito*. Disponível em: http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/fundamentos_bioetica_direito_volnei_carlin.pdf. Acesso em 17/06/2010.

¹³ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios da ética biomédica*, p. 296

Para tratar das questões jurídicas em torno da Bioética, torna-se cada vez mais necessário se apropriar das informações imprescindíveis das ciências biológicas, assim como dos problemas práticos e éticos colocados pela Filosofia e pelas ciências humanas.

Mas, afinal, o que é Bioética?

A Encyclopedia of Bioethics define Bioética como “*estudo sistemático da conduta humana, na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, quando se examina esse comportamento à luz dos valores e dos princípios morais*”.¹⁴

Segundo Joaquim Clotet, a “*Bioética é uma ética aplicada que se ocupa do uso correto das novas tecnologias na área das ciências médicas e da solução adequada de dilemas morais por ela apresentados*.”¹⁵

Trata-se, portanto, de um ramo específico da filosofia moral com características próprias.

Quanto a sua origem, sabe-se que a Bioética surgiu no século 20 como uma proposta de integração do ser humano à natureza.¹⁶

Alguns autores afirmam que o termo Bioética foi criado por Van Rensselaer Potter, em 1970. Contudo, foi o pastor luterano, Fritz Jahr quem utilizou pela primeira vez a palavra Bioética (bio + ethik) em um artigo publicado no periódico alemão Kosmos, em 1927.¹⁷

No final de seu artigo, Fritz Jahr propõe que todo ser vivo deve ser respeitado essencialmente como um fim em si mesmo e tratado, se possível, como tal.¹⁸

Como dito acima, em 1970, o químico e farmacologista Van Rensselaer Potter, na sua obra “*Bioethics: a bridge to the future*”, questionou se a possibilidade de sobrevivência da própria humanidade não dependeria de uma reflexão ética interdisciplinar, denominada por ele de bioética, que poderia servir de “*ponte para o futuro*”.¹⁹

¹⁴ REICH, Warren T. *Encyclopedia of Bioethics*. 2nd ed. New York: MacMillan, 1995:XXI

¹⁵ CLOTET, Joaquim. *A bioética: uma ética aplicada em destaque*. A saúde como desafio ético. Anais do I Seminário de Filosofia e Saúde. Org. Gustavo A. Caponi, Maria Tereza Leopardi e Sandra N. Caponi. Florianópolis, 1995, p. 115.

¹⁶ Idem.

¹⁷ JAHR, Fritz. *Bio=Ethik. Eine Umschau über die ethischen Beziehung des Menschen zu Tier und Pflanze*. Kosmos, 1927; 24:2-4.

¹⁸ Idem.

¹⁹ POTTER, V. R. *Bioethics, the science of survival*. Perspectives in biology and medicine. 1970; 14:127-43.

Ainda em 1970, o médico obstetra André Hellegers, de forma independente e quase simultânea, utilizou o termo Bioética para denominar os novos estudos que estavam sendo propostos na área de reprodução humana.²⁰

Em 1978 foi publicado o Belmont Report, que estabeleceu as bases da utilização de princípios na reflexão bioética. Este documento oficial do governo americano utilizou a beneficência e o respeito às pessoas e à justiça como referenciais das diretrizes para a pesquisa em seres humanos nas áreas da saúde e comportamental.²¹

A partir dos autores acima citados que deram os primeiros passos da bioética, inúmeros outros se sucederam. A reflexão bioética sobre temas das áreas da saúde se ampliou e aprofundou em diferentes locais do mundo.

Na Europa, surgiram diferentes perspectivas de abordagem de questões na área da saúde. Na Austrália, a discussão de temas envolvendo o uso de animais em pesquisa e até mesmo em alimentação, ganhou grande repercussão.

Na América Latina, as discussões sobre acesso a sistemas de saúde, sobre pobreza e preservação ambiental, se associaram aos grandes temas de discussão mundial, como privacidade, transplantes, reprodução assistida, eutanásia e suicídio assistido, aborto, entre outros.

No Brasil, foi Joaquim Clotet o responsável pela abertura e os primeiros avanços do estudo da Bioética com a implantação dos Comitês de Bioética.

Desta forma, a bioética disseminou-se rapidamente com a criação de vários centros de estudos e Comitês, tanto em nível nacional como internacional, além de comitês organizados em instituições particulares, no sentido de decidir sobre questões de vida.

Mas, atualmente, a bioética vem sendo entendida como uma reflexão complexa, pois inclui os múltiplos aspectos envolvidos no seu objeto de atenção; é interdisciplinar, devido à possibilidade de contar com conhecimentos oriundos de diferentes áreas do saber; e é compartilhada, por utilizar as diferentes interfaces para realizar diálogos mutuamente enriquecedores.²²

²⁰ Idem

²¹ USGovernment. *The Belmont Report: Ethical Guidelines for the Protection of Human Subjects* Washington: DHEW Publications (OS) 78-0012, 1978.

²² GOLDIM, José Roberto. *Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão*. Porto Alegre: Revista da AMRIGS, jan-mar. 2009.

4.1.Bioética Complexa

Na área da saúde os problemas são tantos que o modelo principialista da bioética (baseado nos princípios) não é capaz de resolver e, sendo assim, surge o modelo da bioética complexa, que além dos princípios utiliza também vários outros referenciais teóricos.

Os referenciais teóricos utilizados são: além dos princípios já vistos, os direitos, as virtudes, e a alteridade.

O referencial dos direitos humanos estabelece garantias individuais, coletivas e transpessoais, e tem sido utilizado na elaboração de legislações, como a Constituição brasileira de 1988, e de documentos internacionais na área da bioética, especialmente por parte da UNESCO, como a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos. Muitas vezes esse referencial dos direitos auxilia na argumentação para justificar uma dada ação.

O referencial das virtudes vem sendo utilizado desde a Grécia. Platão e especialmente Aristóteles. As virtudes devem ser entendidas como a busca da excelência das ações humanas, ou seja, de fazer bem feito, na justa medida, cada pequeno ato.

Por ultimo, a alteridade é o referencial que pode dar unidade às diferentes perspectivas apresentadas pelos princípios, direitos e virtudes, pois ela visa reincluir o outro na relação, ao perceber que o olhar do outro é que nos torna não indiferentes.

A alteridade reconhece o entendimento da relação profissional-paciente, pesquisador-participante da pesquisa, profissionais da saúde entre si, profissional-família, a partir da noção de corresponsabilidade.

As possibilidades de conhecer e transformar o patrimônio genético das espécies vivas, de ter uma sexualidade sem procriação, mas também, uma procriação sem relações sexuais, de transplantar órgãos, de prolongar artificialmente a vida, são todas aquisições recentes.

Hoje, as ciências da vida estimulam uma reflexão teórica mais ampla. Desta forma, além de uma bioética da vida cotidiana, que se refere a comportamentos e às ideias de cada pessoa, a multiplicação das profissões coligadas à pesquisa e ao uso das descobertas biomédicas ressalta uma bioética deontológica, um ou mais códigos morais dos deveres profissionais.

Ademais, há tendências crescentes de promulgar e interpretar normas reguladoras que tenham valor de lei: a bioética legal ou *bioius*.²³

As discussões mais controvertidas sobre as questões da vida, que dizem respeito à ciência, à ética e ao Direito, incidem sobre temas que se abrem para o futuro, como o DNA recombinante, a sobrevivência prolongada, a fecundação artificial, a hibridação, etc.

Diante de tanta inovação, percebe-se uma discutível ênfase no interesse dos especialistas e uma crescente preocupação quanto à licitude das pesquisas.

Verifica-se que a atenção está dirigida, sobretudo, para os casos de “situações limites”, como a eutanásia, a fecundação artificial, entre outros.

Contudo, se por um lado é bom, por outro se constata que a bioética e a biociência correm riscos de concentrarem seus esforços somente sobre temas de necessidades reparáveis, negligenciando os problemas morais e científicos que envolvem milhões de homens na vida cotidiana.

Entre os referidos problemas, citam-se a esterilidade, as mortes prematuras, os danos cardíacos e renais, que merecem tanta ou mais atenção, pois são problemas atuais e ainda sem grandes soluções.

Além disso, verifica-se a insuficiência da ciência e suas aplicações nas mais árduas “questões da vida”, como, por exemplo, os transplantes e o aborto, e problemas outros que envolvem ciência, Filosofia, Direito e religião e para os quais ainda não se encontrou resposta satisfatória, diante do conflito de interesses que surgem nessas áreas.

É necessário, portanto, um avanço no diálogo dessas disciplinas de forma a ampliar a integração entre elas.

²³ COHEN, Claudio. *Bioética Principalista*. Textos básicos de bioética. São Paulo: USP, 2009, p. 57.

5. BIOÉTICA E O DIREITO

Como visto, a Bioética é um ramo do conhecimento interdisciplinar que sofre influência da Sociologia, da Biologia, da Medicina, da Psicologia, da Religião, do Direito, dentre outras áreas.

Isso se deve porque ela se preocupa basicamente com as implicações ético-morais decorrentes das descobertas tecnológicas nas áreas da ciência.

Contudo, as regras apontadas pela Bioética são desprovidas de coerção e, por isso, consideradas mais princípios do que regras, propriamente ditas.

Os princípios da Bioética por serem desprovidos de coerção são vistos apenas como “conselhos morais”. E é aí que entra o Direito.

Sem força normativa, a Bioética sozinha não é capaz de inibir a prática de condutas abusivas e lesivas à sociedade decorrentes das experimentações biotecnológicas.

O Direito, enquanto ciência que busca normatizar e regular as condutas dos indivíduos na sociedade, é dotado de maior força coercitiva.

Ocorre que o Direito demora a se adaptar aos fatos novos e, por isso, algumas relações sociais relevantes não encontram normatização na esfera jurídica. São as chamadas lacunas da lei.

O avanço das ciências biomédicas encontra, em especial no Brasil, um déficit de normatização. As novas técnicas de reprodução artificial humana carecem de regras de conduta para inibir abusos e prática de ilícitos.

O Direito positivo brasileiro não nos deu respostas satisfatórias às novas questões surgidas do avanço da biotecnologia. Assim, por exemplo, citamos o caso da utilização das “barrigas de aluguel” como forma de reprodução artificial. Essa técnica é lícita? Se sim, qual a responsabilidade dessa mãe de aluguel se ao final da gestação não entregar o bebê ao casal contratante? Por não existir no Direito positivo brasileiro regulamentação adequada sobre a matéria, diante de um caso concreto, como o juiz deverá decidir?

Por estas e outras situações é que se faz necessária a integração entre a Bioética e o Direito. Os princípios da Bioética podem servir para o Direito como forma de melhor resposta às questões científicas ainda sem normatização.

Diante de inúmeros casos emblemáticos divulgados na mídia acerca dos erros médicos, dos danos sofridos pelos pacientes e do descaso à saúde pública, é possível

perceber, muitas vezes, o descumprimento da lei, em específico da Constituição Federal, bem como dos preceitos insculpidos no Código de Ética Médica.

Cite-se como exemplo as filas que se formam nos corredores dos Prontos Socorros pelos pacientes que ficam vários dias deitados em macas improvisadas aguardando vagas em hospitais públicos. Tal fato fere não somente os preceitos insculpidos no Código de Ética Médica, como também na Constituição Federal.

Portanto, percebe-se a grande relação da Bioética com o direito em seus diversos ramos, tais como o direito constitucional, o direito civil e o direito penal.

É grande a relação da Bioética com o direito constitucional porque o profissional da área jurídica ao se deparar com casos novos e complexos advindos do avanço da tecnologia científica deverá sempre se pautar nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Com relação ao direito civil, em específico o direito de família, tem se tornado cada vez mais comum, indagações sobre como proceder diante das novas técnicas de reprodução artificial. Se antes só a paternidade era questionável, hoje até a maternidade é duvidosa.

No caso do direito penal, utilizando os exemplos anteriores da reprodução artificial, o que fazer com os ovos fecundados que não foram aproveitados? Poderia ser interpretado o descarte de embriões como uma situação análoga ao tipo penal do aborto?

Diante de tais fatos, e das lacunas na lei, é necessário que o Direito, ao decidir os casos concretos, utilize os princípios bioéticos para orientar sua linha de ação, para apresentar soluções justas e eticamente aceitáveis.

Contudo, aqui vale ressaltar a preocupação de inúmeros juristas que entendem que o Direito não pode se valer apenas de princípios e regras morais, pois isso pode causar enorme insegurança jurídica e decisões conflitantes.

Sendo assim, o Direito deve caminhar ao lado da Bioética para coibir abusos por parte de cientistas e pesquisadores de um modo geral, e poderia competir ao ramo do Direito Médico regulamentar tais questões.

6. DIREITO E MEDICINA

Da interrelação entre Direito e Medicina, surge, no cenário jurídico, um novo ramo de especialização – o Direito Médico. Trata-se não só de uma tendência, mas de uma necessidade.

Direito Médico este que tem como centro de interesse e estudo o conjunto de normas que estabelecem e regulamentam as práticas vinculadas à saúde, abrangendo o exercício da Medicina e de todas as ciências periféricas e complementares a ela, v.g.: a Fisioterapia, a Fonoaudiologia e a Enfermagem.

Destarte, a responsabilidade por erro médico; o sigilo profissional e o prontuário do paciente; os atos privativos praticados pelo profissional da Medicina e os limites éticos da intervenção sobre o ser humano são os principais temas que estruturam, em nível teórico, esse novo ramo do Direito.

Dessa forma, percebe-se que a interrelação entre Direito e Medicina justifica a autonomia do Direito Médico, o qual nasce da zona de contato e mútuo interesse entre os profissionais dessas áreas.

Ademais, vale ressaltar que a normatização do conceito de "ato médico" consistiu num passo fundamental na jornada rumo à disciplina legal desse novo ramo da Ciência Jurídica.

Atentando para com a necessidade de se instituir normas relativas à definição e alcance do ato médico, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.627/2001, veio a delimitar em todo território nacional o significado de "ato médico", ou melhor, o significado de "ato profissional do médico", nos termos da nomenclatura e terminologia rigorosamente científica contida na Resolução.

Assim, dispõe o artigo 1º da Resolução nº 1.627/2001 do Conselho Federal de Medicina, *in verbis*:

Artigo 1º - Definir o ato profissional de médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado e dirigido para:

a promoção da saúde e prevenção da ocorrência de enfermidades ou profilaxia (prevenção primária);

II- a prevenção da evolução das enfermidades ou execução de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos (prevenção secundária);

III- a prevenção da invalidez ou reabilitação dos enfermos (prevenção terciária).

Portanto, para determinado ato ser considerado ato médico, além de ser praticado por médico legalmente habilitado deve ser dirigido para a promoção da saúde e prevenção da ocorrência e evolução da doença.

Ocorre que, muitas vezes, embora devidamente habilitado para a prática de determinado ato, o médico pode cometer equívocos ou tomar determinadas atitudes que ao invés de restabelecer a saúde do paciente ocasiona a piora no quadro da doença ou até mesmo a morte do paciente.

Acrescente-se que se o ato praticado pelo médico for considerado lesivo ao paciente, pode ensejar três ordens de apuração da responsabilidade médica:

- a) na ordem ético-disciplinar, por meio de um procedimento administrativo junto ao CRM;
- b) na ordem penal, através de um processo criminal;
- c) na ordem civil, por intermédio de um processo civil (ação de indenização por danos morais e/ou patrimoniais).

Contudo, não é crível pensar que o médico estudou tantos anos, se especializou e enredou tantos esforços para ao final pouco se importar com a saúde do paciente. Se com sua atitude algum dano causou, por certo há alguma explicação plausível que justifique seu ato, competindo aos profissionais do Direito apurar as responsabilidades do médico na ocorrência dos danos.

É certo que, na apuração das responsabilidades médicas, os profissionais do Direito devem fazer um juízo de valor sobre os procedimentos médicos que foram adotados de modo a verificar se a conduta do médico foi determinante para causar dano ao paciente.

Mas, para fazer isso é necessário conhecer minimamente algumas teorias da Biologia e da Medicina, disciplinas estas que podem contribuir para melhor compreensão da atividade médica e entender porque o médico tomou determinada atitude, ou se haveria outra conduta possível que diminuísse ou evitasse danos ao paciente.

Daí surge a importância dos profissionais do Direito se especializarem nesse novo ramo do Direito Médico, de modo que integrando os conhecimentos sedimentados da área da Medicina com os da área do Direito possa-se chegar a um resultado justo e correto na apuração da responsabilidade médica.

7. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Para maior compreensão acerca do tema que se propõe investigar, é necessário expor, ainda que de maneira breve, a evolução histórica da valoração e da reparação do dano no tocante ao exercício profissional da medicina, para conhecer suas origens, seu desenvolvimento e sua situação nos dias atuais.

É notória e histórica a luta pelo conhecimento médico, para curar doenças que sempre estiveram presentes. Para os mais jovens é difícil acreditar que até poucas décadas atrás, o cidadão comum morria por doenças agora consideradas de fácil tratamento, como a tuberculose ou a pneumonia. A expectativa média de vida era consideravelmente mais baixa, uma vez que os meios disponíveis para o combate às doenças eram precários e, por vezes, empíricos.

A arte da Medicina, nos primórdios da civilização, era essencialmente artesanal. A cura praticada era vista como um dom divino, até porque pouco se conhecia da anatomia e da fisiologia humanas.

Os métodos e rituais de cura não sofriam questionamentos, e os médicos eram reverenciados como se fossem verdadeiros sacerdotes. Em contrapartida, o insucesso também lhes era cobrado na mesma proporção, pelo que a história da responsabilidade civil por vezes se confunde com o próprio desenvolvimento da reparação do dano médico.

A mais antiga codificação que se tem conhecimento a respeito da responsabilidade médica é o Código de Ur-Nammu, da Suméria, antigo país da Mesopotâmia. Referido Código foi escrito anteriormente ao ano de 2000 a.C. Acredita-se que, por ser tão antigo, o Código de Ur-Nammu foi provavelmente a primeira legislação a tratar da responsabilidade médica, determinando punições de multa aos médicos e cirurgiões que desempenhavam mal a sua arte.²⁴

Após, encontra-se o Código de Hamurabi que também disciplinou acerca da responsabilidade médica e cuja data provável é o ano de 1750 a.C.

Josias de Souza, na sua dissertação sobre a História da Responsabilidade Médica, comentou que o artigo 218 do Código de Hamurabi “responsabiliza o autor do dano com

²⁴ LIGIERA, Wilson Ricardo. *Responsabilidade médica: diante da recusa de transfusão de sangue*. São Paulo: Nelpa, 2009. p. 69

uma agressiva mutilação, para que a ‘mão médica’ danosa deixasse de agir na comunidade.”²⁵

Após o Código de Hamurabi, outros manuscritos foram criados e em diferentes culturas que de certa forma previam a possibilidade de responsabilização dos médicos. Contudo, a responsabilidade civil, como hoje é conhecida, recebeu grande influência do Direito Romano.

Foi em Roma que se solidificou a ideia de que a vingança privada não deveria ter lugar na vida em sociedade, cabendo ao Estado o poder – e mais – o dever de tutelar as relações interpessoais, disciplinando a indenização devida pelos danos causados por um particular a outrem.

Segundo Alvino Lima a *“responsabilidade civil no direito romano tem o seu ponto de partida na vingança privada, forma primitiva, selvagem, talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido”*²⁶

Nessa primeira fase da responsabilidade civil em Roma, imperava, portanto, a vingança pura e simples, em que a justiça era feita pelas próprias mãos da vítima ou de seus parentes em desforra ao mal sofrido.

Contudo, e pelo fato de essa vingança muitas vezes ser desproporcional à agressão, ela passou a ser regulamentada pelo Estado e, por conseguinte, a punição assumiu aos poucos um papel de repressão ao dano.

Surgiu, então, através da lei de talião a norma de “olho por olho, dente por dente”, o que constituiu um grande progresso na história do direito, como observa Cretella Junior:

*“na fase anterior, em face do delito praticado por uma pessoa, pagava não só ele (às vezes nem ele), como outros de sua família. Com o talião, o castigo alcança o autor do delito e a idéia de proporção entre a ofensa e o castigo se vai esboçando, afirmando-se cada vez mais”*²⁷

No período seguinte da história do direito romano, adotou-se a composição voluntária, por meio da qual ao lesado era dada a faculdade de transigir, entrando em composição com o ofensor, a fim de receber uma forma de resgate em substituição à

²⁵ SOUZA, Josias Jacintho de. *Abordagens históricas sobre a responsabilidade médica*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba: Unimep, 2001, p. 53.

²⁶ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 10.

²⁷ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano*. 14 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 304.

vingança. Caso não houvesse acordo, aplicava-se a composição legal, que passou a ser regulamentada pelo Estado, por meio da Lei das XII Tábuas.²⁸

Trata-se de um importante desenvolvimento legislativo, que ocorreu no ano de 451 a.C., e que introduziu claramente a sanção penal frente aos casos de lesões pessoais, sendo valorados elementos como o estado físico do lesionado, a qualificação pessoal, os gastos médicos, a noção de incapacidade temporária, etc., cuja tradição perduraria até a edição do Código Napoleônico.

Na Lei das XII Tábuas, mais especificamente na Tábua VIII, foram contemplados os seguintes artigos:

“Artigo 2: admite a Lei de Talião sempre e quando não haja transação

Artigo 3: o homem livre vale o mesmo que o escravo quando a lesão que sofre é uma fratura. Se esta não for uma fratura, o homem livre não tem preço.”²⁹

A ideia Aquiliana, que perdurou até o século XIX, dizia que não havia preço para o homem livre - ao contrário do escravo, que podia ter seu valor medido em moedas - e ter-se-ia que indenizá-lo por preço justo (como acontece em nosso Código Civil), sem entretanto existir uma "tabela" definida: era o lesionado quem estabelecia o valor da lesão, e o juiz decidia se o valor era justo ou não. Ainda assim, o fato doloso valia o dobro que o culposo.³⁰

A Lei Aquília trouxe ainda disposições específicas contra os danos causados por médicos. Nela, encontra-se “os primeiros rudimentos de responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou a deportação do médico”³¹

Com efeito, a Lei Aquília impunha ao médico o dever de reparar o dano causado por negligência ou imperícia em seus atos profissionais, determinando que eles fossem obrigados a “pagar uma indenização por todo escravo que falecesse em suas mãos.”³²

Percebe-se, pois, que o legislador romano já determinava a responsabilização do profissional com base na culpa.

²⁸ LIGIERA, Wilson Ricardo. *Responsabilidade médica: diante da recusa de transfusão de sangue*. São Paulo: Nelpa, 2009. p. 78

²⁹ Tábua VIII. Cf. DUODECIM tabularum legis. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/12tables.html>>. Acesso em: 03 mar. 2011. Tradução livre para o vernáculo.

³⁰ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Aspectos históricos da responsabilidade civil médica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4288>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

³¹ PANASCO, Wanderby Lacerda. *Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 38.

³² CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Erro médico e o direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 8

Na Grécia, por sua vez, foram desenvolvidos estudos que dotaram a Medicina de um caráter mais científico, em detrimento de outros elementos não racionais e empíricos até então predominantes. Estes estudos, datados do século V a.C., viriam a constituir o *Corpus Hippocraticum*, cuja síntese mais conhecida é o juramento ainda hoje repetido por profissionais médicos ao redor do planeta.³³

De acordo com os ensinamentos de Paulo Dourado de Gusmão, a efervescência cultural produzida da junção entre Filosofia e ciência atingiu seu apogeu na Grécia, permitindo o intercâmbio entre disciplinas antes afastadas, tais como a filosofia e a anatomia, possibilitando que os métodos de análise, diagnóstico e cura pudessem ser exercidos de forma mais racional e lógica. A Medicina se transformava cada vez mais em ciência, e na medida em que sua importância crescia, as atenções do Estado para com ela se voltavam, cujo efeito era sentido através das diversas regulamentações que davam forma a sua natureza.³⁴

Esta mudança de pensamento permitiu alterações significativas no tocante à apuração das responsabilidades médicas.

O profissional da Medicina, uma vez culpado pelo insucesso de suas interferências sob qualquer condição, – sob a égide dos ensinamentos de Platão e Aristóteles – passou a ser responsabilizado não mais pelo resultado em si, mas por sua conduta profissional, por sua atitude de acordo com cada caso concreto.³⁵

A culpa médica, para ser atestada, deveria ser objeto da análise de outros profissionais que, em colegiado, emitiriam seu parecer. A culpa, portanto, só seria declarada se houvesse desatenção aos preceitos ou descumprimento das práticas e procedimentos médicos-sanitários usualmente aceitos à época.

Já na França, entre os séculos XI e XII, teve início a noção de distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal.

Havia uma forte corrente doutrinária que defendia a necessidade de que não só o dano fosse efetivamente comprovado através de perícia, realizada por profissionais

³³ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Aspectos históricos da responsabilidade civil médica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4288>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

³⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 39ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 357.

³⁵ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Aspectos históricos da responsabilidade civil médica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4288>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

destacados, mas que também se provasse que este mesmo dano decorreu de manifesta imprudência, imperícia ou negligência.

O Código Civil francês de 1804 foi a primeira codificação a recepcionar as ideias desenvolvidas pelo espírito romano, acrescentando, porém, importantes contribuições para a noção de responsabilidade civil atualmente conhecida.

Conforme Aguiar Dias, a responsabilidade civil, calcada na culpa, tem aí seu ponto de partida, de onde se desenvolveu para inserir-se nas legislações do mundo todo.³⁶

O Código de Napoleão, embora não explícito quanto à responsabilidade médica, estabelece em seus artigos 1382 e 1383 o dever de reparar o dano causado e decorrente de negligência ou imprudência.

Tais dispositivos, que são também aplicáveis à responsabilização do profissional da saúde, forneceram a base para a regulamentação da responsabilidade civil nos códigos civis de vários países, inclusive no Brasil.

Em suma, é preciso ter em mente o fato de que, ao longo de toda a história da civilização ocidental, mormente até o final da primeira metade do século XX, o profissional da medicina sempre ocupou posição social de inegável e elevado destaque.

Os procedimentos adotados no tratamento de um paciente raramente eram submetidos a dúvidas ou discussões, encarados que eram como justos, inevitáveis ou indispensáveis.

Para isso, contribuía os recursos da Medicina, até então limitados ou bastante precários, quase artesanais mesmo. A um tratamento ou procedimento mal sucedido, facilmente se podia atribuir o desenlace aos infortúnios do destino. Havia o senso comum de que todos os recursos disponíveis haviam sido usados para deter a enfermidade.

Nos povoados e até mesmo nos centros urbanos, prevalecia a figura do "médico da família", que atendia, via de regra, membros de até mais de uma geração familiar, sendo-lhes, ao mesmo tempo, amigo, confidente e conselheiro. O elo de confiança, o caráter personalíssimo do atendimento eram elementos levados ao extremo, e que inibiam qualquer tipo de questionamento, fosse em esfera privada ou judicial.³⁷

Mas veio a chamada Era Moderna e com ela a amplitude e a rapidez das transformações científicas, médicas e tecnológicas modificaram de forma irreversível os fundamentos desta relação médico-paciente.

³⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

³⁷ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Aspectos históricos da responsabilidade civil médica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4288>>. Acesso em: 6 fev. 2012

As relações sociais foram massificadas, daí se tornando impessoais. A figura do clínico geral – médico da família – perdeu relevância, uma vez que esse tipo de atendimento ficou restrito a uma minoria de poder aquisitivo mais elevado.

Dois fatores muito importantes contribuíram para a despersonalização da figura do médico: a disseminação dos atendimentos em grandes hospitais e centros de saúde, e o crescente nível de especialização dos profissionais.

Eis, então, o momento em que a situação histórica começou a mudar. Ao mesmo tempo em que a Medicina evoluiu, o médico foi afastado do conhecimento a fundo de seu paciente, transformado em um anônimo, conhecido apenas por fichas de acompanhamento do quadro clínico, ou mesmo uma simples entrevista preliminar.

O eixo da responsabilidade civil modificou-se, retirando do médico a "imunidade" de que gozava no exercício de sua função. Tal situação parece lógica, uma vez que, ao passo que se foi demonstrando existir novas técnicas de tratamentos, equipamentos cada vez mais sofisticados, remédios mais eficientes e instrumentos de apoio, e o conhecimento do médico ampliado por pesquisas e inovações científicas, o espaço destinado aos "infortúnios", aos "desígnios do destino" foram sendo reduzidos, e o exercício da Medicina passou a ser recoberto por um manto de responsabilidades até então inexistentes.

7.1 Evolução histórica da responsabilidade médica no Brasil

No Brasil, a responsabilidade civil tem como marco inicial as Ordenações do Reino que, por sua vez, aplicavam subsidiariamente o Direito Romano.

Até então, não havia distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal.

A seguir, a questão da responsabilidade foi tratada no Código Criminal de 1830 como dever de satisfação, ou seja, de ressarcimento pelo ofensor à vítima, em razão do dano causado.

Por volta de 1841, uma terceira fase tem início com Teixeira de Freitas, o qual não concordava que a responsabilidade civil estivesse ligada à responsabilidade criminal.³⁸

Nessa época, portanto, o instituto da responsabilidade civil se consolida como independente da responsabilidade criminal, passando, também, a se fundamentar no

³⁸ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Aspectos históricos da responsabilidade civil médica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4288>>. Acesso em: 6 fev. 2012

conceito de culpa, desenvolvendo-se a teoria da responsabilidade indireta, sendo admitida a presunção de culpa no dano causado por coisas inanimadas.³⁹

Tais ideias, bem como o Código Civil Francês, influenciaram na elaboração do Código Civil brasileiro de 1916, sendo consagrada a teoria da culpa no artigo 159.⁴⁰

A partir de então, a doutrina brasileira desenvolveu-se no sentido de considerar possível de responsabilização civil a violação de duas fontes de obrigação; a inobservância de textos legais e o descumprimento da norma contratual.

Posteriormente, com o estabelecimento da indenização por dano moral alçado a elemento constitucional, através do advento da Constituição Federal de 1988, e com a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, de 1990, nova era de direitos veio a se estabelecer no País, no tocante à responsabilidade civil.

Na passagem do séc. XIX para o Século XX, o médico era visto como profissional cujo título garantia a onisciência – médico de família, amigo e conselheiro –, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços e, menos ainda, a litigância sobre eles.⁴¹

Atualmente, as circunstâncias estão mudadas. As relações sociais se massificaram, distanciando o médico do seu paciente. A própria denominação dos sujeitos da relação foi alterada, passando para usuário e prestador de serviço, tudo visto sob a ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigente quanto aos resultados.⁴²

As consequências dessas transformações são muitas, dentre as quais destacam-se: o paciente converteu-se em número; o médico passou a ser um prestador de serviço; o paciente passou a ser um consumidor; fez aumentar e exacerbar a suspeita e a prevenção do paciente contra o médico e vice-versa; excessivo número de ações de responsabilidade ajuizadas em face dos médicos, dentre outras.

Ocorre que atualmente no ordenamento jurídico do Brasil a responsabilidade do médico é tratada da mesma forma que a responsabilidade civil geral, com avaliação da culpa, do nexo causal e do dano, conforme se verificará nos capítulos seguintes.

³⁹ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Aspectos históricos da responsabilidade civil médica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4288>>. Acesso em: 6 fev. 2012.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ AGUIAR JR, Ruy Rosado de, in “Responsabilidade Civil do Medico”, RT 718/33.

⁴² Idem, p. 33.

8. RESPONSABILIDADE CIVIL

A questão da responsabilidade civil no Brasil tem grande importância prática e teórica, não somente pela extraordinária frequência com que os Tribunais brasileiros são instados a analisar ações de responsabilidade, mas, principalmente pela dificuldade especial de muitos problemas que o instituto tem suscitado na doutrina e na jurisprudência.

A responsabilidade civil foi introduzida, no Brasil, por José de Aguiar Dias o qual asseverava que “toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade”.⁴³

A Responsabilidade Civil tem seu fundamento no fato de que ninguém pode lesar interesse ou direito de outrem.

Descreve o artigo 927 do Código Civil brasileiro que *“aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”* e segue em seu parágrafo único *“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*.

A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse jurídico em virtude do descumprimento de uma norma jurídica pré-existente, contratual ou não. E nesse caso, a lei busca reconstituir o ordenamento jurídico violado.

Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.⁴⁴

A ideia de responsabilidade civil vem do princípio de que aquele que causar dano a outra pessoa, seja ele moral ou material, deverá restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes do seu ato danoso, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá compensar aquele que sofreu o dano.

A teoria da responsabilidade civil procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo.

⁴³ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V. I, p. 20.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. V 7.

Essa reparação do dano é feita por meio da indenização, que é quase sempre pecuniária. Lembrando-se que o dano pode ser à integridade física, aos sentimentos ou aos bens de uma pessoa.

Em termos gerais, a responsabilidade civil pode ser proveniente da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei (responsabilidade contratual ou obrigacional), bem como ser resultante da violação de direitos absolutos ou da prática de certos atos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem (responsabilidade extracontratual).

A expressão responsabilidade civil é ambígua porque dentro dela há que distinguir dois grandes setores: a responsabilidade obrigacional ou contratual e a responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana.

8.1.Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade obrigacional ou contratual é aquela que resulta do descumprimento de direitos subjetivos, do descumprimento de obrigações em sentido técnico-jurídico.⁴⁵

Em outras palavras trata-se da obrigação do devedor no sentido de cumprir o que estipulou com o credor.

Já a responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana é a obrigação de reparar o dano causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.⁴⁶

Na obrigação extracontratual não há qualquer vínculo jurídico anterior entre as partes.

A responsabilidade extracontratual é também chamada de responsabilidade Aquiliana, pois se originou da Lex Aquilia, que previa que poderia se responsabilizar alguém pelo dano mesmo sem a existência de um contrato anterior. Sílvio de Salvo Venosa explica que:⁴⁷

(...) lex Aquilia é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação do Lex Aquilia o princípio pelo

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p.17

⁴⁶ Ibid. p.17

⁴⁷ Ibid. p. 18/19

qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem de responsabilidade extracontratual. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade.

(...)

Tratando especificamente da relação médico e paciente, verifica-se que quase sempre a responsabilidade do médico surge natural e tacitamente, isto é, não advém de acordo escrito, deriva de um acordo verbal em que o médico se compromete a usar seus conhecimentos para diminuir os efeitos da enfermidade e procurar a cura, sob o compromisso de o paciente aderir à sua orientação.

Dessa relação médico e paciente surge, entre ambos, um vínculo de natureza contratual ou extracontratual.

Se médico e paciente convencionarem a prestação dos serviços por escrito ou verbalmente a relação terá natureza contratual. Ao contrário, será extracontratual se em situação de emergência o médico se obrigue a intervir para dar assistência de urgência em casos de acidentes, desastres ou calamidades, sem prévia existência de contrato.

Também são consideradas de natureza extracontratual as relações dos prestadores de saúde contratados por entidades públicas ou privadas com as pessoas atendidas por elas.

Nos casos de relação médico e paciente de natureza contratual, surge a questão do limite da autonomia da vontade do paciente e da responsabilidade médica, quando o doente divergir da conduta terapêutica proposta.

Isto porque, na obrigação de natureza contratual o médico se compromete a usar seus conhecimentos para curar o doente, e este se compromete a aderir à orientação do médico, ou seja, aceitar e cooperar com o tratamento estabelecido.

Ocorre que, se por um lado o médico tem o dever de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente, de outro tem o dever de respeitar o livre-arbítrio da pessoa, ou seja, a autonomia do paciente.

O Código de Ética Médica veda ao médico violar o livre-arbítrio da pessoa e desrespeitar o seu direito de decidir sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.⁴⁸

De outro lado, impõe ao médico a utilização de todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento ao seu alcance, em favor do paciente.⁴⁹

Trata-se, portanto, de uma aparente contradição. Mas, o Código de Ética Médica consagra a saúde do ser humano como o alvo de toda a atenção médica e exige do profissional atuação com o máximo zelo e o melhor da sua capacitação.

E se contrariar a livre decisão do paciente poderá implicar no risco de uma responsabilização civil e penal, nesses casos, é prudente que o médico anote no prontuário e registre a recusa do paciente ao tratamento proposto, pois referidos documentos poderão servir como fortes elementos para demonstrar a correção da conduta do médico.

8.1.1. Responsabilidade subjetiva e objetiva

A teoria clássica da responsabilidade civil está embasada na presença certa de culpa por parte do agente do ato que causou o dano. Chama-se de responsabilidade subjetiva em virtude de estar caracterizado na pessoa um aspecto volitivo interno, ou, pelo menos, revelar-se, mesmo de uma maneira tênue, uma conduta antijurídica.⁵⁰

O agente do prejuízo quer o resultado danoso ou assume o risco de que ele ocorra, ou, ainda, atua com imprudência, negligência ou imperícia. Ocorreria, no primeiro caso, dolo e no segundo caso, culpa.

A conduta do agente responsável pelo dano estaria sempre viciada pela culpa. Está, assim, esse agente obrigado a ressarcir o prejuízo quando seus atos ou fatos sejam lesivos a direito ou interesse alheio, desde que possa ser considerado culposo o seu modo de agir.

A teoria subjetiva fundamenta a responsabilidade na culpa que, uma vez provada, ou em certos casos presumida, dá ensejo a uma indenização.

⁴⁸ Artigos 24 e 31 do Código de Ética Médica: Código de Processo Ético Profissional, Conselhos de Medicina, Direitos dos Pacientes. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2009.

⁴⁹ Ibid. art. 32

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Por esse motivo, a princípio, a responsabilidade civil surgirá da comprovação de culpa, incidindo em todos aqueles que, de um ou outro modo, estejam ligados ao prejuízo causado.

Sobre isso, acentua Caio Mário da Silva Pereira⁵¹:

No desenvolvimento da noção genérica de responsabilidade civil, em todos os tempos, sobressai o dever de reparar o dano causado. Vige, ao propósito, pacificidade exemplar. Onde surge a divergência, originando as correntes que dividem os autores, é na fundamentação do dever ressarcitório, dando lugar à teoria da culpa ou responsabilidade subjetiva.

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características.

Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.

Ressalte-se ainda, que a culpa em um dado episódio danoso pode ser do lesante, do lesado, ou de ambos – lesante e lesado. Se houve uma parcela de culpa de cada um na ocorrência do prejuízo, pela teoria subjetiva aplicada ao caso, será atribuído proporcionalmente o ônus da recomposição, na medida exata da contribuição de cada um no resultado final danoso.⁵²

Mais recentemente, porém, surgiu entre os juristas uma insatisfação com a chamada teoria subjetiva, vista como insuficiente para cobrir todos os casos de reparação de danos, pois nem sempre o lesado consegue provar a culpa do agente, seja por desigualdade econômica, seja por cautela excessiva do juiz ao aferi-la, o que acaba prejudicando a vítima, que embora lesada, não consegue receber qualquer indenização.

O direito passou então a desenvolver teorias que preveem o ressarcimento do dano, em alguns casos, sem a necessidade de provar-se a culpa do agente que o causou.

Esta forma de responsabilidade civil é chamada de teoria objetiva da responsabilidade civil ou responsabilidade sem culpa.

A existência fática do dano, sem indagar a existência de culpa, como acontece na teoria subjetiva, é a característica da responsabilidade objetiva. Ou seja, não é necessária a

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁵² Ibid.

presença da culpa a estabelecer o nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo por ele causado.⁵³

O agente responsável por um ato lesivo, que colocar em risco algum bem jurídico de outrem, através desse ato, será, pois, considerado o elemento gerador de um dever de indenizar o dano que, porventura, causar ao lesado. Torna-se necessário, apenas, um nexo causal entre o ato do agente e o dano causado ao lesado.

O Código Civil, em seu parágrafo único do artigo 927, torna clara a responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco ao prever que existe 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”*.

Desta forma, o elemento importante para o surgimento do dever de indenizar é a ocorrência do fato e não a culpa. Sílvia Rodrigues assim define a responsabilidade objetiva:⁵⁴

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

A responsabilidade objetiva tem seu sustentáculo na teoria do risco. Segundo esta teoria, todo aquele que desempenha atividade que cria risco de dano para terceiros, deve reparar esse dano, mesmo que o agente não tenha atuado com culpa.⁵⁵

A obrigação de reparação é proveniente do risco do exercício que determinada atividade do agente causa a terceiros em função do proveito econômico auferido pelo agente.

E ainda, o fato de o agente se beneficiar de sua atividade gera a obrigação de suportar os danos que porventura outros sofram por sua atividade.

Portanto, a responsabilidade objetiva se caracteriza por ser independente da presença de culpa, no agir do que ocasionou a lesão.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ RODRIGUES, Sílvia. *Direito Civil*. 19ª ed. Volume IV. São Paulo: Saraiva, 2002. p.10

⁵⁵ Ibid. p. 12

8.1.2. Responsabilidade direta e indireta

A responsabilidade direta ocorre nos casos em que o ato que causa dano é realizado pelo agente, devendo este responder pela consequência de seu ato.

A ação ou omissão da pessoa imputada é que viola direito de outrem ou causa prejuízo, devendo ser provados o nexo de causalidade e o dano. Maria Helena Diniz afirma que a responsabilidade será direta *“se proveniente da própria pessoa imputada – o agente responderá, então, por ato próprio(...)”*.⁵⁶

Esta modalidade de responsabilidade também é chamada de simples ou por fato próprio, já que deriva de fato causado diretamente pelo agente que gerou o dano.

Já, a responsabilidade indireta ocorre quando o ato que provoca o dano deriva de terceiro

De acordo com Maria Helena Diniz, a responsabilidade indireta ou complexa *“se promana de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda.”*⁵⁷

Portanto, a responsabilidade indireta se dá por fato provocado por terceiro nos casos em que o causador do dano está sob ordens de outrem, e nos casos em que coisas estiverem sob a guarda de determinada pessoa e causem dano a alguém.

8.2. Pressupostos da responsabilidade civil

Toda obrigação de indenizar surge em virtude de determinados fatores, que são denominados pressupostos ou elementos de responsabilidade civil.

Contudo, existe divergência entre doutrinadores em relação aos pressupostos da responsabilidade civil.

Silvio de Salvo Venosa, por exemplo, enumera quatro pressupostos para que passe a existir o dever de indenizar, afirmando que: *“(...) os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexo causal, dano e finalmente, culpa.”*⁵⁸

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 120

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 120

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 13

Já, Maria Helena Diniz entende que são três os pressupostos: ação ou omissão, dano e a relação de causalidade.⁵⁹

Sílvia Rodrigues também apresenta quatro pressupostos da responsabilidade civil: a culpa do agente, ação ou omissão, relação de causalidade e dano.⁶⁰

O dolo também pode estar presente na responsabilidade civil. Ele existe quando há intenção de causar dano, o agente deseja o resultado e age na intenção de provocá-lo.

No entanto, como o objetivo é tratar da responsabilidade civil por erro médico o estudo aprofundado do dolo não se mostra relevante, já que, conforme será demonstrado no decorrer do trabalho, a responsabilidade médica deriva da imprudência, negligência ou imperícia.

Os pressupostos da responsabilidade civil médica também podem ser extraídos do artigo 951 do Código Civil sendo eles: conduta culposa, dano e nexo de causalidade entre ambos.

Logo, no presente trabalho, serão abordados os seguintes pressupostos: a conduta humana (ação ou omissão), a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre ambos.

8.2.1. Conduta humana

O primeiro requisito para apuração da responsabilidade civil do médico é a prática de uma conduta, seja por meio de uma ação ou de uma omissão.

A conduta humana comissiva ou omissiva é o ato da pessoa que causa dano ou prejuízo a outrem. A ação advém do ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Este ato gera a obrigação de reparação. A conduta humana pode ser no sentido da prática por parte do agente de ato que não deveria fazer, ou do fato de deixar de praticar ato que deveria ter feito.

Sílvia Rodrigues em relação a conduta humana afirma que:

A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32

⁶⁰ RODRIGUES, Sílvia. *Direito Civil*, Volume IV, 19ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

*estejam sob a guarda deste. A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo*⁶¹

Maria Helena Diniz, por sua vez, define conduta humana como sendo: o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.⁶²

Para responsabilização do médico, não basta, porém, a mera conduta; é necessário que a conduta seja revestida de certa reprovabilidade no ordenamento jurídico em relação ao comportamento do agente.

Sem a atuação ou omissão do médico, agindo ou deixando de agir como e quando deveria não se pode falar em responsabilização.

Em verdade, os fundamentos básicos da responsabilidade civil são a culpa e o risco, que serão analisados no tópico seguinte.

8.2.2. Culpa e risco

De acordo com a teoria subjetiva, a responsabilidade depende sempre da culpa, *lato sensu*, nesta compreendidas o dolo (se o agente tinha intenção de praticar o ato danoso) e a culpa *stricto sensu* (se ele agiu com negligência, imprudência ou imperícia).

Já, pela teoria objetiva despreza-se a intenção do agente, pois todo aquele que obtém vantagens pelos riscos criados gera dano para terceiros, devendo repará-lo, mesmo que o agente não tenha atuado com culpa. Note-se que essa obrigação é fixada por lei ou inerente a atividade de risco desenvolvida.⁶³

O Código Civil de 2002 continua adotando, como regra, a teoria clássica da culpa, admitindo a responsabilidade objetiva, com fundamento no risco, somente em algumas hipóteses.

Todavia, estabelecer o conceito de culpa não é tarefa fácil.

De acordo com Aguiar Dias, a culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la,

⁶¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, Volume IV, 19ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

⁶² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37

⁶³ LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. v. 2, p. 533

com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.⁶⁴

Observa-se, contudo, que os julgadores tem sido rigorosos na aferição de culpa médica, não raro, inocentando os profissionais nos casos em que o paciente ou familiares não conseguem comprová-la.

Em síntese, quando restar comprovada a presença de um dos três elementos: negligência, imperícia ou imprudência, fica caracterizada a culpa do agente, surgindo o dever de reparação, pois mesmo sem intenção o agente causou dano.

8.2.3. Negligência

A negligência se dá quando o agente não toma os devidos cuidados, não acompanha a realização do ato com a devida atenção e diligência, agindo com desmazelo.

Segundo o Dicionário Houaiss, a negligência é a falta de cuidado; incúria; falta de apuro, de atenção, desleixo, desmazelo; falta de interesse, de motivação; indiferença; preguiça; inobservância e descuido na execução de ato.⁶⁵

A negligência médica, portanto, pode ser entendida como culpa por omissão que se exterioriza no momento em que o médico deixa de fazer o que deveria ter feito por motivação própria, seja por inércia, desleixo, inobservância ou descuido na execução do ato.

Os casos de negligência são numerosos na jurisprudência, posto que a distração é intrínseca à natureza humana. Decorrem desde o erro do médico desatento que não observa prontuários e realiza operação diferente da prevista, até o esquecimento de objetos, como pinças e tesouras, no corpo do paciente.

8.2.4. Imprudência

A imprudência é a conduta praticada sem os devidos cuidados e ocorre por precipitação, quando por falta de previdência, de atenção no cumprimento de determinado ato o agente causa dano ou lesão.⁶⁶ Na imprudência, estão ausentes prática ou conhecimentos necessários para realização de ato.

⁶⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V.I, p.136.

⁶⁵ Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001

⁶⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devem ser considerados em todos os atos. Em outras linhas, é uma “modalidade de culpa por ação, quando o médico faz o que não devia, seja por má avaliação dos riscos, por impulsividade, por falta de controle, por pressa e, até, por levandade”,⁶⁷ gerando um dano ao paciente.

Segundo José Renato Nalini, a imprudência pode estar na ausência ou omissão de cautelas, tanto no uso de aparelhagens, como no de medicamentos. O seu critério distintivo corresponde a “um efetivo atuar, uma forma comissiva de agir”.⁶⁸

Seria exemplo de imprudência o médico que ao realizar uma cirurgia apressadamente, acaba cortando uma artéria do paciente, provocando hemorragia, vindo posteriormente realizar transfusão sanguínea desnecessária, submetendo o paciente a riscos adicionais injustificáveis.⁶⁹

8.2.5. Imperícia

A imperícia ocorre quando aquele que acredita estar apto e possuir conhecimentos suficientes pratica ato para o qual não está preparado por falta de conhecimento, aptidão, capacidade e competência.

Imperícia, segundo o Houaiss, é a falta de habilidade ou experiência reputadas necessárias para a realização de certas atividades e cuja ausência, por parte do agente, o faz responsável pelos danos ou ilícitos penais advenientes.⁷⁰

Aguiar Dias exemplifica a imperícia no caso de médico que, ao examinar uma paciente, supondo-a desvirginada e grávida, provoca, com o dedo, o rompimento do hímem.⁷¹

A imperícia médica pode ocorrer também quando o médico se conduz de forma errada ou equivocada, seja por falta de experiência, por despreparo técnico ou por falta de conhecimento específico em determinada área. Seria o caso, por exemplo, de um ginecologista que sem preparo e estudo devido decide realizar cirurgia estética ou implante de silicone em sua paciente.

⁶⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico: à luz da jurisprudência comentada*. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2004

⁶⁸ NALINI, José Renato. A Responsabilidade penal do médico. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 268

⁶⁹ Cf. FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia*. 12 ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991, p. 979

⁷⁰ Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001

⁷¹ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª Edição. Rio de Janeiro. Renovar. 2006

Pode até ser que a cirurgia seja um sucesso e nada venha acontecer, mas do contrário, o médico poderá ser processado e punido por ter realizado intervenção cirúrgica sem o devido preparo, agindo de forma imperita.

Portanto, para a legítima avaliação da conduta do médico, quando agiu de forma imprudente, imperioso observar, além do seu nível técnico, se tinha ao seu alcance todas as informações necessárias para realizar o ato.

8.2.6. Dano

Além da culpa, para que haja o dever de indenizar é necessária a produção de um dano de qualquer natureza.

Sem o dano não há que se falar em responsabilidade civil, pois sem ele não há o que reparar. Maria Helena Diniz conceitua dano como a *“lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.”*⁷²

A Constituição Federal assegura no *caput* do artigo 5º e em seu inciso X o direito a reparação do dano, seja ele moral ou material:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O dano é o prejuízo resultante da lesão a um bem ou direito. É a perda ou redução do patrimônio material ou moral do lesado em decorrência da conduta do agente, gerando para o lesado o direito de ser ressarcido para que haja o retorno de sua situação ao estado em que se encontrava antes do dano ou para que seja compensado caso não exista possibilidade de reparação.

Sílvio de Salvo Venosa afirma que:

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-

⁷² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.112

*se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil. [...] Trata-se, em última análise, de interesse que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.*⁷³

Portanto, para que exista a responsabilidade civil deve se demonstrar, além da existência do dano injusto, sua certeza e efetividade. A certeza do dano deve existir para que ninguém seja responsabilizado por danos supostos e incertos.

O dano se classifica em patrimonial e extrapatrimonial. O dano patrimonial ou material é aquele que causa a destruição ou diminuição de um bem de valor econômico. O dano extrapatrimonial ou moral é aquele que causa lesão a um bem que não pode retornar ao estado anterior por não tem caráter simplesmente pecuniário, diz respeito a direitos da personalidade, como direito a vida, integridade moral, integridade física e integridade psíquica.⁷⁴

O dano patrimonial abrange as despesas médico-hospitalares adicionais, bem como a incapacidade temporária do trabalho, ambos suscetíveis de uma estimativa pecuniária. Abarca não só o dano emergente (o que o lesado efetivamente perdeu), mas também, os lucros cessantes (o que razoavelmente deixou de lucrar em razão do evento danoso).⁷⁵

O dano patrimonial pode, ainda, ser direto ou indireto. Dano patrimonial direto é aquele provocado diretamente pela ação ou omissão do agente, enquanto que o dano patrimonial indireto é o causado por ato não dirigido ao bem que sofreu a lesão.

Maria Helena Diniz define o dano patrimonial direto como o “*dano que causa imediatamente um prejuízo no patrimônio da vítima (...) o prejuízo que for consequência imediata da lesão (...)*” e segue conceituando dano patrimonial indireto como “*uma consequência possível do evento prejudicial a um interesse extrapatrimonial (...) o que resultar da conexão do fato lesivo com um acontecimento distinto.*”⁷⁶

⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 28

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 28

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.62-64

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 68/69

O dano moral, por sua vez, relaciona-se às angústias e aos sofrimentos decorrentes das lesões provocadas pela má atuação do médico, bem como às aflições resultantes das ofensas à dignidade e à honra das pessoas.⁷⁷ Atinge bens personalíssimos da vítima e a diminuição em seu patrimônio não pode ser vista, motivo pelo qual é de difícil mensuração, já que a indenização não será capaz de promover o retorno ao estado anterior, mas capaz apenas de compensar a vítima pelo dano sofrido e punir o agressor por sua conduta.

O dano moral, assim como o patrimonial, também se divide em direto e indireto. Na lição de Maria Helena Diniz, dano moral direto é a *“lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (...) ou nos atributos da pessoa.”* Enquanto que dano moral indireto é *“aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial.”*⁷⁸

Em outras palavras, o dano extrapatrimonial será direto quando a lesão atingir diretamente bem de ordem moral, como a vida, integridade física ou psicológica. O dano extrapatrimonial será indireto quando a vítima experimentar um dano material que a atinge não pelo valor pecuniário do bem, mas sim por seu valor sentimental superior a seu valor material. Nestes casos, a reparação tem o objetivo de diminuir o sofrimento psicológico e a consternação da vítima.

8.2.7. Nexo causal

O último requisito para configurar a responsabilidade, e talvez o mais difícil de ser analisado, é o nexo causal entre a conduta do agente e o dano.

O nexo causal ou a relação de causalidade é um dos pressupostos fundamentais para a configuração da responsabilidade civil e do dever de indenizar.

Ocorre que o liame entre a conduta do médico e o resultado tem, por vezes, a interferência de fatores alheios que incidem no resultado.

Se o dano sofrido não for ocasionado por ato do agente, inexistente a relação de causalidade. Sílvio de Salvo Venosa, ao definir nexo de causalidade, ensina que:

⁷⁷ SÁ, Fernando de Oliveira. *Clínica médico-legal da reparação do dano corporal em direito civil*. Coimbra, Portugal: APADAC, 1992, p. 34-35.

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86.

*O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.*⁷⁹

Na avaliação do resultado é necessário saber se o paciente detém um antecedente que possa contribuir para o dano ou se foi o médico que cometeu falta em não tê-lo levado devidamente em consideração por pura negligência.⁸⁰

O instituto da responsabilidade civil sempre leva em conta que o médico precisa agir conforme as normas e as técnicas devidas para se eximir de culpa, caso o fator superveniente ocorra, trazendo em seu bojo, um dano ao paciente.

Para João Monteiro de Castro, a particularidade da responsabilidade médica é que a vítima, por estar enferma, encontra-se ciente do curso normal dos procedimentos que lhe trariam dano.⁸¹ Essa justificativa corrobora para reduzir o nexo causal da conduta do médico, que usará perícia e profissionalismo para buscar um resultado positivo.

Por conseguinte, se entre o dano e a causa não for comprovada a conduta do agente não haverá que lhe imputar a responsabilidade ante a ausência do nexo causal.

Portanto, não basta apenas que a vítima sofra dano, é preciso que esta lesão passe a existir a partir do ato do agressor para que haja o dever de compensação. É necessária relação entre o ato e o dano de tal forma que o ato do agente seja considerado como causa do dano.

Contudo, e segundo revela a doutrina, o nexo causal constitui o aspecto mais delicado nos casos de responsabilidade médica e um dos mais difíceis de ser determinado.⁸²

A dificuldade de sua comprovação levou a jurisprudência francesa a admitir, em determinadas hipóteses, a chamada teoria da perda de uma chance.⁸³

⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol.4. 3ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 39

⁸⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico: à luz da jurisprudência comentada*. 2ª Edição. Curitiba. Juruá. 2004

⁸¹ CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Método, 2005

⁸² Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 76; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações*. Responsabilidade civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5, p. 218.

⁸³ Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99879. Acesso em 05 de julho de 2011.

A teoria da perda de uma chance enuncia que o autor do dano é responsabilizado quando priva alguém de obter uma vantagem ou impede a pessoa de evitar prejuízo. Seria o caso, por exemplo, do advogado que perde prazo para apresentar um recurso. Não se sabe se o recurso interposto poderia resolver o problema da parte recorrente, mas o fato do advogado não apresentar o recurso dentro do prazo elimina a chance de uma decisão favorável à parte. Nesse caso, há uma peculiaridade em relação às outras hipóteses de perdas e danos, pois não se trata de prejuízo direto à vítima, mas de uma probabilidade.⁸⁴

Por essa teoria, a indenização é fixada levando-se em consideração a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento médico.

Diante da impossibilidade de se avaliar se determinado dano é decorrente ou não de uma ação ou omissão médica, considera-se o prejuízo como a perda de uma possibilidade de cura ou de sobrevivência, estabelecendo-se uma indenização por tal perda.⁸⁵

Todavia, a maior dificuldade para a constatação do nexo de causalidade ocorre na hipótese em que várias causas podem ter contribuído, em tese, para o resultado.

Diversas teorias foram criadas para se definir a responsabilidade na hipótese de concausas sucessivas, sendo as principais: 1) teoria da equivalência das condições; 2) teoria da causalidade adequada; e 3) teoria do dano direto e imediato.⁸⁶

Pela primeira teoria, também chamada de “*conditio sinen qua non*”, toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada como causa e sua equivalência resulta do fato de que suprimida uma delas o dano não se verificaria.⁸⁷

Logo, se varias são as condições que concorrem para o mesmo resultado todas têm o mesmo valor e relevância, todas se equivalem.

A segunda teoria da causalidade adequada prevê que a conduta originária do dano será considerada a sua causa desde que tal resultado seja a sua consequência natural e não decorrência de circunstâncias especiais.⁸⁸

Por tal teoria considera-se como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo, neste sentido diz que a causa era adequada a produzir o efeito.

Por fim, a teoria do dano direto e imediato, também denominada de “teoria da causa próxima”, sustenta que só será responsável pelo dano o ultimo agente da cadeia causal, ou seja, o acontecimento mais próximo no tempo.⁸⁹

⁸⁴ Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99879. Acesso em 05 de julho de 2011.

⁸⁵ KFOURI NETO, M. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2010. p.62.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

Contudo, Paulo Nader adverte que a jurisprudência não oferece um critério uniforme, aplicável à generalidade dos casos.⁹⁰

Assim, é possível encontrar decisões antagônicas para casos tão semelhantes dependendo da teoria adotada pelo julgador em determinado caso.

⁸⁹ KFOURI NETO, M. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2010. p.62.

⁹⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 7, p.112

9. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Como visto a responsabilidade civil de modo geral apresenta a ideia de que quem causa um dano a outrem deve repará-lo, não se podendo perder de vista, portanto, os pressupostos da obrigação de indenizar: conduta, dano e nexo de causalidade previstos no artigo 927 do Código Civil.

No campo médico, pode-se dizer que a conduta humana consiste na lesão do direito à vida, à integridade física ou psíquica do paciente. E o dano pode ser material, moral ou estético.

A responsabilidade civil médica era prevista expressamente no Código Civil de 1916 em seu artigo 1545: *“Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou ferimento.”*

Já, o Código Civil de 2002 incluiu um dispositivo equivalente ao anterior que é o artigo 951:

O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da 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.

Além disso, o Código Civil de 2002 ao tratar da responsabilidade civil prevê no artigo 927, que:

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.

Assim, para imputar responsabilidade ao médico em termos de Direito Civil é crucial que o paciente tenha sofrido um dano e que esse dano seja decorrente da atuação do médico em determinado atendimento.

A atividade do médico, observada pelo aspecto jurídico, tem, portanto, aceção subjetiva, principalmente ao se tentar comprovar a culpa em caso de resultados negativos.

Por esta questão, inclusive considerando os fatores supervenientes, jamais se pode aplicar a teoria da responsabilidade objetiva ao apurar a atividade do médico,

independentemente do procedimento, eis que é impossível garantir resultado em face de infortúnios que acometem os pacientes.

A apuração da culpa, embasada na imprudência, negligência ou imperícia, demanda especial atenção, principalmente na esfera jurídica, haja vista que o magistrado não possui conhecimentos científicos para afirmar a presença desses institutos durante o ato médico, tendo que se valer de laudos técnicos como prova.

Ressalte-se que, mesmo com o avanço das técnicas que ajudam os peritos a emitirem laudos sobre o evento danoso, a imputabilidade da responsabilidade por dano precisará sempre apurar critérios subjetivos.

Essa cautela na apuração cinge-se na subjetividade do ato médico, que torna tênue o liame entre o ato médico e o resultado.

É necessário observar que, ao contratar com o paciente, o médico não se compromete a curá-lo, mas sim a exercer a sua atividade de acordo com a profissão médica, empregando os meios adequados para a obtenção da cura.

Exigir do médico a cura é querer superar a possibilidade do homem de vencer a morte. Por tudo isso, temos que a atividade médica é de meio e não de resultado.

A presteza com que a medicina evoluiu nos últimos anos leva à conclusão de que a responsabilidade médica deve ser restrita à sua atuação com prudência, diligência e perícia dentro do conhecimento que ora domina, levando em consideração os fatores supervenientes e alheios à sua vontade.

Nesse aspecto, a apuração da culpa deve observar critérios subjetivos pautados, inclusive, nas condições do profissional ao desempenhar a atividade, eis que, apesar de exercer ofício observando as técnicas profissionais ele está constantemente sob pressão da sociedade, que exige contraprestações em caso de erro, além de ser julgados pela expressão do povo.

Ainda sobre responsabilidade do médico, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Miguel Kfoury Neto diz: *"Caracterizada a atuação do médico como profissional liberal, somente a clara identificação de imperícia, imprudência ou negligência poderá acarretar a responsabilização do demandado"*.⁹¹

E nesse mesmo sentido é a opinião de Sérgio Cavalieri Filho:

... a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou

⁹¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7ª Edição. São Paulo: RT, 2010.

*cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico.*⁹²

Logo, o médico só será obrigado a reparar os danos sofridos pelo paciente se os tiver causado ao menos culposamente.

Além da culpa, é importante destacar que a responsabilidade civil do médico possui, em regra, natureza contratual.

Contudo, vale destacar a advertência feita por Tereza Ancona Lopes, que em casos excepcionais pode existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato, como, por exemplo, no caso do médico que atende alguém que está desmaiado ou ferido na rua.⁹³

Insta frisar, também, que a doutrina majoritária afirma que o médico, no exercício de sua profissão, contrai uma obrigação de meio, não de resultado e, sendo assim, é o paciente que tem que provar a culpa do médico.

Nesse sentido leciona Demogue: *O médico contrai uma obrigação de meios, não de resultado. Ele não é, portanto, responsável se seu paciente não obtém a cura. Ele promete somente um tratamento cuidadoso e é do cliente o dever de provar a culpa do médico.*⁹⁴

No Brasil há algumas poucas situações em que a obrigação do médico tem sido considerada de resultado, como, por exemplo, nos casos de realização de exames radiológicos, transfusão de sangue, cirurgia estética, ou ainda, quando o médico assume expressamente a garantia de cura.⁹⁵

Excetuando-se essas hipóteses, embora se considere a responsabilidade médica como contratual, a culpa do médico não é presumida em virtude da mera ausência do resultado esperado. Para que haja o ressarcimento, terá o paciente que provar a inexecução culposa da obrigação por parte do médico.⁹⁶

Contudo, é importante salientar que a responsabilidade civil médica evoluiu e sofreu expansões em diversos aspectos. Segundo Carlos Roberto Gonçalves “o surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por

⁹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007

⁹³ MAGALHAES, Tereza Ancona Lopes. *Responsabilidade Civil dos médicos*. In: CAHALI, Yussef Said (Corrd.). *Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 318.

⁹⁴ DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general: effets des obligations*. Paris, France: Librairie Arthur Rousseau, 1931. V. 2; Tome VI p. 184.

⁹⁵ MAGALHAES, Tereza Ancona Lopes. *Responsabilidade Civil dos médicos*. In: CAHALI, Yussef Said (Corrd.). *Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 320.

⁹⁶ Cf. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. V.I, p. 254

ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas.”⁹⁷

Com isso verifica-se que a responsabilidade civil médica, em muitos casos, tem deixado de ser embasada apenas na culpa, pois esta se mostrou incapaz de gerar a reparação de todos os danos relevantes.

De modo que a indenização passou a ter como base também o risco, possibilitando uma tutela jurídica mais ampla às pessoas lesadas e a admissão de que o desenvolvimento de atividade arriscada pode dar ensejo à responsabilidade civil.

Caio Mário da Silva Pereira também afirma que há forte tendência no alargamento do conceito de culpa e consequente ampliação do campo da responsabilidade civil, ou do efeito indenizatório.⁹⁸

A justificativa para a ampliação da responsabilidade civil médica assenta-se no argumento de que pela dificuldade probatória o paciente lesado fica desprovido de qualquer compensação e nesse aspecto surge a ferramenta da inversão do ônus da prova, competindo ao médico o dever de provar que o dano do paciente não foi causado por sua conduta.

9.1.As dificuldades probatórias

Todo e qualquer processo é julgado com base na prova produzida durante a instrução do feito. Essas provas podem ser testemunhais, depoimento das partes, perícia e, principalmente, a história clínica do paciente, quando se tratar de responsabilidade médica.

No tocante ao *onus* probatório, duas teorias processualistas se destacam:

Para a teoria tradicional da distribuição do ônus da prova, também conhecida como “estática”, vigora o princípio de que “aquele que alega deve provar os fatos alegados”, pois, caso contrário, terá que arcar com as consequências da sua omissão, face à imperatividade desse princípio.⁹⁹

Assim, e segundo o direito processual brasileiro, o autor da demanda tem o encargo de provar suas alegações, cabendo ao réu apresentar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (artigo 333, incisos I e II, CPC).

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. III, p. 560)

⁹⁹ MORAES, Felipe de Lavra Pinto. Disponível em: <http://bioetica.org/umsa/produccion/lavra.htm>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2011.

Deste modo, nos litígios em que o paciente busca indenização por erro médico, a ele cabe o ônus da prova.

Logo, o paciente deverá provar: a conduta culposa do médico em uma de suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia) ou o dolo; o dano alegado; e o nexo causal entre a conduta e o dano.

Contudo, embora legalmente reconhecida, a teoria estática, muitas vezes, engessa o processo, a sentença e, por consequência, a própria distribuição da justiça.

Diante disso, uma nova corrente doutrinária passa a afirmar que incumbe a quem possui melhores condições de provar o ônus de fazê-lo, independentemente de figurar no polo ativo ou passivo da demanda.

Segundo essa dinâmica teoria, não é mais possível se estabelecer a priori, antes mesmo do ingresso do processo, a quem caberá o encargo de provar, sendo mais justo e confiável deixar ao critério do magistrado a distribuição do ônus probatório, valorando as circunstâncias do caso concreto e podendo determinar ao profissional da saúde que agregue aos autos elementos de convicção, aptos a embasar um julgamento par e passo da realidade.¹⁰⁰

Surge então a possibilidade de inversão do ônus da prova, e o paciente poderá vir a desonerar-se do encargo probatório, passando para o médico a incumbência de provar a inexistência de sua responsabilidade.

Os meios de prova que poderão ser úteis na elucidação dos fatos envolvidos em uma demanda por erro médico incluem: o prontuário médico; os atestados médicos; os termos de consentimento; o contrato devidamente formalizado; os termos de responsabilidade; a prova pericial; a prova testemunhal; entre outros meios de prova.

Acrescente-se, que a inversão do ônus da prova já foi autorizada jurisprudencialmente com base na teoria dinâmica:

Agravo de Instrumento. Ação de indenização por danos morais e materiais. Falha na prestação de serviço MÉDICO. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE. Em se tratando de relação de consumo, a responsabilização dos profissionais liberais, na modalidade subjetiva, não impede a inversão do ônus da prova. O art. 14, § 4º, do CDC, não impede a aplicação do art. 6º, inciso VIII, do mesmo diploma legal. Ademais, também pela teoria da carga dinâmica da prova se impõe a transferência do referido ônus aos médicos demandados, uma vez que se trata da parte que detém condições, sobretudo técnicas, de apresentar os elementos necessários aos deslindes da controvérsia. Agravo de instrumento desprovido.

¹⁰⁰ MORAES, Felipe de Lavra Pinto. Disponível em: <http://bioetica.org/umsa/produccion/lavra.htm>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2011.

(Agravo de Instrumento Nº 70021963996, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 19/12/2007).

Embargos infringentes. Responsabilidade civil. Erro médico. Teoria da carga probatória dinâmica. Aplicabilidade diante do peculiar e escasso material probatório. 1. A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada. 2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não-culpa, isto é, não incumbe à vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional, mas a este, diante das peculiaridades casuísticas, a sua diligência profissional e o emprego da técnica aprovada pela literatura médica. Destarte, a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes. Incumbe, pois, ao médico especialista o ônus de reconstituir o procedimento adotado, para evidenciar que não deu causa ao ocorrido. 3. No caso dos autos, não se encontra justificativa razoável para uma fratura no braço culminar com a sua amputação, a não ser a culpa do médico que nada fez a respeito, a despeito dos sintomas indicativos da falta de melhora do autor ao longo da via crucis percorrida até descobrir, em Porto Alegre, que a dificuldade de circulação do sangue, devido à má colocação do gesso, conduziria à perda do membro. O resultado da omissão médica possui maior peso, constituindo-se, dentro desse quadro, em evidência suficiente para sua condenação, não se concebendo, sem explicação plausível, que uma fratura sem gravidade venha a causar a perda de um membro. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS. (Embargos Infringentes Nº 70017662487, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 31/08/2007).

Apelação cível. Ação de indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Erro médico. Morte decorrente de choque anafilático causado por uso de medicamento injetável a base de penicilina. Dever do medico de informar adequadamente o paciente. Direito do paciente a informação adequada. Pensão por morte. Indenização por danos morais. Juros e correção monetária. Constituição de capital. 1. O medico deve utilizar seu conhecimento, pericia, técnica e diligencia no desenrolar de sua atividade de atendimento ao paciente. 2. Falta de dever de informação e falha na prestação do serviço - houve falta de esclarecimento ao paciente e familiares no tocante as conseqüências que poderiam advir do remédio ministrado. Não poderia o médico e, em conseqüência o próprio estabelecimento, ministrar tratamento sem as devidas cautelas, isto e, cuidar para que o paciente permanecesse por mais tempo na clinica, para pronto atendimento, caso ocorressem reações adversas que, no caso, acabaram culminando na morte do paciente. 3. Incabível responsabilidade a farmácia, pelo fato de ter vendido um medicamento, a

vista da receita medica, pois ausente nexo de causalidade. 4. Pensão por morte devida - em relação a esposa, deve ser pelo tempo de sobrevivência da vítima, isto é, até que completasse 72 anos de idade, que é o tempo de vida média dos gaúchos, em relação aos filhos deve se prolongar até os 24 anos de idade. 4. Indenização por danos morais - devida a indenização pelo dano moral, segundo critério de prudência e bom senso, devendo ficar em 600 salários mínimos, valor que será convertido em reais na data do acórdão e desde então corrigido pelo igp-m, até o efetivo pagamento. 6. Correção monetária. As parcelas vencidas e vincendas devem ser corrigidas pelo igp-m, desde as datas em que eram devidas. As pensões futuras serão corrigidas anualmente pelo igpp-m, de modo a que seu poder de compra seja mantido. 7. Juros de mora. os juros de mora, tratando-se de ilícito decorrente de contrato, devem ser fixados a partir da citação e não da data do evento, pois inaplicável no caso a sumula 54 do STJ. 8. Constituição de capital. As demandadas devem constituir capital, nos termos do art.-602 do CPC, cuja renda garanta o cumprimento da pensão. 9. Apelação provida por maioria, vencida, em parte, a relatora, que provia em menor extensão. (Apelação Cível Nº 70002823276, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 15/08/2002).

No mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça proclamou:

Responsabilidade civil. Médico. Clínica. Culpa. Prova.

1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus.

2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente.

3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade.

4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula.

5. inexistência de ofensa a lei e divergência não demonstrada.

Recurso especial não conhecido. Acórdão Por unanimidade, não conhecer do recurso. (Resp. 69.309, Rel. Min, Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 18.06.1996).

E ainda, a 3ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso de Agravo - AI nº 2008.076899-3 – por votação unânime manteve decisão da Comarca de São Bento do Sul que inverteu o ônus da prova em processo que discutia erro médico e a necessidade do profissional indenizar paciente por danos morais e estéticos.

A inversão do ônus da prova teve por base o enquadramento dos serviços prestados pelo médico àqueles amparados por relações de consumo previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

9.2.Liquidação do dano médico

Apurado o dano no qual restou comprovada a culpa do médico para o evento, inicia-se a liquidação do dano, que consiste em determinar o valor a ser despendido pelo profissional em favor do paciente, observada a extensão daquele.¹⁰¹

Neri Tadeu Camara Souza aduz, que a sentença poderá ser executada se for líquida e certa. Caso contrário, há que se liquidá-la, tornando-a certa quanto à sua existência e determinada quanto aos reais valores da indenização devida pelo médico ao paciente.¹⁰²

A reparação dos danos enseja uma série de dificuldades que, na verdade, são as mesmas enfrentadas por todos aqueles que tentam ver ressarcida uma lesão a um direito não patrimonial.¹⁰³

Quanto aos danos emergentes, facilmente são os mesmos apurados com base nos comprovantes. Porém, as dificuldades para liquidar o dano se iniciam no momento da condenação por lucros cessantes, tornando-se mais difíceis no contexto da reparação pelo dano moral.

É o caso da apuração de quanto um vendedor ambulante deixou de ganhar enquanto esteve impossibilitado de laborar, em função de dano médico, vez que seu ofício não exige a emissão de nota fiscal, de recolhimento de tributos, de abertura de conta em banco ou de qualquer outro comprovante demonstrativo de seus ganhos.

É, também, o caso de se apurar o *quantum* indenizatório por dano moral aos pais que perderam um filho ou ao jovem atleta que teve sua carreira interrompida por erro médico.

Em se tratando de morte decorrente de erro médico, o Código Civil brasileiro aplica indenização, sem excluir outras reparações, consistente no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, de seu funeral e do luto da família, bem como na prestação de alimentos aos dependentes, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.¹⁰⁴

É de grande dificuldade o arbitramento do *quantum* reparatório pelo dano moral, especialmente em caso de morte, como bem salientou Miguel Kfoury Neto: “a reparação deve ter em vista mitigar a dor dos familiares, amenizar a abrupta frustração daquela expectativa risonha de se viver sempre ao lado dos entes queridos, atenuar a sensação de vazio e desesperança.”¹⁰⁵

¹⁰¹ Código Civil Brasileiro. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano

¹⁰² SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. Campinas: LZN, 2006

¹⁰³ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 2ª Edição. São Paulo: RT, 1999

¹⁰⁴ Código Civil Brasileiro. Artigo 948, incisos I e II

¹⁰⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 6ª Edição. São Paulo. RT. 2007

No caso de ferimento ou outra lesão à saúde, o culpado indenizará o ofendido cobrindo as despesas de tratamento e lucros cessantes, até o fim da convalescença - art. 949 do Código Civil, atualizado monetariamente Súmula 562, STF.¹⁰⁶

Se a conduta resultar defeito que impeça o ofendido de exercer o seu ofício ou profissão, ou diminua-lhe a capacidade de trabalho, a indenização, além dos gastos do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluir-se-á também a pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.¹⁰⁷

O critério que vem sendo utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como servir para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.¹⁰⁸

Por certo, conclui-se que a instrução processual, ao apurar a responsabilidade do médico, requer grande atenção, principalmente pelas peculiaridades de cada caso. Mas a liquidação do dano médico precisa, também, de atenção redobrada ao fixar o *quantum* indenizatório para que seja condizente com a conduta do médico.

9.3. Causas que eximem a responsabilidade civil do médico

Pode haver circunstâncias que impeçam ou reduzam a responsabilização do médico pelo dano sofrido pelo paciente. Incluem-se nessas situações as chamadas causas de exclusão de ilicitude, bem como, as demais hipóteses em que ocorre a isenção da obrigação ressarcitória.

As excludentes da responsabilidade civil são situações que eliminam o dever de reparação do dano por excluírem o nexo de causalidade, que é pressuposto da responsabilidade civil.

¹⁰⁶ Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido

¹⁰⁷ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Art. 950

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 913.131/BA. Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2008. DJe 06/10/2008

Dentre as causas excludentes da responsabilidade civil destacam-se a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou força maior.¹⁰⁹

A culpa exclusiva da vítima ocorre quando o dano decorre de ato da vítima. O fato de terceiro acontece quando o causador do dano se exonera do dever de repará-lo devido a causa alheia, pois nestas hipóteses o dano é causado por ação ou omissão de terceiro. O caso fortuito e a força maior ocorrem quando advém de evento de efeitos imprevisíveis ou inevitáveis.¹¹⁰

A apuração do comportamento do paciente é fundamental para isentar, total ou parcialmente, a responsabilidade do médico, rompendo o nexo de causalidade quando a culpa for toda atribuída exclusivamente à vítima/paciente.¹¹¹

Como exemplo de rompimento do nexo causal, verificam-se casos em que o paciente não segue as prescrições do médico, abandonando o tratamento. Logo, não é ponderável sancionar o médico por desinteresse, desleixo ou inércia do paciente, que acaba por desempenhar papel ativo nos danos que vem a sofrer.¹¹²

É também o caso do paciente em tratamento de câncer nos pulmões, provocado pelo uso de cigarro que, após sofrer intervenção cirúrgica para retirada de um pulmão, continua fumando. Neste caso, a atuação profissional e técnica do médico não pode ser colocada em dúvida ao avaliar o resultado que tal paciente possa ter.

João Monteiro de Castro põe em questão a culpa concorrente que se apresenta quando presentes a culpa do agente, o dano à vítima e o nexo de causalidade. Enfatiza-se que este último não se apresenta de forma absoluta, obrigando que a responsabilidade seja dividida entre o médico e o paciente.¹¹³

O caso fortuito e a força maior também exoneram o agente da responsabilidade pelos danos sofridos pela vítima.

No caso fortuito e na força maior não existe ação ou omissão culposa por parte do agente. Ocorre fato imprevisível, incapaz de ser evitado, não só pelo agente, mas por qualquer outro que estivesse em sua situação.

O Código Civil em seu artigo 393, assim define: “*O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior se expressamente não se houver por eles responsabilizado*”.

¹⁰⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 616.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Método, 2005

¹¹² Ibid., loc. cit.

¹¹³ CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Método, 2005

E continua, em seu parágrafo único: *“O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”*.

A força maior pode ser entendida como ocorrência fora da relação entre agente e vítima, que, mesmo identificada, não pode ser evitada pela ação do agente. O caso fortuito é intrínseco à ação humana e não é esperado, nem pode ser previsto; desta forma, não pode ser evitado. Sua ocorrência não depende da conduta do agente nem da vítima.

Maria Helena Diniz define caso fortuito e força maior:

*Na força maior, conhece-se a causa que dá origem ao evento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., fio que provoca incêndio; inundação que danifica produtos; (...) No caso fortuito o acidente que gera o dano advém de (...) causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos (...)*¹¹⁴

Portanto, sempre que a situação se revestir de inevitabilidade, irresistibilidade ou invencibilidade, se estará diante de causas excludentes da responsabilidade civil. No entanto, pode ocorrer ainda o caso fortuito ou a força maior e o agente contribuir culposamente para a gravidade da situação, devendo, neste caso, responder por sua culpa.

Pode o médico se eximir da responsabilidade, também, quando o dano for causado por terceiro, desde que não seja da equipe médica, *“já que o profissional é responsável por seus prepostos, tais quais enfermeiros, auxiliares e instrumentadores.”*¹¹⁵

Sílvia de Salvo Venosa afirma que *“temos que entender por terceiro, nessa premissa, alguém mais além da vítima e do causador do dano. Na relação negocial, é mais fácil a conceituação de terceiro, pois se trata de quem não participou do negócio jurídico.”*¹¹⁶

O terceiro é aquele que não tem qualquer ligação com o agente no caso da responsabilidade civil. Por este motivo, isenta o agente da reparação do dano, pois inexistente nexo causal entre o dano e a ação.

Além das hipóteses acima previstas encontramos ainda as causas legais de exclusão da responsabilidade.

A respeito, o Código Civil brasileiro em seu artigo 188, dispõe que:

Não constituem atos ilícitos:

¹¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 105

¹¹⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico: à luz da jurisprudência comentada*. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2004

¹¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 48

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Tais hipóteses são praticamente as mesmas constantes no artigo 23 do Código Penal, que estabelece que não há crime quanto o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito.

Pois bem, a primeira causa excludente prevista no Código Civil é a legítima defesa.

O conceito de legítima defesa está previsto no Código Penal, que dispõe em seu artigo 25: “*entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*”.

Em segundo lugar, o Código Civil apresenta o exercício regular do direito como causa excludente da ilicitude.

O exercício regular de um direito nada mais é do que a atuação de acordo com o ordenamento, nos limites do que a lei permite, para defender um direito legítimo.¹¹⁷

Em seguida, o Código Civil aponta como causa excludente o estado de necessidade, que consiste na ofensa ao direito alheio para remover perigo iminente, quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário e quando não exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo.¹¹⁸

Além disso, merecem destaque as chamadas “cláusulas de irresponsabilidade”, também apontadas pela doutrina como excludentes do dever de indenizar.

Rui Stoco explica que “a clausula ou convenção de irresponsabilidade consiste na estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se

¹¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 43.

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 172

civilmente perante outra afasta de acordo com esta, a aplicação da lei comum, ao seu caso”.¹¹⁹

Sergio Cavalieri Filho apenas adverte, que se deve saber distinguir a “cláusula de irresponsabilidade” da “cláusula de não indenizar”. A primeira exclui a responsabilidade; a segunda exclui a indenização.¹²⁰

A validade da cláusula de não indenizar decorre dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, ao passo que a cláusula de irresponsabilidade deriva da lei.¹²¹

Por fim, outro motivo que exime a culpa do médico é a infecção hospitalar, que será tratada em capítulo próprio, em face da problemática relativa à responsabilidade civil do hospital.

¹¹⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 123-124.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.389

¹²¹ Ibid. p. 391

10. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação médico/paciente não é matéria pacífica, pois ainda há forte divergência quanto a natureza jurídica desta relação.

No campo médico, em específico, verifica-se a resistência dos profissionais da medicina em reconhecer que a relação médico e paciente possa ser regulada pelo Código do Consumidor, pois muitos negam tratar-se de relação consumerista.

Inclusive o Novo Código de Ética Médica dispõe expressamente no Capítulo I, inciso XX que: “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”.

Contudo, não há pretensão de aprofundar o debate, mas tão somente analisar como o Código de Defesa do Consumidor trata a questão da responsabilidade médica.

E nesse aspecto a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, prevê, em seu art. 14, parágrafo 4º, a necessidade de verificação da culpa do médico para a apuração de sua responsabilidade, trazendo a seguinte redação: *"A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."*

Com isso, é possível afirmar que a responsabilidade do médico no Código de Defesa do Consumidor, assim como no Código Civil, é subjetiva.

Mas, caso este médico venha futuramente a se filiar a uma clínica ou hospital, terá esta responsabilidade baseada na culpa, ao passo que a clínica ou hospital responderá de forma objetiva, pois de acordo com o *caput* do artigo 14 da citada lei:

Art. 14. 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 e inadequadas sobre sua fruição ou risco.

Como já anteriormente relatado, a responsabilidade do médico tem como elemento essencial para a indenização do dano a presença do elemento culpa em uma de suas três modalidades: negligência, imprudência ou imperícia, segundo o art. 186 do Código Civil, ou ainda, a presença do dolo.

A relação jurídica médico-paciente, é classificada como contratual, porém, retirando-se as exceções apontadas pela doutrina da cirurgia estética e da anestesiologia, o médico assume obrigação de meio e não de resultado. Sendo assim, ao paciente cabe provar a

culpa ou dolo do profissional médico. Já nos casos de cirurgiões estéticos e anesthesiologistas, cabe ao médico o ônus probatório da ausência de sua responsabilidade.¹²²

Dentre os defensores da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre médicos e pacientes afirma Resener: *“Em que pese a excludente do parágrafo 4º do artigo 14, o médico, como prestador de serviços que é, está submetido ao disciplinamento do Código de Defesa do Consumidor e deverá observar os direitos básicos do consumidor.”*¹²³

Contudo, e como adverte a Professora Rachel Sztajn, o CDC deve ser aplicado de maneira parcimoniosa ao médico, porque este profissional não é empresário e porque a relação médico-paciente é personalíssima.¹²⁴

O contrato de prestação de serviços médicos é um contrato de consumo peculiar, de maneira que nem todas as disposições do Código de Defesa do Consumidor são diretamente aplicáveis.

10.1. O direito à informação e o dever de informar

O médico além de obedecer aos mandamentos éticos atinentes à sua profissão, deverá pautar sua conduta nos dispositivos do Código Civil (artigos 186, 927), além de observar os dispositivos do CDC naquilo que lhes forem aplicáveis, sob pena de responder civilmente não só por negligência, imprudência ou imperícia, mas também, nas hipóteses em que o seu atuar venha a ferir os direitos básicos do consumidor.

Dentre os deveres do médico podem ser elencados: o dever de prestar as informações adequadamente; não promover publicidade enganosa; não inserir no contrato médico cláusulas abusivas, ou ainda, uma cláusula de não indenizar; não exorbitar de sua posição na relação contratual; fornecer orçamento prévio, nas situações em que isto é possível.

Assim, na relação médico-paciente, o direito à informação, mais do que uma decorrência da boa-fé objetiva, apresenta-se como um desdobramento da autonomia e dignidade da pessoa humana, primado da ordem jurídica brasileira.

¹²² POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010 p. 10

¹²³ RESENER, Ana Maria Sendtko. *A responsabilidade civil no erro médico frente ao Código de Defesa do Consumidor*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau - FURB. Blumenau, 2003. p. 44.

¹²⁴ SZTAJN, Rachel. A responsabilidade civil do médico: visão bioética. Artigo publicado na *Revista de Direito Mercantil*, v. 36, n. 108, 1997, pp. 7 a 15.

Segundo Paulo Antônio de Carvalho Fortes:

*respeitar a autonomia é reconhecer que ao indivíduo cabe possuir certos pontos de vista e que é ele que deve deliberar e tomar ações seguindo seu próprio plano de vida e ação, embasado em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando diverjam daqueles dominantes na sociedade.*¹²⁵

Assim, o dever de informar do médico decorre do direito à autonomia do paciente. E como aponta Christoph Fabian, ao dever de informar corresponde a necessidade de o médico obter o consentimento do paciente para todo e qualquer procedimento médico, consentimento este que pressupõe o conhecimento real ou efetivo do paciente, sob pena de ineficácia.¹²⁶

O dito consentimento esclarecido é, portanto, manifestação da essência do princípio da autonomia. Citando novamente Paulo Antônio Carvalho Fortes, é:

*ato de decisão voluntária, realizado por uma pessoa competente, embasada em adequada informação e que seja capaz de deliberar tendo compreendido a informação revelada, aceitando ou recusando propostas de ação que lhe afetem ou poderão lhe afetar.*¹²⁷

Porém, não basta revelar ao paciente as informações, é preciso que o médico se assegure de que o doente compreendeu as explicações que lhe foram dadas. Daí, novamente, a necessidade de o profissional médico observar o padrão subjetivo de cada paciente, adaptando as informações às circunstâncias do caso e às condições do indivíduo que é atendido.

No direito do consumidor, o dever de informar é tido como decorrente do princípio da boa fé objetiva.¹²⁸

O princípio da boa fé-objetiva, na sistemática do Novo Código Civil, é cláusula geral que serve de parâmetro de validade a todos os contratos celebrados, não só nas relações de consumo, como também nas relações civis e comerciais.

Segundo Gustavo Ordoqui Castilla, a essência do dever de informar é proporcionar ao consumidor a verdade sobre os aspectos da contratação que são determinantes de seu consentimento e que contribuem para que esse consentimento seja mais refletido e

¹²⁵ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. *Reflexões sobre a bioética e o consentimento esclarecido*. Artigo publicado na Revista Bioética, v. 2, n. 2, 1999, pp. 129 a 135. p. 130.

¹²⁶ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

¹²⁷ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. *Reflexões sobre a bioética e o consentimento esclarecido*. Artigo publicado na Revista Bioética, v. 2, n. 2, 1999, pp. 129 a 135. p. 130.

¹²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. Artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, n. 37, jan/mar. 2001, pp. 59 a 76. P. 66.

consciente. Sua finalidade é proporcionar uma maior proteção do consentimento, de forma a que os contratantes atuem com maior conhecimento e liberdade. Sinteticamente, um consentimento devidamente informado é um consentimento consciente.¹²⁹

Isso adquire especial relevo na análise do direito à informação, pois enquanto que na relação de consumo propriamente dita o destinatário da informação é o consumidor "médio" ou "típico", consistente num tipo ideal, construído a partir do interesse coletivo de todos os destinatários, na relação médico-paciente o destinatário da informação é o paciente em concreto, um indivíduo dotado de características únicas e inserido num contexto social, familiar e pessoal absolutamente peculiar.

Assim, por exemplo, numa situação concreta o que deve o médico dizer ao paciente quando está diante de um diagnóstico ou prognóstico difícil?

Segundo Léo Pessini, esta é uma das questões éticas mais delicadas e difíceis que os profissionais da saúde e familiares enfrentam hoje. Num passado não muito distante, a mentalidade cultural defendia a crença de que quanto menos o paciente soubesse a respeito de seu estado de saúde, melhores seriam as chances de recuperação. Com o crescente despertar dos direitos dos pacientes, entre os quais o direito de saber a verdade, existe hoje a tendência para que se adote uma postura aberta, honesta e verdadeira para se revelar as reais condições de saúde do paciente.¹³⁰

Além disso, o Código de Ética Médica veda ao médico omitir o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, exceto quando a comunicação direta ao paciente puder provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao responsável legal.¹³¹

Portanto, hoje é possível afirmar que os médicos devem, sempre que o estado do paciente permitir, cumprir sua missão de informar.

¹²⁹ CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Deber de información en la Ley 17.189, de 20 de setiembre de 1999.

Artigo publicado na *Revista de Direito do Consumidor*, v. 9, n. 34, 2000, pp. 55 e 75.

¹³⁰ PESSINI, Léo. O Direito de Saber. In *Revista Essencial*. São Paulo: Ypê Editora e Publicidade Ltda. Ano 4, n. 21, p. 24

¹³¹ Conf. Artigo 34 do *Código de Ética Médica*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2009.

11. A RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO

Sabe-se que a responsabilidade do médico para ser caracterizada deve preencher quatro requisitos: conduta humana, resultado naturalístico, nexo causal entre a conduta e o resultado e a tipicidade. Contudo, a responsabilidade penal distingue-se da responsabilidade civil a depender da norma violada e da pessoa lesada.

Caracteriza-se a responsabilidade penal quando a pessoa infringe uma norma de direito público, caso em que o infrator poderá responder com a privação de sua liberdade.

Já, na responsabilidade civil o interesse diretamente lesado é privado, patrimonial. O patrimônio do devedor é quem responde por suas obrigações. O interesse é da vítima; se permanecer inerte ou resignar a seu direito não haverá qualquer consequência para o causador do dano.

Na responsabilidade penal o lesante deverá suportar a respectiva repressão, isto é, o dever de reparar o dano recairá sobre a sua própria pessoa, ao passo que na responsabilidade civil, aquele ficará com a obrigação de recompor a posição do lesado, indenizando-lhe os danos causados, restaurando-lhe o direito ora violado por sua conduta ilícita.

É possível, entretanto, que o ato ilícito repercuta tanto na ordem civil como na penal, em virtude de sua gravidade e consequências. De um lado, porque ele infringe norma de direito público, constituindo crime ou contravenção, e, de outro, porque acarreta prejuízo a terceiro.

Torna-se, então, neste caso, necessária uma dupla reação do ordenamento jurídico, impondo a pena ao autor do ilícito e acolhendo o pedido de indenização formulado pelo lesado, como, por exemplo, em caso de homicídio, previsto no artigo 121 do CP, em que o agente causador da conduta lesante poderá ser condenado à pena de reclusão prevista no citado artigo; e na esfera cível poderá ser condenado a reparar o prejuízo causado aos familiares da vítima, pagando despesas com o seu funeral, o luto da família e prestando alimentos às pessoas a quem o falecido os devia, consoante preceitua o artigo 948 do CC.

Vale ressaltar ainda, que o artigo 948 do CC consagra o princípio da independência da responsabilidade civil em relação à penal, ao prever que “(...) a indenização consiste, sem excluir outras reparações(...)”

E mais, o artigo 935 do Código Civil dispõe que *a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou*

sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Assim sendo, enquanto o juiz criminal não tiver formado a sua convicção sobre tais questões, os processos correrão independentes e as duas responsabilidades poderão ser, de fato, independentemente investigadas, haja vista o fato de na esfera criminal ser julgado em seu aspecto social com a repressão ao delinquente através da aplicação da pena, enquanto que na esfera civil, ele é obrigado a reparar o dano levando-se em consideração o elemento subjetivo do mesmo e o nexo de causalidade entre a sua conduta, quer comissiva ou omissiva, e o resultado danoso, gerando dessa maneira o dever de indenizar a vítima ou seus dependentes, conforme o caso concreto.

Logo, a problemática que o tema envolve e as graves consequências do erro no agir do médico requer a compatibilização do direito médico com as normas de cunho penal.

A responsabilização penal, pelos efeitos severos que produz, requer cautela na sua aplicação e é importante que os profissionais do direito tenham um mínimo de conhecimento acerca do trabalho exercido pelo médico, pois nem todo ato médico possui nexo causal ao dano experimentado pelo paciente.

Há fatores externos que influem no tratamento da doença e recuperação do paciente e, embora o médico tenha o dever de aplicar todo o seu conhecimento e de se cercar de todos os cuidados para o sucesso do tratamento, poderá haver sequelas em decorrência de fatores imprevisíveis e particulares do indivíduo que nem sempre serão culpa do médico.

Mas, também poderá haver situações em que a negligência médica será fator determinante do dano ao paciente ou até mesmo o agir médico de forma precipitada e errônea agravará o quadro clínico, possível de ser configurada ação delituosa.

11.1. Delitos médicos

O médico, como qualquer ser humano, poderá cometer delitos denominados comuns, mas também está sujeito à prática de crimes próprios.

Dentre os crimes comuns, o médico está propício, devido à sua profissão, a cometer o crime de omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal, o delito de lesão corporal culposa, previsto no artigo 129 § 6º, e, ainda, o delito de homicídio culposo previsto no artigo 121, § 3º do mesmo diploma legal.

Com relação aos crimes próprios, os médicos estão sujeitos à prática do crime de omissão de notificação de doença (CP, art. 269), do delito de falsidade de atestado médico (art. 302, CP), de violação de segredo profissional (CP, art. 154) e o de infração de medida sanitária preventiva (CP, art. 268).

Mas, não é só o Código Penal que prevê delitos imputáveis aos médicos. Além do Código Penal, existem outras leis aplicáveis ao profissional da saúde.

A título de exemplo, podemos citar a Lei de Transplantes de Órgãos, Lei 9.434/97, e a Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/05.

É importante ressaltar que a conduta do médico, dependendo da situação concreta, poderá ser considerada dolosa ou culposa. Dolosa, quando o médico quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo; culposa, quando o ele dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (CP, art. 18).

Quanto ao dolo, sabe-se que ele poderá ser classificado em direto ou indireto. No dolo direto o agente visa a certo e determinado resultado, no dolo indireto isso não ocorre.

O dolo indireto possui duas formas: alternativo e eventual. O dolo alternativo ocorre quando a vontade do agente se dirige a um ou outro resultado, como matar ou ferir. Ao passo que no dolo eventual o sujeito assume o risco de produzir o resultado, embora não o deseje.¹³²

Dentre os crimes praticados pelo médico, destaca-se, como já salientado, o de homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal.

Contudo, é estranho pensar que o profissional que jurou exercer seu ofício visando a preservação da vida do paciente aja de modo a conduzi-lo ao óbito. Nesses casos, o mais comum é o médico agir com negligência e, por isso, responder pelo homicídio culposos.

Ademais, a jurisprudência tem considerado que a negligência no atendimento do paciente, provocando sua morte, gera a responsabilização penal do médico:

HOMICÍDIO CULPOSO – ERRO MÉDICO – CRIME CARACTERIZADO – NEGLIGÊNCIA COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – Comprovando que o apelante agiu de forma culposa, sendo negligente no atendimento da vítima, deixando de agir com o cuidado necessário ao efetivar seu atendimento médico, a sua condenação por homicídio culposos deve ser mantida. (TJMG – Acr 1.0151.02.000609-5/001 – 2ª C. Crim. – Rel. Hyarco Immesi – J. 17.03.2009).

¹³² LIGIERA, Wilson Ricardo. *Responsabilidade médica diante da recusa de transfusão de sangue*. São Paulo: Nelpa, 2009. p. 105

Sendo o homicídio praticado culposamente, o Código Penal prevê a pena de um a três anos de detenção (CP, art. 121, § 3º). Contudo, poderá ser aumentada de um terço se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

Outro crime de grande interesse nos casos de responsabilidade médica é o delito de aborto, previsto nos artigos 125 e 126 do Código Penal. Se o médico praticar o crime de aborto sem o consentimento da gestante estará sujeito à pena de reclusão de três a dez anos. Se por outro lado, praticar o aborto com o consentimento da gestante a pena será de um a quatro anos de reclusão.

Com relação ao delito de lesão corporal, o médico poderá ser processado se deixar de observar as regras técnicas da profissão e ofender a integridade corporal ou a saúde do paciente. Nesse sentido:

LESÃO CORPORAL – Grave – Erro médico – Inobservância de regra técnica de profissão – Hipótese de culpa stricto sensu e não dolo eventual – Responsabilidade caracterizada. (TJSP – Acr 103.349-3 – Campinas – Rel. Des. Bento Mascarenhas – J. 30/09/1991).

O delito de omissão de socorro está previsto no artigo 135, *caput*, do Código Penal e se caracteriza pelo fato de se deixar de prestar assistência à criança abandonada, ou a pessoa inválida ou ferida ou em grave e iminente perigo.

É certo que qualquer pessoa, e não somente o médico, está sujeita a prática do delito de omissão de socorro. Contudo, o dever específico da assistência já exige dos profissionais da saúde vinculação jurídica especial.

A omissão de socorro corresponde a um deixar de agir, com a demonstração de descaso ou indiferença. Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência:

OMISSÃO DE SOCORRO – Médico que nega internação à vítima com operação infeccionada – ausência de cuidados básicos – Ocorrência – Caracterização. Caracteriza o crime de omissão de socorro a conduta do médico que impassível e indiferentemente, deixa por horas vítima com operação infeccionada dentro de ambulância, negando-lhe internação, e nem mesmo ministrando a ela sedativo para minimizar seu sofrimento, desrespeitando o agente seu dever profissional. (TACrSP, Rel. Juiz Silva Rico, RJDTACrim 9/123).

Há ainda outras condutas passíveis de serem consideradas delitos de omissão de socorro, como por exemplo: recusa de assistência a doente grave, sob pretexto de falta de

pagamento de honorários ou da inexistência de convênio; falta de vaga, mesmo que verdadeira; depósito prévio para tratar de pessoa ferida sem recursos; entre outros.¹³³

Ressalte-se que o delito de omissão de socorro só é punido a título de dolo, direto ou eventual. Assim, para a caracterização do crime, o agente deve ter a intenção de omitir a assistência, ou ser indiferente à necessidade de socorro do paciente.

Ocorre que na prática jurídica, muito embora os delitos médicos e aqueles comuns que podem ser cometidos por médicos estejam tipificados na lei, verifica-se que o juiz criminal ao deparar-se com um caso em que deverá julgar a responsabilidade penal de um médico, encontrará diversos obstáculos para chegar à certeza quanto a imputação do delito ao acusado.

Isto porque a medicina não é uma ciência exata de modo que nem todo resultado desfavorável de um tratamento médico deve ser imputado ao profissional que a exerce. Além do que, o juiz criminal somente poderá condenar em face da absoluta certeza da responsabilidade criminal, sendo que se restar qualquer dúvida deverá aplicar o consagrado princípio *in dubio pro reo*.

Ressalte-se ainda que o sistema jurídico-penal fechado, próprio do positivismo jurídico e do finalismo, impede que o Direito Penal seja eficaz e legítimo no contexto da sociedade complexa e em específico no atual contexto do exercício da Medicina.

Na medida em que a sociedade avança, aumenta a necessidade de segurança e de bem-estar. A sociedade de hoje é marcada pela complexidade e pelo sentimento de insegurança. Assim, a Medicina tem sido influenciada sobremaneira, nos últimos anos, pelas transformações sociais relacionadas à preocupação social com o futuro.

De modo que o Direito Penal atual teria uma função simbólica de tranquilizar a sociedade, oferecendo a aparência de solução com o recrudescimento penal.¹³⁴

Há ainda a questão da influencia da mídia sensacionalista que enfatiza casos isolados de negligência e de erro médico, fazendo com que os pacientes sintam grande insegurança em relação aos serviços prestados pelos profissionais da medicina.

Esse sentimento de insegurança, influenciado pela mídia, tem incrementado o risco da Medicina, alterando a relação médico-paciente, bem como a intervenção do Estado

¹³³ LIGIERA, Wilson Ricardo. *Responsabilidade médica diante da recusa de transfusão de sangue*. São Paulo: Nelpa, 2009. p. 124.

¹³⁴ QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos*. In: Poder Judicial, nº 48, 1997. p. 296

nessa relação, e determinando que seja observado este fenômeno no campo jurídico da responsabilidade do profissional da Medicina.¹³⁵

Nem mesmo os juristas brasileiros estão isentos desse sentimento e poucos são os estudos voltados ao tema da responsabilidade penal do médico frente a esta realidade, de forma que as soluções jurídicas apontadas para as questões envolvendo o erro médico, frequentemente, estão calcadas em concepções apriorísticas, frutos do neokantismo que ainda inspira os aplicadores do Direito no Brasil.

Logo, o tema da responsabilidade penal do médico merece ser estudado e analisado pelos juristas, em especial sob o prisma do sistema jurídico penal como um todo, além do que, esse estudo não pode ser realizado sem que se faça um aprofundamento a respeito dos direitos humanos que se relacionam mais estritamente com o tema, tais como a dignidade humana e os direitos individuais à vida, à liberdade e o direito social à saúde.

Nesse aspecto é importante destacar que a responsabilidade penal do médico não pode se restringir a mera interpretação de dispositivos legais, tal qual propugnava o tecnicismo, mas a uma adequação do sistema jurídico-penal ao contexto social, com vistas à sua legitimação, além de constatar a relação que deve existir entre o Estado Democrático de Direito, o Direito Penal e a responsabilidade penal do médico sob a perspectiva da sociedade do risco.

11.2. A responsabilidade penal do médico e o estado democrático de direito

A evolução da tecnologia e da ciência determinou uma mudança nos conflitos da sociedade atual, de modo que as pessoas passaram a se preocupar com a produção de riscos por suas atividades.

Verifica-se com isso a crescente preocupação do ser humano com a possibilidade de, a qualquer momento, estar sujeito a um risco, seja um acidente nuclear, seja uma catástrofe ambiental ou até mesmo com relação aos alimentos que come ou aos medicamentos que ingere. São os riscos da modernização.

Essa preocupação da sociedade em relação aos possíveis riscos fez surgir o desejo na modernidade de se alcançar a segurança, por conta da incerteza, voltando o foco para o futuro, numa perspectiva preventiva e defensiva.

¹³⁵ DEL VALLE, Carlos Pérez. *Sociedad de riesgos y reforma penal*. In: Poder Judicial, nº 43-44, 1996 (II) p. 69.

Nesse sentido, afirma Blanca Mendoza Buergo que a sociedade do risco passa a ser pautada pelo princípio da precaução.¹³⁶

Com isso, os agentes políticos passam a adotar medidas para iludir a população de que estarão mais seguras com o recrudescimento do Direito Penal, extremamente repressor, mas de pouca eficácia e legitimidade, denominado Direito Penal simbólico, que se caracteriza, pela criação de novos tipos penais abertos, crimes de perigo abstrato, pelo aumento das penas cominadas e pelo desrespeito às garantias processuais penais, ou seja, um sistema de Direito Penal fechado e amarrado aos modos antigos de pensar.

Contudo, a utilização por parte do Estado Democrático de Direito dos expedientes do denominado Direito Penal simbólico revela-se contraditório em relação à proteção dos direitos humanos.

Isto porque o respeito à dignidade humana e o pluralismo político, pressupostos da defesa dos direitos humanos, impõem um sistema de Direito Penal aberto e argumentativo e que se pautar pelos princípios, em específico o da *ultima ratio*, pelo qual o Direito Penal só deve agir quando os demais ramos do Direito não forem capazes de solucionar a questão.

No âmbito da Medicina, por conta dos riscos inerentes, e influenciada pela mídia sensacionalista vem crescendo a pressão para a criação de novos tipos penais. Contudo, nessa relação entre o Direito Penal e a Medicina deve-se levar em consideração a crise que o sistema Penal sofrerá se ficar preso às categorias do Direito Penal clássico.

Bens jurídicos como a vida, a integridade física e moral, intimidade e saúde não podem ser vistos como conceitos fechados e devem sempre ser analisados à luz dos fundamentos do respeito à dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, sobre os quais se estabelece o Estado Democrático de Direito.

Para melhor ilustrar tal assertiva, cita-se alguns casos emblemáticos recorrentes na Medicina tais como a manipulação genética em seres humanos, o descarte de embriões, as intervenções médicas pré e perinatais, o transplante de órgãos, a relação da intervenção médica com relação aos aparelhos que prolongam automaticamente a vida do paciente, etc.

Assim, na seleção e diagnóstico para implantação de embriões surge o dilema se tal seleção fere ou não o direito à vida, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição brasileira, como integrante do rol de garantias e direitos fundamentais do homem. Poder-se-ia pensar aprioristicamente que o embrião tem sim o direito à vida e que ele não pode ser descartado.

¹³⁶ BUERGO, Blanca Mendoza. *Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo*. In: La seguridad en la sociedad del riesgo. Barcelona: Atelier, 2003. p. 75

Contudo, se esse embrião padecer de alguma anomalia a sua implantação no útero materno não garante que após o nascimento teria uma vida digna.

Outro exemplo relacionado ao direito à vida nos traz José de Oliveira Ascensão ao citar os casos de doentes terminais, onde a aplicação do Direito Penal tal como é hoje, um sistema fechado, pode representar uma injustiça em relação ao médico.

Isto porque a cessação de tratamento do doente terminal, seguida de morte, pode caracterizar o crime de homicídio, visto que de acordo com o artigo 13 do Código Penal a omissão é equiparada à ação sem a qual o evento não teria ocorrido. De forma que tendo o dever de atuar, se o médico se omite e cessa o tratamento, poderia, em tese, responder pelo delito de homicídio.¹³⁷

Contudo, e de acordo com a *leges artis* o médico não tem o dever de curar e nem de retardar a morte, provocando o prolongamento da agonia, fora de toda a esperança. O dever do médico é de evitar a morte, se possível, mas, de evitar o procedimento fútil ou a obstinação terapêutica.

Nesse sentido, Albin Eser realizou um estudo sobre os limites do dever do tratamento médico, analisando em quais situações o médico poderia deixar de realizar um tratamento que mantém a vida do paciente.¹³⁸

Assim, a manutenção da vida puramente quantitativo-biológica deve ceder frente a uma situação de qualidade de vida, pois mesmo os nobres princípios de manutenção da vida podem se converter em situação desumana quando se tenta manter vivo um moribundo que padece de sofrimentos insuportáveis.¹³⁹

Dessa forma, e aplicando o princípio da dignidade humana e os postulados dos direitos humanos, naqueles casos em que fica comprovado o coma irreversível a interrupção do tratamento restaria legitimada.

Contudo, no Brasil não é essa a situação que vem ocorrendo, pelo contrário, tem se verificado que atualmente, parte-se do reconhecimento de que a Medicina, mais do que uma ciência natural aplicada, tem como fim manter no homem as condições físicas e psíquicas e que o médico tem o dever de curar e aliviar as dores, e ao mesmo tempo a tarefa de prolongar e conservar a vida.¹⁴⁰

¹³⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A terminalidade da vida. Bioética e Responsabilidade*. Org. Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Moller. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 432.

¹³⁸ ESER, Albin. *Nuevos horizontes em la Ciencia Penal*. Buenos Aires: Belgrano, 1999, p. 77 a 98.

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial*, vol. 2, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28.

¹⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial*, vol. 2, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 92

No âmbito prático essa tarefa mostra-se árdua e de difícil solução, pois é comum a ocorrência de situações em que diversos enfermos necessitam simultaneamente da mesma atenção e o pessoal da equipe médica é insuficiente para o tratamento de todos.

Nesses casos, compete ao médico a seleção na prioridade do atendimento, podendo utilizar, por exemplo, o critério da ordem cronológica com relação ao tratamento, dando preferência no atendimento do paciente que primeiro chegou ao hospital.

Mas, referido critério pode se revelar injusto se o paciente que chegou em primeiro lugar não tiver a mesma expectativa de cura do segundo paciente, o que poderá acarretar na morte dos dois, do primeiro porque já não havia mais o que ser feito e o segundo porque não recebeu o tratamento devido no tempo necessário.

Como se vê a prática médica é tão complexa que não é possível determinar regras de conduta de modo apriorístico, sob pena de um recrudescimento puro do Direito Penal extremamente arbitrário e repressor, mas de pouca eficácia e legitimidade, e, portanto, meramente simbólico.

Sendo assim, é necessária a utilização de um sistema de Direito Penal aberto e argumentativo e que se pautar pelos princípios da *ultima ratio*, fragmentariedade e proporcionalidade de modo que seja respeitada a missão primordial do Direito Penal que é a proteção dos direitos humanos, sem é claro deixar de se fazer a justiça punindo o responsável pelo ilícito.

12. A RESPONSABILIDADE ÉTICA DO MÉDICO.

Como visto ao provocar um dano ao paciente o médico estará sujeito a ser responsabilizado civil e criminalmente, mas também a responder perante seu órgão de classe, por infração aos preceitos éticos regulamentadores da profissão.

Assim, quando a ação do agente fere a lei penal, diz-se responsabilidade criminal, quando transgredir a lei civil, diz-se responsabilidade civil, quando há infração às normas definidas nos Códigos de Ética, diz-se responsabilidade ética e quando implicam em desobediências aos demais atos normativos dos Órgãos disciplinadores do exercício das profissões, diz-se responsabilidade disciplinar que, poderá ainda, ser de natureza técnico-administrativa.

Existe no ordenamento jurídico e ético-disciplinar, um conjunto normas que devem ser observados por aquelas que cuidam da saúde.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XIII prevê que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Desta forma, a lei maior consagrou o direito ao livre exercício de profissão como norma de eficácia contida, mas previu a possibilidade da edição de leis específicas visando às qualificações do exercício das profissões, isto é, a formação acadêmica e registro do título no Conselho de Supervisão Profissional respectivo.

Assim, os Órgãos de Fiscalização Profissional cumprem o encargo constitucional de fiscalizar o exercício das profissões, de conformidade com o art. 21, inciso XXIV e art. 22, inciso XVI, eles detêm inegável autoridade, na área ética, para executar a inspeção e estabelecer as condições necessárias ao exercício da profissão.

Como se observa cabe aos Conselhos Federais e Regionais suprir a lacuna de lei específica direcionada à regulamentação do exercício da medicina, mediante atos normativos internos, estabelecendo as regras técnicas, científicas e éticas necessárias ao exercício profissional.

A responsabilidade ética profissional encontra a sua lógica na deontologia. Sendo, portanto, esse sistema adotado pelo Código de ética fundamentado na responsabilidade deontológica, isto é, em um conjunto de deveres e obrigações.

A responsabilidade ética na verdade é subjacente às demais, uma vez que está sempre presente nas infrações penais e civis. Ou seja, não pode haver uma infração penal ou ressarcimento de um dano a vítima sem haver também a falta ética.

Hoje, parece haver uma maior consciência entre os profissionais da área da saúde que a lógica da ética deontológica sozinha não é mais suficiente para legitimar a prática científica. Há um chamado ao Direito para definir com segurança o que é lícito e o que é ilícito.

A responsabilidade profissional significa o encargo de assumir o *onus* decorrente da violação do dever ético de prudência e diligência na prestação da assistência à saúde. É ainda o conhecimento do que é justo e necessário, não só no sentido ético ou moral, mas também dentro de um sistema de obrigações e deveres, diante do que é lícito e devido eticamente.

A normatização da responsabilidade ético-disciplinar seguiu esse sistema de positivação deontológica nos Códigos de Ética das Profissões liberais, isto é, a inobservância das normas éticas pode também envolver aspectos legais pertinentes às ações imprudentes, negligentes ou imperitas. Dificilmente os profissionais que atuam na área da saúde serão penalizados se suas ações não envolverem algumas destas modalidades de culpa.

É desta relação, isto é, da violação dos mínimos preceitos ético-deontológicos que nasce a noção de responsabilidade ética. No plano ético responde pela transgressão dos preceitos estabelecidos no Código de Ética e no plano normativo legal pelo prejuízo causado ao cliente. Isto significa dizer que o dever ético de prudência e diligência na prestação da assistência à saúde poderá ter consequências também no âmbito normativo legal, independente ou não de absolvição do respectivo Órgão de Fiscalização Profissional.

Essa característica é observada em todos os Códigos de ética, a começar pela longa anunciação das vedações. A observância do dever de zelo e diligência é evidenciada em todos os preceitos éticos, iniciando pelo Código de Ética Médica.

As sanções pelas infrações éticas cometidas estão previstas na Lei 3.268/57 em seu artigo 17 a saber: "As penas disciplinares aplicáveis aos infratores da ética profissional são as seguintes: a) advertência confidencial, em aviso reservado; b) censura confidencial, em aviso reservado; c) censura pública em publicação oficial; d) suspensão do exercício profissional, até 30 dias; e) cassação do exercício profissional".

Nota-se que grande parte das denúncias relaciona-se à alegação de “erro médico”, termo genérico usado para descrever qualquer falha cometida pelo médico no exercício de sua profissão, seja em virtude de negligência, imprudência ou imperícia.

A propósito, o novo Código de Ética estabelece em seu artigo 1º ser vedado ao médico: “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

As condutas antiéticas que geram a responsabilidade do profissional estão tratadas especificamente no Capítulo III, do artigo 1º ao artigo 21 do Novo Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1931 de 17 de setembro de 2009) e merece destaque a o disposto no artigo 18 onde prevê ser vedado ao médico: “Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.”

12.1 O novo Código de Ética Médica

O Código de Ética Médica trata-se de uma Resolução do Conselho Federal de Medicina. É na verdade um ato normativo e não legislativo.

Contudo, havendo lacuna na lei, o Juiz de Direito poderá valer-se do Código de Ética Médica para formar seu juízo de valor e decidir casos que envolvam a prática médica.

Dai surge a relevância no estudo do tema, sendo primordial aos juristas a análise das normas de conteúdo médico para melhor aplicação do direito ao caso concreto.

Pois bem, a partir de 13 de abril de 2010 entrou em vigor a Resolução CFM nº 1.931/2009, mais conhecida como o novo Código de Ética Médica.

O novo Código de Ética Médica comporta, ao todo, 25 princípios fundamentais, elencou os deveres dos médicos, e ampliou os direitos dos pacientes.

O capítulo I do Código, composto por vinte e cinco incisos trata dos Princípios Fundamentais e inicia reconhecendo que a Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de qualquer natureza (inciso I) Destaca em seu inciso III que para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa. No inciso VII prevê que o médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quantidade de sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. E os incisos VIII a

XXV tratam de questões relativas à proibição de exercer a Medicina como comércio e às relações do médico com seus colegas e entidades de saúde.

O capítulo II, com dez incisos, identifica os principais direitos do médico; o capítulo III trata da responsabilidade profissional; o capítulo IV dos direitos humanos; o capítulo V da relação do médico com os pacientes e seus familiares; o capítulo VI da doação e transplante de órgãos e tecidos; o capítulo VII da relação entre médicos; o VIII da remuneração profissional; o capítulo IX do sigilo profissional; o capítulo X dos documentos médicos; o capítulo XI da auditoria e perícia médica; o capítulo XII do ensino e pesquisa médica; o capítulo XIII da publicidade médica e por fim o capítulo XIV traz as disposições gerais. O que se pode observar nos capítulos III em diante é que todos eles iniciam-se com a expressão “É vedado ao médico”, descrevendo, pois as condutas passíveis de responsabilização do profissional por infração ética.

Nota-se ainda que, de modo geral, não é o Código de Ética Médica que cria direitos para o paciente. Ele tão somente reconhece os direitos já consagrados no ordenamento jurídico, inclusive o Código ganhou dispositivos semelhantes aos de natureza jurídica, trazendo expressões que migraram do próprio Código Civil Brasileiro, do Código Penal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso.

Em geral, pode-se dizer que houve um enfoque nas questões de autonomia do paciente, com destaque sobre o direito a informação, avanços tecnológicos, uso de seres humanos e animais em pesquisa, cuidados paliativos (tratamento de pacientes com doenças em estado terminal ou incuráveis) e recomendações explícitas sobre os tratamentos de fertilização, questões estas levantadas e tratadas pela Bioética.

O Código evoca aos médicos para que não fiquem submissos à pressão de hospitais e clínicas, no sentido de atender um número maior de pacientes por dia, provavelmente, em razão da grande demanda de atendimento dos planos de saúde e do próprio Sistema Único de Saúde – SUS e nesse sentido, prevê em seu Capítulo II, inciso IV o direito do médico em recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente.

Sobre o prontuário médico, o artigo 11 do Código além de dispor a necessidade de ser legível, proíbe a permissão de manuseio e conhecimento dos prontuários médicos por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional, quando da responsabilidade do médico.

Se o sigilo é um assunto que afeta a intimidade do paciente, a responsabilidade é uma questão que atinge diretamente a vida. A jurisprudência sobre o tema registra casos de médicos que, por negligência, imprudência ou imperícia, cometem erros graves no

exercício da profissão, como inverter o laudo radiográfico na mesa cirúrgica e operar o lado oposto do cérebro do doente ou fazer tratamento para um tumor quando se tratava de uma infecção por vermes. Isso, sem contar as agulhas esquecidas dentro do corpo do paciente.

De 2002 a 2008, por exemplo, a quantidade de processos envolvendo erro médico que chegaram ao STJ aumentou 200%.¹⁴¹

Além disso, o Conselho Federal de Medicina prevê, no artigo 39 do Código de Ética, que nenhum médico pode se opor a uma segunda opinião e que o paciente tem o direito de ser encaminhado a outro profissional como forma de assegurar o tratamento.

Com relação ao *onus* da prova nos processos judiciais por erro médico, como, no caso, é o médico que detém o conhecimento necessário sobre o ato médico realizado, tal pode ser invertido, de modo que o prejudicado possa apenas apresentar o resultado danoso. De acordo com o STJ, essa inversão não é automática e cabe ao juiz justificá-la. (Resp 437.425).

Por fim, as questões de má prática médica são encontradas no Capítulo III – Responsabilidade Profissional, e abordam algumas colocações inusitadas, que podem ajudar a clarear posicionamentos dos juízes em processos judiciais, por vezes, desprovidos de conceitos muito pré-definidos, quais sejam:¹⁴²

a) A personalidade do médico na sua atuação profissional, o que significa dizer que a responsabilidade civil do médico é pessoal, não podendo ser presumida. Portanto, não se opera a responsabilidade civil objetiva, embora haja uma tendência mundial caminhando para a objetividade da responsabilidade civil profissional.

b) A relação médico-paciente não é de consumo, ou seja, não deve ficar sujeita às regras do Código de Defesa do Consumidor. Assim, tratando-se de relação personalíssima não deve haver inversão do ônus da prova, pois, quando o juiz concede a inversão, ele acaba sinalizando que, no seu entender já há culpa presumida do médico.

c) As causas de excludente da culpa também ficaram mais claras, reconhecendo que podem existir fenômenos imprevisíveis e inevitáveis na medicina, afinal não se trata de uma ciência exata, sendo que no Direito Civil a imprevisibilidade está ligada ao caso fortuito e a inevitabilidade à força maior.

¹⁴¹ Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=98467. Acesso em 05 de julho de 2011.

¹⁴² PITELLA, Juliane. Novo Código de Ética Médica: principais alterações e reflexos. Disponível em: <http://www.advsauade.com.br/noticias.php?local=1&nid=3407>. Acesso em 06 de julho de 2011.

d) A culpa pode ser exclusiva do paciente, entendida naqueles casos em que este abandona o tratamento, acarretando-lhe danos à sua saúde, o que exclui, assim, a culpa do médico (o dano não decorreu da atividade médica e sim, de abandono do tratamento ou de outras situações anteriores à atuação médica).

A partir desse apanhado geral, inicia-se na sequência, a análise dos deveres e direitos do médico elencados no novo Código de Ética Médica.

12.1.1 Deveres e direitos do médico

O Capítulo III do Código de Ética Médica trata da responsabilidade profissional do médico.

O artigo 1º, por exemplo, dispõe que é vedado ao médico: *“causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.”*

Referido dispositivo constitui a base de quase todas as denúncias pela ocorrência do chamado “erro médico”.

Isto porque grande parte das infrações éticas decorre de alguma modalidade de culpa. Assim, por exemplo, o médico que delega a outros profissionais atos exclusivos da sua profissão (conduta prevista no artigo 2º do Código de Ética Médica) age com imprudência; o médico que deixa de atender em setores de urgência e emergência, quando for sua obrigação fazê-lo, colocando em risco a vida do paciente (art. 7º) está sendo negligente; e aquele que pratica atos médicos desnecessários (art. 14) pode estar agindo com imperícia.

Em resumo, o que o Código de Ética Médica trouxe de diferente no tocante aos deveres médicos está relacionado à genética e ao respeito à autonomia do paciente. E em seu artigo 14 determinou que o médico deve evitar exames e procedimentos desnecessários.

Porém, o mais importante é que o principal não mudou: o Código anterior já prescrevia obrigações e direitos aos médicos, contemplando respeito aos pacientes e compromisso com a saúde.

Os direitos dos médicos vêm dispostos no Capítulo II do Código de Ética Médica, merecendo destaque no âmbito de nossa pesquisa o seguinte dispositivo:

O inciso IV confere ao médico o direito de:

Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a

do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

Referida norma é uma garantia para que o médico não venha futuramente a ser responsabilizado por danos causados ao paciente. Uma vez constatado pelo médico a falta de condições mínimas de trabalho, poderá se recusar a exercer sua função naquela instituição, devendo, contudo, comunicar sua decisão à Comissão de Ética e ao Conselho.

Nesse ponto, vale uma observação no tocante aos Prontos Socorros de Atendimento. As precárias condições de trabalho: paciente na fila de espera aguardando vagas nos hospitais; médicos plantonistas que trabalham com numero reduzido de funcionários diante da quantidade excessiva de pacientes. Se todos os médicos resolvessem fazer valer seus direitos e se recusassem a exercer sua profissão em tais instituições, como ficaria a situação dos pacientes que ali se encontram?

Poderia o médico que recusar prestar o atendimento, diante da urgência do caso, responder pelo delito de omissão de socorro. Por outro lado, se ali permanecer e prestar o atendimento, estará possivelmente sujeito ao cometimento de algum erro, tendo em vista as precárias condições de trabalho.

Logo, identifica-se aqui a clara aplicação da teoria de Reason, que será adiante tratada, pois diante das inúmeras etapas no procedimento médico, fatalmente a deficiência do local do atendimento contribui grandemente para a ocorrência de um erro.

Aí a questão, se seria justo responsabilizar o médico pelo dano causado ao paciente nesses locais de atendimento?

Antes de uma falha humana, parece que nesses casos a grande culpa é mais da falta de investimentos, de aplicação de recursos financeiros nesses setores, do que propriamente do médico.

O médico que ali atende é, na verdade, a parte hipossuficiente da relação. De um lado, pressionado pelo poder público e pela sua consciência e moral a servir e atuar do melhor modo possível sem, contudo, ter as mínimas condições de trabalho necessárias; de outro, pressionado pelos pacientes que clamam por ajuda e sua imediata intervenção no alívio da dor. E se o pior acontecer será ele, o médico, o primeiro a ser apontado como o causador do dano.

12.1.2 Direitos do paciente no novo Código de Ética Médica

Como dito anteriormente, os direitos dos pacientes não são criados apenas pelo Código de Ética Médica, ao contrário, referido Código apenas reforça os direitos dos pacientes já conferidos pela legislação vigente.

O Código de Ética Médica, tanto o anterior como o novo, cria direitos para o paciente apenas de modo reflexo, à medida que estabelece proibições e impõe obrigações aos profissionais médicos.

Por exemplo, o art. 22 do Código de Ética Médica veda ao médico *“deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.”*

Nesse artigo, ao estabelecer vedação ao médico o Código garante ao paciente o direito ao esclarecimento sobre sua saúde e o procedimento a ser realizado.

Já, no artigo 23 extrai-se o direito do paciente em ser tratado com civilidade e consideração e ter respeitada a sua dignidade sem ser discriminado sob qualquer pretexto.

Também prevê o Código de Ética Médica, em seu artigo 26 o direito do paciente à sua liberdade de escolha, bem como sua integridade física e mental, além de ser devidamente comunicado e esclarecido sobre seus diagnósticos, prognósticos e tratamentos.

De modo geral, porém, não é o Código de Ética Médica que cria direitos para o paciente; tão somente, reconhece direitos já consagrados no ordenamento jurídico positivo e proclama aos médicos que constitui falta ética desrespeitá-los.

Há, contudo, uma cartilha divulgada pela Secretaria de Estado da Saúde do Governo do Estado de São Paulo que elenca os principais direitos que o paciente possui.¹⁴³ Diante de sua importância, o texto será integralmente reproduzido abaixo:

1.O paciente tem direito a atendimento humano, atencioso e respeitoso, por parte de todos os profissionais de saúde. Tem direito a um local digno e adequado para seu atendimento.

2.O paciente tem direito a ser identificado pelo nome e sobrenome. Não deve ser chamado pelo nome da doença ou do agravo à saúde, ou ainda de forma genérica ou quaisquer outras formas impróprias, desrespeitosas ou preconceituosas.

3.O paciente tem direito a receber do funcionário adequado, presente no local, auxílio imediato e oportuno para a melhoria de seu conforto e bem-estar.

¹⁴³ Disponível em: <http://www.aguaforte.com/oi/direitosdopaciente.html>. Acesso em: 08 jul. 2011.

4.O paciente tem direito a identificar o profissional por crachá preenchido com o nome completo, função e cargo.

5.O paciente tem direito a consultas marcadas, antecipadamente, de forma que o tempo de espera não ultrapasse a trinta (30) minutos.

6. O paciente tem direito de exigir que todo o material utilizado seja rigorosamente esterilizado, ou descartável e manipulado segundo normas de higiene e prevenção.

7.O paciente tem direito de receber explicações claras sobre o exame a que vai ser submetido e para qual finalidade irá ser coletado o material para exame de laboratório.

8.O paciente tem direito a informações claras, simples e compreensivas, adaptadas à sua condição cultural, sobre as ações diagnósticas e terapêuticas, o que pode decorrer delas, a duração do tratamento, a localização, a localização de sua patologia, se existe necessidade de anestesia, qual o instrumental a ser utilizado e quais regiões do corpo serão afetadas pelos procedimentos.

9.O paciente tem direito a ser esclarecido se o tratamento ou o diagnóstico é experimental ou faz parte de pesquisa, e se os benefícios a serem obtidos são proporcionais aos riscos e se existe probabilidade de alteração das condições de dor, sofrimento e desenvolvimento da sua patologia.

10.O paciente tem direito de consentir ou recusar a ser submetido à experimentação ou pesquisas. No caso de impossibilidade de expressar sua vontade, o consentimento deve ser dado por escrito por seus familiares ou responsáveis.

11.O paciente tem direito a consentir ou recusar procedimentos, diagnósticos ou terapêuticas a serem nele realizados. Deve consentir de forma livre, voluntária, esclarecida com adequada informação. Quando ocorrerem alterações significativas no estado de saúde inicial ou da causa pela qual o consentimento foi dado, este deverá ser renovado.

12.O paciente tem direito de revogar o consentimento anterior, a qualquer instante, por decisão livre, consciente e esclarecida, sem que lhe sejam imputadas sanções morais ou legais.

13.O paciente tem o direito de ter seu prontuário médico elaborado de forma legível e de consultá-lo a qualquer momento. Este prontuário deve conter o conjunto de documentos padronizados do histórico do paciente, princípio e evolução da doença, raciocínio clínico, exames, conduta terapêutica e demais relatórios e anotações clínicas.

14.O paciente tem direito a ter seu diagnóstico e tratamento por escrito, identificado com o nome do profissional de saúde e seu registro no respectivo Conselho Profissional, de forma clara e legível.

15.O paciente tem direito de receber medicamentos básicos, e também medicamentos e equipamentos de alto custo, que mantenham a vida e a saúde.

16.O paciente tem o direito de receber os medicamentos acompanhados de bula impressa de forma compreensível e clara e com data de fabricação e prazo de validade.

17.O paciente tem o direito de receber as receitas com o nome genérico do medicamento (Lei do Genérico) e não em código, datilografadas ou em letras de

forma, ou com caligrafia perfeitamente legível, e com assinatura e carimbo contendo o número do registro do respectivo Conselho Profissional.

18.O paciente tem direito de conhecer a procedência e verificar antes de receber sangue ou hemoderivados para a transfusão, se o mesmo contém carimbo nas bolsas de sangue atestando as sorologias efetuadas e sua validade.

19.O paciente tem direito, no caso de estar inconsciente, de ter anotado em seu prontuário, medicação, sangue ou hemoderivados, com dados sobre a origem, tipo e prazo de validade.

20.O paciente tem direito de saber com segurança e antecipadamente, através de testes ou exames, que não é diabético, portador de algum tipo de anemia, ou alérgico a determinados medicamentos (anestésicos, penicilina, sulfas, soro antitetânico, etc.) antes de lhe serem administrados.

21.O paciente tem direito à sua segurança e integridade física nos estabelecimentos de saúde, públicos ou privados.

22.O paciente tem direito de ter acesso às contas detalhadas referentes às despesas de seu tratamento, exames, medicação, internação e outros procedimentos médicos.

23.O paciente tem direito de não sofrer discriminação nos serviços de saúde por ser portador de qualquer tipo de patologia, principalmente no caso de ser portador de HIV / AIDS ou doenças infectocontagiosas.

24.O paciente tem direito de ser resguardado de seus segredos, através da manutenção do sigilo profissional, desde que não acarrete riscos a terceiros ou à saúde pública. Os segredos do paciente correspondem a tudo aquilo que, mesmo desconhecido pelo próprio cliente, possa o profissional de saúde ter acesso e compreender através das informações obtidas no histórico do paciente, exames laboratoriais e radiológicos.

25.O paciente tem direito a manter sua privacidade para satisfazer suas necessidades fisiológicas, inclusive alimentação adequada e higiênicas, quer quando atendido no leito, ou no ambiente onde está internado ou aguardando atendimento.

26. O paciente tem direito a acompanhante, se desejar, tanto nas consultas, como nas internações. As visitas de parentes e amigos devem ser disciplinadas em horários compatíveis, desde que não comprometam as atividades médico/sanitárias. Em caso de parto, a parturiente poderá solicitar a presença do pai.

27.O paciente tem direito de exigir que a maternidade, além dos profissionais comumente necessários, mantenha a presença de um neonatologista, por ocasião do parto.

28.O paciente tem direito de exigir que a maternidade realize o "teste do pézinho" para detectar a fenilcetonúria nos recém- nascidos.

29.O paciente tem direito à indenização pecuniária no caso de qualquer complicação em suas condições de saúde motivadas por imprudência, negligência ou imperícia dos profissionais de saúde.

30.O paciente tem direito à assistência adequada, mesmo em períodos festivos, feriados ou durante greves profissionais.

31.O paciente tem direito de receber ou recusar assistência moral, psicológica, social e religiosa.

32.O paciente tem direito a uma morte digna e serena, podendo optar ele próprio (desde que lúcido), a família ou responsável, por local ou acompanhamento e ainda se quer ou não o uso de tratamentos dolorosos e extraordinários para prolongar a vida.

33.O paciente tem direito à dignidade e respeito, mesmo após a morte. Os familiares ou responsáveis devem ser avisados imediatamente após o óbito.

34.O paciente tem o direito de não ter nenhum órgão retirado de seu corpo sem sua prévia aprovação.

35.O paciente tem direito a órgão jurídico de direito específico da saúde, sem ônus e de fácil acesso.

(Portaria do Ministério da Saúde nº1286 de 26/10/93- art.8º e nº74 de 04/05/94).¹⁴⁴

12.2. Os direitos dos pacientes nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988

O primeiro instrumento internacional que merece nossa atenção é a Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹⁴⁵

Dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 1º: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

Segundo explica Alfredo Jorge Kraut, a Declaração teve um considerável impacto na prática jurídica relativa aos direitos humanos em muitos países, impulsionando um movimento em órgãos internacionais, bem como em organizações governamentais e não governamentais, em defesa dos direitos humanos.¹⁴⁶

Inspirados em seus princípios, diversos pactos internacionais vieram reforçar a proteção a determinados direitos e liberdades.

A consagração das normas de direitos humanos encontra-se ligada aos efeitos devastadores produzidos pela Segunda Guerra Mundial, que deixaram o mundo perplexo diante dos horrores do genocídio. De fato, as pesquisas médicas sofreram influência das atrocidades do regime nazista. Não foi a toa, portanto, que os instrumentos de proteção ao ser humano passaram a demonstrar grande preocupação com os direitos humanos, principalmente no campo da pesquisa científica.

¹⁴⁴ Fonte: FÓRUM DE PATOLOGIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE.

¹⁴⁵ Adotada e proclamada pela Resolução nº 217ª (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dez. de 1948.

¹⁴⁶ KRAUT, Alfredo Jorge. *Los Derechos de los pacientes*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 1997. p. 42.

No Brasil, a Constituição da República, além de recepcionar muitos dos princípios oriundos dos instrumentos internacionais, também contém dispositivos que tratam dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, elencados, principalmente, ao longo do seu artigo 5º.

Especificamente sobre a saúde, o artigo 196 da Constituição dispõe: *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”*

O direito à vida está previsto no *caput* do artigo 5º. Segundo Alexandre de Moraes, cabe ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de ter vida digna quanto à subsistência.¹⁴⁷

Também tem o paciente direito à dignidade previsto no artigo 1º da Constituição Federal.

A dignidade constitui não apenas um direito, mas verdadeiro princípio que deve nortear a interpretação de toda a Carta Magna. Todos os demais direitos fundamentais, como a vida, a honra e a liberdade, devem ser interpretados segundo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Respeitar a dignidade do paciente é respeitar a sua honra, sua autoestima, seu pudor, seus sentimentos de amor próprio, suas crenças e seus valores.

A Constituição Federal também prevê em seu artigo 5º, inciso II, o direito à autonomia, ou autodeterminação assim descrito: *“ninguém será obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

Todo ser humano, conforme a Constituição, também tem assegurado o direito à liberdade, à integridade física e psíquica, à igualdade, à privacidade, à honra e à imagem.

Portanto, na relação médico-paciente, tais direitos devem ser observados e respeitados, pois a violação dos direitos fundamentais constitui ato ilícito, passível de indenização pelos danos morais causados ao paciente.

12.3 Os direitos do paciente no Código Civil

Corroborando os direitos constitucionalmente previstos, o Código Civil brasileiro dedicou um capítulo que trata dos direitos da personalidade.

¹⁴⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.79

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a liberdade, a integridade, a honra, a favor dos quais ela pode exigir um comportamento negativo dos outros.¹⁴⁸

Destinam-se os direitos da personalidade, por certo, a “resguardar a dignidade humana, mediante sanções, que devem ser suscitadas pelo lesado.”¹⁴⁹

É certo, ainda, que os direitos da personalidade se confundem, de certo modo, com os direitos fundamentais do ser humano. A diferença está no fato de que, enquanto a teoria dos direitos da personalidade pertence essencialmente ao direito privado, a teoria dos direitos fundamentais se preocupa, principalmente, com sua tutela pública, sob o amparo do direito político, consubstanciados nas declarações de direitos humanos.¹⁵⁰

Insta observar que o Código Civil prevê a proteção à integridade física do indivíduo ao estabelecer:

Art. 13 Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Quanto à retirada de órgãos e tecidos *post mortem*, prescreve o artigo 14 ser “válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.”

Após tratar do direito à integridade física do corpo humano, o Código Civil prevê a liberdade de escolha e a recusa de tratamento. Segundo o artigo 15 “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Silvio de Salvo Venosa comenta que esse artigo traz gigantesca problemática sobre a Ética Médica, o dever de informação e a responsabilidade civil do médico.¹⁵¹

Para cada ato médico a ser praticado, é necessário que o paciente manifeste sua previa concordância, sendo que o médico só poderá agir sem o consentimento do paciente se este, embora não tenha podido expressar sua concordância, também não exteriorizou qualquer oposição.

¹⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, p. 26.

¹⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Comentários à parte geral do novo código civil*, p. 25

¹⁵⁰ LIGIERA, Wilson Ricardo. op. cit., p. 178

¹⁵¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*, p. 159.

12.4 Os Conselhos de Medicina

O Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina são autarquias dotadas de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.¹⁵²

Esses Conselhos já haviam sido instituídos pelo Decreto-Lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, e adquiriram suas características atuais a partir da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957.¹⁵³

A Lei nº 3.268/1957, em seu artigo 2º prevê que "O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República, e, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente".

Assim, além das funções cartoriais, como o registro profissional do médico e de seus títulos, o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são, nos termos da Lei, os órgãos supervisores da ética profissional e julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente, pela normatização da atividade médica, além da criação e aplicação do Código de Ética Médica.

Para cumprir suas funções legais, os Conselhos Regionais funcionam como tribunais, apreciando denúncias contra médicos e instaurando processos ético-profissionais quando existem indícios de infração ética.

Os processos ético-profissionais nos Conselhos Regionais de Medicina, bem como os respectivos recursos ao Conselho Federal, são atualmente regulados pela Resolução CFM nº 1.897/2009, que aprovou o Código de Processo Ético-Profissional vigente.

Antes da instauração de um processo ético-disciplinar, é realizada uma sindicância, por meio da qual é feita uma avaliação prévia da existência ou não de indícios de possível conduta antiética do médico. De acordo com o artigo 6º do Código de Processo Ético-Profissional, a sindicância é instaurada: I *ex officio*; II – mediante denuncia por escrito ou tomada a termo, na qual conste o relato dos fatos e a identificação completa do

¹⁵² QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9082>>. Acesso em: 23 jun. 2012.

¹⁵³ Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, publicada no Diário Oficial da União de 1º de outubro de 1957.

denunciante; ou III – pela Comissão de Ética Médica, Delegacia Regional ou Representação que tiver ciência do fato com supostos indícios de infração ética, devendo esta informar, de imediato, tal acontecimento ao Conselho Regional.

Instaurada a sindicância, o presidente do Conselho ou o conselheiro corregedor nomeará um sindicante para apresentar o relatório contendo a descrição dos fatos, as circunstâncias em que ocorreram, identificação das partes e conclusão sobre a existência ou inexistência de indícios de infração ética (art. 7º). Do julgamento da sindicância, pode resultar o arquivamento da denúncia; homologação da conciliação; ou instauração do processo ético-profissional (art. 8º). Decidida a instauração de processo ético-profissional será nomeado um conselheiro instrutor, o qual possui um prazo de cento e vinte dias para instruir o processo (art. 11).

O denunciado será então citado e deverá apresentar defesa prévia no prazo de trinta dias, sendo-lhe assegurado vistas dos autos do processo na secretaria do Conselho ou fornecendo-lhe cópia da íntegra dos autos (art. 12).

As partes poderão arrolar até cinco testemunhas, em até trinta dias após a apresentação da defesa prévia (art. 20). Após os interrogatórios do denunciante (art. 14) e do denunciado (art. 17) e depoimentos das testemunhas arroladas (art. 21) conclui-se a instrução abrindo-se prazo de quinze dias para apresentação das razões finais. (art. 28).

Em seguida, após a apresentação das alegações finais e análise do parecer processual da Assessoria Jurídica, o Conselheiro Instrutor proferirá relatório circunstanciado que será encaminhado ao Presidente ou ao Corregedor do Conselho Regional de Medicina, para nomeação de relator e revisão (art. 29).

Recebidos os relatórios do relator e do revisor, o presidente ou o conselheiro corregedor determina a inclusão do processo na pauta de julgamento (art. 31), intimando-se as partes (art. 32).

Na sessão de julgamento o Presidente dará a palavra, sucessivamente, ao denunciante e ao denunciado, pelo tempo improrrogável de dez minutos, para sustentação oral (art. 33). Feita a sustentação oral, os Conselheiros poderão solicitar esclarecimentos sobre o processo ao Relator, Revisor e, por intermédio do Presidente da Sessão de julgamento, às partes.

Após os esclarecimentos será concedido tempo final de cinco minutos sucessivamente, ao denunciante e ao denunciado para novas manifestações orais (art. 34). Em seguida, não sendo requerida pelos conselheiros vista dos autos, nem a conversão em

diligencia (art. 35), o julgamento é realizado, sendo os votos proferidos oralmente pelo conselheiro relator, pelo revisor e, ao final, pelos demais conselheiros (art. 36).

As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos são as previstas no artigo 22 da Lei 3.267/57, a saber: a) advertência confidencial; b) censura confidencial em aviso reservado; c) censura pública; d) suspensão do exercício profissional até 30 dias; ou e) cassação do exercício profissional.

Dispõe o artigo 50 que da decisão cabe recurso no prazo de trinta dias: I – às Câmaras de Sindicância do Conselho Federal de Medicina, das decisões de arquivamento proferidas pelas Câmaras de Sindicância dos Conselhos Regionais; II – ao Pleno do Conselho Regional, das decisões proferidas nos Processos Ético-Profissionais, por maioria, pelas Câmaras, onde houver; III- às Câmaras do Conselho Federal de Medicina, das decisões proferidas nos Processos Ético-Profissionais, por unanimidade, pelo Pleno dos Conselhos Regionais; e IV – ao Pleno do Conselho Federal de Medicina, das decisões proferidas nos Processos Ético-Profissionais, por maioria, pelas Câmaras do CFM ou das decisões de cassação do exercício profissional proferidas pelos Conselhos Regionais.

13. A ATIVIDADE MÉDICA

A atividade médica, segundo ensina Fernando Campos Scaff, costuma ser entendida como uma sequência de atos coordenados ao tratamento da saúde do paciente.¹⁵⁴

Ocorre que a atividade médica sofreu alterações ao longo do tempo, pois o médico que antes tinha total poder de decidir sobre o tratamento do paciente, (o chamado médico da família), cujo atendimento era unitário, foi deixando de existir e hoje, diante da própria evolução da sociedade, a atividade médica se transformou em atividades manejadas por organizações empresariais, hospitais de grande porte, com estruturas complexas, cujos objetivos vão além de buscar a maior eficiência no atendimento de seus pacientes, incluindo também a busca por resultados econômicos expressivos.

Como não bastasse isso o direito à saúde se coloca, atualmente, dentre aqueles direitos fundamentais do homem, previstos constitucionalmente, e que deverão ser garantidos e preservados pelo Estado, mediante a sua atuação própria ou de entidades privadas que se disponham a exercer as atividades relativas ao atendimento médico das populações.

Tal realidade alterou drasticamente a relação médico e paciente, de modo que o paciente deixou de ser um destinatário meramente passivo e subordinado aos atendimentos médicos.¹⁵⁵

Assim, o paciente não é mais um mero usuário do serviço médico, ao contrário, atualmente a opinião e desejos do paciente deve ser considerados durante o curso do tratamento, sendo hoje o paciente um personagem muito mais ativo do que já o foi no passado quanto ao atendimento que lhe deva ser prestado.

Tais fatos trouxeram à tona questões fundamentais. Uma delas seria a indagação de como compatibilizar o tratamento médico com a interferência e o respeito aos interesses pessoais do paciente?

Surge aqui também a questão do limite da autonomia da vontade do paciente e da responsabilidade médica, quando o doente divergir da conduta terapêutica proposta.

O Código de Ética veda ao médico desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas (art. 31).

De outro lado, impõe ao médico a utilização de todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance, em favor do paciente (art. 32).

¹⁵⁴ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

¹⁵⁵ Idem, p. 24.

Mas, se persistir a divergência quanto à conduta terapêutica proposta, o que deve prevalecer é a vontade do paciente, porque ninguém pode ser forçado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei nem ser constrangido a submeter-se a tratamento médico (CF, art. 5º, II e Código Civil, art. 15).

Ademais, contrariar a livre decisão do paciente pode implicar em risco de responsabilização civil, penal e ética do médico.

13.1 As obrigações médicas de meios e não de resultado

Para que se caracterize perfeitamente a responsabilidade do médico, mister se faz, primeiramente, distinguir o que seja obrigação de meio e obrigação de resultado.

A obrigação de meio, segundo Rui Stocco:

*É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Esse tipo de obrigação é o que aparece em todos os contratos de prestação de serviços, como o de advogados, médicos, publicitários etc. Dessa forma, a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la.*¹⁵⁶

Já, na obrigação de resultado, diz o mesmo autor:

*Na obrigação de resultado o devedor ao contrário, obriga-se a chegar a determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou deverá arcar com as consequências. E o que se dá, por exemplo, no contrato de empreitada, transporte e no de cirurgia estritamente estética ou cosmetológica. Em outras palavras, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade.*¹⁵⁷

Portanto, é necessário esclarecer desde logo que as obrigações do médico para com seu paciente são apenas obrigações de meio, de zelo e de prudência, mas não de resultados.¹⁵⁸

Isto quer dizer que o médico tomará para si o dever de empregar todos os meios e recursos disponíveis ao seu alcance para combater o mal ou atingir o melhor resultado

¹⁵⁶ RUI Stocco. *Tratado de responsabilidade civil: Responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*, 6.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 400.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.

possível. Sua ação, contudo, não consistirá em garantir a cura com o tratamento ministrado.

Essa situação na qual o médico se obriga a atingir o melhor resultado possível nada mais é do que uma obrigação contratual. Logo, para demonstrar que não foram cumpridas tais obrigações, o paciente deverá provar que houve culpa do médico e este, por sua vez, verificará se o paciente cumpriu com sua parte no contrato, ou seja, se acatou sua prescrição e recomendações que levariam ao resultado positivo esperado.

A medicina é uma ciência inexata. As diversas ações e reações inadvertidas do corpo humano, aliado às individualidades e especificidades verificadas diferentemente em cada pessoa, enquadram, por diversas vezes, a profissão médica no campo do imprevisível e do imponderável.

Daí porque a afirmação, universalmente aceita na doutrina brasileira de que o médico, no exercício de sua profissão, seja no diagnóstico ou tratamento cirúrgico ou clínico, assume, em regra, obrigação de meio.¹⁵⁹

Destarte, o médico na atuação profissional deve sempre observar meios cientificamente aceitos, demonstrados e comprovados, bem como as condições de cautela e cuidado, a fim de atender aos objetivos inerentes à medicina, precisamente a cura e o abrandamento dos males que acometem o paciente. Acrescente-se também à obrigação de meio o dever de prestar todas as informações acerca dos procedimentos a serem adotados, atendendo a função social da profissão e a linguagem compreensível e acessível nos casos em concreto.

Nesse sentido, não se pode exigir resultado exato no exercício da medicina, uma vez que não obstante o sempre crescente estágio da evolução científica, a medicina, por certo, encontrará suas limitações.

Sérgio Cavalieri Filho ratifica o acima exposto:

*Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir.*¹⁶⁰

Em suma, a obrigação do médico, em regra, não comporta dever de cura ou

¹⁵⁹ SKORKOWSKI, Alan. Responsabilidade Médica: Obrigação de Meios e Obrigação de Resultado. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 31 de jul. de 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4017/responsabilidade_medica_obrigacao_de_meios_e_obrigacao_de_resultado>. Acesso em: 04 de jul. de 2012.

¹⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de Responsabilidade Civil*, Ed. Malheiros, p. 392.

salvação, mas sim, a prestação diligente e consciente, conforme os métodos cientificamente aceitos.

Todavia, em relação às cirurgias estéticas, a matéria é bastante controvertida e tortuosa.

Primeiramente, deve-se fazer a essencial distinção entre as cirurgias estéticas reparadoras e as puramente embelezadoras.

As primeiras, ocorrentes nos casos em que a intervenção médica se faz necessária, para a correção de defeitos, oriundos de acidentes, por exemplo, enquadram-se nas situações onde o médico não poderá garantir a obtenção do resultado pretendido, tendo em vista circunstâncias por vezes incontroláveis e fortuitas, o que revela, nos caso em comento, a obrigação de meio.¹⁶¹

Já, nos casos das cirurgias estéticas puramente embelezadoras, a situação altera-se radicalmente, tendo em vista que o médico assume o dever de atingir o resultado pré-estabelecido, nos exatos termos anteriormente convencionados. É certo que o paciente, nas cirurgias estritamente embelezadoras, sempre espera o resultado pretendido, ou, no mínimo, esclarecedoras informações acerca dos riscos prováveis e eventuais.¹⁶²

Os tribunais brasileiros firmam a posição de que a intervenção cirúrgica embelezadora deve ser uma certeza. Em outras palavras, o médico se compromete a alcançar o resultado pretendido pelo paciente.¹⁶³

Assim também entendeu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, aduzindo que:

o profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física de paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível o que lhe cabe provar.¹⁶⁴

Conclui-se, portanto, que nas cirurgias estéticas embelezadoras, a culpa do médico enquanto profissional liberal é presumida. Vale dizer: cabe ao médico eximir-se da responsabilidade, invocando circunstâncias alheias ao seu controle e previsão ou culpa

¹⁶¹ POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010 p.10

¹⁶² Idem. p 11.

¹⁶³ ZULIANI, Ênio Santarelli. O consumidor e seus direitos diante de erros médicos e falhas de serviços hospitalares. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP ano XXXI, dezembro/2010 n° 114 p. 62

¹⁶⁴ cf. RSTJ 068/33 e RT. 718/270

exclusiva do paciente. Na prática, como consequência processual, a presunção de culpa transfere ao médico a inversão do ônus da prova.

Vale lembrar, que a obrigação de resultado não se confunde com a responsabilidade objetiva. Na primeira, a presunção de culpa é relativa e deve sempre ser comprovada, cabendo ao médico o ônus de provar que não agiu culposamente *lato sensu*; na segunda, a responsabilização civil independe de culpa e o dever de reparar o dano continua a subsistir.

E ainda, de acordo com a teoria da obrigação de meio e obrigação de resultado, formulada por René Demogue, *"há obrigação de meio quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado."*¹⁶⁵ Porquanto, na obrigação de resultado, o agente se preocupa em garantir o resultado do que fora pactuado.

Por essa ótica, infere-se ainda que a obrigação tem como característica principal precisar a quem cabe o ônus da prova, pois, enquanto na obrigação de meio este ônus cabe ao credor, na de resultado ocorre a sua inversão.

Com isso, há de se concluir que a responsabilidade contratual do médico pode ser presumida ou não. O contrato não estipula a presunção de culpa e o parâmetro deve ser o tipo de obrigação assumida para com o cliente. Se o médico se propôs a alcançar um determinado resultado, como na cirurgia estética, será ele presumidamente culpado caso não atinja o que foi prometido.

Nesta hipótese, somente restará ao profissional demonstrar que não agiu com culpa ou que ocorreu de caso fortuito ou força maior. Já, no caso do cliente (credor), só deverá demonstrar o inadimplemento, isto é, que o resultado não foi alcançado.

13.2 Os limites da atuação médica

O insucesso do tratamento médico muitas vezes tem como reação comum a procura pela atribuição das responsabilidades, não somente por parte dos familiares e pessoas próximas ao paciente, mas também pelo próprio estabelecimento hospitalar ou da operadora de assistência à saúde vinculada ao tratamento.

Como não se bastasse isso, os meios de comunicação muitas vezes referem-se aos médicos como se estes sempre tivessem a missão de curar o paciente de toda e qualquer

¹⁶⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 6ª Edição. São Paulo. RT. 2007

doença e até mesmo os próprios médicos podem contribuir para essa expectativa irrealista do paciente ao apresentar-se com o dever de curar.

A propaganda em torno da eficácia da medicina é forte, seja por parte das empresas médicas que buscam mais clientes, seja pelo sensacionalismo utilizado pela mídia ao divulgar os novos avanços científicos e tecnológicos, notadamente no campo da procriação humana assistida, da engenharia genética e da cirurgia estética.¹⁶⁶

Além disso, o avanço de tecnologias que permitem o prolongamento da vida trouxe a enorme expectativa de que a Medicina possa resolver tudo.

Ocorre que quanto mais o paciente possuir expectativas falsas sobre o poder de cura da Medicina maiores são as chances de descontentamento com seu médico contribuindo para a busca da reparação e consequentemente para o aumento de demanda judiciais contra médicos.

Mas, é importante deixar claro que mesmo que os avanços científicos tornem o diagnóstico e o tratamento cada vez mais precisos, ainda assim não devemos encarar a Medicina como uma ciência exata.

A Medicina não tem esse poder de salvar a vida, mas tão somente de preservá-la ou apenas adiar a morte.¹⁶⁷

Ademais, é necessário ter em mente que tanto a medicina quanto a atuação do médico encontram limites de atuação a depender do grau de agressividade da doença, da periculosidade e da complexidade de cada intervenção médica.

Assim, a eficácia de um medicamento em determinado paciente pode não ser a mesma em outro caso clínico e causar efeitos colaterais imprevisíveis quando aplicado em outro paciente. Também situações de emergências ou complicações inesperadas que fogem do controle do médico podem surgir.

Em determinadas situações de fato, tais como as inadequações do sistema, as específicas circunstâncias do caso, a natureza da própria psicologia humana, podem ter combinado para produzir um resultado no qual a contribuição do médico pode ser tanto relativamente como completamente sem culpa.¹⁶⁸

¹⁶⁶ LIGIERA, Wilson Ricardo. op. cit., p. 41

¹⁶⁷ MACHADO, Deise. *Erro médico: a luta pela vida*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997, p. 141.

¹⁶⁸ MERRY, Alan; SMITH, Alexander McCall. *Errors, medicine and the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p.10

A Medicina é uma ciência de tamanha complexidade que os limites impostos pelo atual nível de desenvolvimento tecnológico impedem que a cura ou a recuperação sejam alcançadas em muitas situações, sem qualquer imputação de culpa ou de erro do médico.

Acrescente-se que a limitação da duração da vida é inerente à natureza humana, de forma que contra a morte a Medicina pode ainda muito pouco.

Em que pese tais fatos verifica-se forte inclinação legislativa e até mesmo jurisprudencial visando facilitar o alcance e a eficácia das alegações do paciente no tocante ao insucesso do tratamento médico e à comprovação da ocorrência do fato culposos.¹⁶⁹

Para tanto, buscou-se inclusive superar a ideia de culpa, encaminhando-se até o conceito de má prática, e que significa, pura e simplesmente, a adoção de uma conduta que por qualquer razão não tenha sido aquela que recomendava a melhor técnica, independentemente da averiguação do animo subjetivo do causador do dano.¹⁷⁰

É o que chamaríamos em nosso sistema jurídico de *erro médico*.¹⁷¹

Assim, o que se avalia é se o modo de tratamento empregado constituía naquele caso específico o modo recomendado pela atual ciência médica. A questão será, portanto, demonstrar se a conduta do médico foi adequada e condizente com as recomendações encontrada na ciência médica, tal como indicadas na sua teoria e passíveis de aplicação ao caso concreto. E uma vez concluído que houve falha do médico no modo de tratamento empregado caracterizado está o erro médico.

¹⁶⁹ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

¹⁷⁰ BARNI, Mauro. *Diritti-doveri – responsabilità del medico dalla bioética al biodiritto*. Milão: Giuffrè, 1999, p.8.

¹⁷¹ STOCO, Rui. *Iatrogenia e responsabilidade civil do médico*. RT, n. 784, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 109.

14 O ERRO MÉDICO

A responsabilização do médico está comumente ligada ao cometimento de um erro.

Atualmente, muito se tem falado em erro médico. Todos os dias, a mídia divulga um ou mais casos de mortes de pacientes imputando a causa ao atendimento errôneo do médico.

A morte, embora certa para todos, ainda não é aceita por muitos como um processo natural da vida. E se tal ocorre após uma intervenção cirúrgica, surge forte tendência de responsabilizar o médico. Afinal, quando procura o médico, o paciente busca o restabelecimento de sua saúde, deposita nele e nos demais profissionais da saúde a expectativa de cura, negando por completo a possibilidade da morte.

Por isso é importante compreender exatamente o que vem a ser o erro médico.

Segundo Hildegard Tagesell Giostri, erro médico pode ser entendido como “uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional”¹⁷²

O Manual de Orientação Ética Disciplinar do Conselho Federal de Medicina assim dispõe:

*A falha do médico no exercício da profissão é o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior.*¹⁷³

Os erros médicos se dividem em duas espécies principais. Podem ser o erro de diagnóstico, ou seja, aquele cometido quando da identificação da moléstia; e o erro de tratamento, ou seja, aquele verificado no tocante à cura da moléstia que tenha sido identificada corretamente ou não.¹⁷⁴

O erro médico pode ainda ser denominado de erro técnico ou má prática profissional, conduta impropria ou inadequada, falha ou falta médica e pode ocorrer por ato comissivo ou omissivo. No ato comissivo o médico pratica uma ação, no omissivo há inércia, o médico deixa de fazer o que deveria ser feito.

¹⁷² GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba, PR: Juruá, 1999. p. 136.

¹⁷³ Disponível em: http://www.castelo.com/erro_medico.htm

¹⁷⁴ BARNI, Mauro. *Diritti-doveri – responsabilità del medico dalla bioética al biodiritto*. Milão: Giuffrè, 1999, p.329.

Mas, qualquer que seja o termo empregado e o tipo de erro – erro de diagnóstico, erro no procedimento, erro na escolha terapêutica, falta de procedimento, erro na prescrição do medicamento, falha no atendimento – ele sempre produzirá um resultado danoso ao paciente produzido por uma conduta inadequada, um proceder imperito, negligente ou imprudente.

14.1 Erro de diagnóstico

Normalmente, o médico ao atender o paciente pela primeira vez faz uma análise dos sintomas e reações reveladas pelo paciente para formar sua convicção e dar início ao tratamento de acordo com o diagnóstico da doença.

Em tempos mais remotos, o médico realizava o diagnóstico basicamente pelo exame direto do paciente, apalpando, auscultando, observando. Atualmente, os médicos não se arriscam a diagnosticar o paciente sem antes submetê-lo a uma série de exames, de forma a obter o diagnóstico mais preciso quanto possível.¹⁷⁵

Ocorre que essa alteração no proceder do médico para diagnosticar o paciente gerou alguns problemas dependendo do poder aquisitivo do paciente.

Isso porque, os exames, em geral, são caros e os pacientes em atendimento particular podem não ter condições de arcar com os altos custos.

Na rede pública de saúde a situação se complica, pois o paciente é obrigado a esperar muito tempo para obter o resultado do exame, o que pode acarretar o agravamento da doença.¹⁷⁶

Em se tratando de atendimento por meio de convênios ou planos de saúde, também há problemas, pois frequentemente o médico é pressionado pelas operadoras de saúde a fim de limitar o número de exames solicitados.¹⁷⁷

Desta forma, já é possível verificar o primeiro fator negativo que pode acarretar o erro do diagnóstico, pois ao limitar o número de exames, corre-se o risco de determinada doença passar despercebida.

Contudo, na prática é muito difícil, principalmente para os operadores do direito, concluir se houve ou não o erro de diagnóstico, visto que dois quadros clínicos bastante semelhantes podem provir de moléstias totalmente diversas. Além disso, a grande

¹⁷⁵ LIGIERA, Wilson Ricardo. op. cit., p. 111

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ Idem.

dificuldade é que a análise desse erro obriga o juiz a investigar um campo estritamente técnico, e ao menos que o erro seja evidentemente grosseiro, não tem o juiz os necessários conhecimentos para auferir se o médico foi negligente ou não no diagnóstico.¹⁷⁸

Para tanto há que se indagar se um médico prudente conseguiria, nas mesmas circunstâncias, diagnosticar corretamente o problema de saúde do paciente? Se afirmativa a resposta, então o erro é inescusável e o dano provocado deve ser reparado.

14.2 Erro de conduta

Até mais relevante que o erro no diagnóstico é o erro de conduta, pois pode haver circunstâncias em que não é possível se estabelecer um diagnóstico preciso, mas mesmo assim deve o médico agir de forma a proteger a vida do paciente.

É certo que o médico deve agir prontamente a fim de preservar a vida do paciente. No entanto, a conduta precipitada pode não se revelar adequada ao caso dependendo da doença ou das peculiaridades de cada paciente, bem como a demora na conduta pode ser a causa do insucesso no tratamento.

Irany Novaes Moraes explica que o médico não pode retardar a conduta, à espera de exames complementares, mas deve se restringir ao bom senso para tomar decisões com apoio do diagnóstico clínico de probabilidade.¹⁷⁹

As ponderações do autor no sentido de que o médico deve agir prontamente são bastante apropriadas. Entretanto, na prática, a rapidez no atendimento pode acarretar maiores riscos, afinal a prontidão da conduta médica pode significar a diferença entre a sobrevivência ou não do paciente.

Além disso, o médico deve estar atento a cada detalhe do diagnóstico clínico que estiver presente no exame físico do paciente e, muitas vezes, os tratamentos iniciais devem anteceder o diagnóstico definitivo.

Percebe-se, que o profissional deve sempre buscar o diagnóstico correto a fim de realizar a melhor abordagem terapêutica possível, mas em casos extremos, deverá agir prontamente para salvar a vida do paciente, surgindo a necessidade de cautela redobrada.

¹⁷⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do médico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.80.

¹⁷⁹ MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5ª ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.209

14.3 Erro escusável

O erro escusável nada mais é do que o equívoco justificável no agir do médico, devido à imperfeição da medicina.

Contudo, para que o erro médico seja escusável é necessário que: o mau resultado possa ser atribuído a um erro de diagnóstico factível do ponto de vista estático; que no diagnóstico tenham sido utilizados meios da boa prática; e, por fim, que o tratamento clínico ou cirúrgico tenha sido adequado ao diagnóstico formulado.¹⁸⁰

Em outras palavras, o erro médico escusável é aquele que qualquer profissional, nas mesmas condições, cometeria. Um exemplo comum é o de médicos de alguns prontos socorros localizados nas cidades do interior que não dispõem do instrumental necessário para o diagnóstico preciso de determinadas patologias.

O erro cometido pelo médico, que não tenha o aparelho que lhe permite diagnosticar com precisão, não pode servir de fundamento para a sua condenação. O erro passa a ser escusável para o profissional e o padrão utilizado para definir se o erro é escusável ou não é o do homem médio. Não seria sensato exigir do médico mais do que ele poderia realizar naquelas condições.

Ademais, um resultado infeliz pode acontecer em qualquer atividade humana, até mesmo quando praticado por profissionais renomados e altamente competentes.

Acontece que para a maioria das pessoas a expressão erro médico já traz a ideia de falha cometida pelo médico. Porém, no cotidiano da prática médica, nem todo mau resultado está diretamente associado a um erro do médico. Às vezes surgem no doente intercorrências imprevisíveis, em que a causa possa ser atribuída ao atendimento médico.

Uma intervenção cirúrgica, por exemplo, pode redundar em fracasso, embora realizada de modo correto e observando as regras técnicas disponíveis. Um medicamento pode ser o melhor indicado para aquele caso clínico, mas produzir reação inesperada para determinado paciente.

Por isso que a expressão erro médico deve ser empregada com cautela, pois de fato nem todo resultado adverso do esperado pode ser imputado ao médico gerando a responsabilização e o dever de reparação.

¹⁸⁰ MARTINS, Bruno. Disponível em:

<http://pjabrunomartins.vilabol.uol.com.br/material_de_estudo/deontologia_medica.htm.> Acesso 11 de julho de 2012.

15 A TEORIA DO ERRO HUMANO DE JAMES REASON

O exercício da medicina é uma atividade predominantemente humana. Logo, para melhor compreensão do que vem a ser de fato “erro médico”, importante analisar, ainda que brevemente, a teoria do erro humano proposta por James Reason.

A preocupação no aprofundamento do estudo acerca do erro médico decorre do fato de que, atualmente tem-se falado muito em erro médico, mas pouco se sabe a respeito. Partindo de conceitos apriorísticos, verifica-se uma forte tendência em responsabilizar o médico, e tão somente o médico, por toda falha ou resultado adverso ocorrido na prestação do serviço.

De fato, existe hoje uma série de fatores que contribuem para ocorrência do erro médico, dentre os quais, destacam-se a desumanização do atendimento, a mercantilização da medicina, as péssimas condições de trabalho, o tempo reduzido para consulta, entre outros.¹⁸¹

Ocorre que o aprofundamento no estudo do tema permite concluir que nem todo resultado adverso é decorrente da culpa ou erro exclusivo do médico. Há uma série de fatores que contribuem para a ocorrência do erro e que merecem ser estudados.

É fato, que o desempenho humano é fortemente influenciado pelas condições de contexto. Um indivíduo treinado e motivado é passível de cometer erros, porque erros humanos acontecem, nem se diga daquele indivíduo desmotivado, despreparado e forçado a trabalhar em péssimos ambientes¹⁸².

Como atividade humana, o exercício da medicina exige habilidades cognitivas de aprendizado, concentração, diagnóstico e tomada de decisões e, portanto, está diretamente afetado por todas as possíveis formas de manifestação do erro.

Nesse exemplo, o erro pode ocorrer por uma falha no aprendizado do médico. Se superada tal falha, pode ocorrer no ambiente de trabalho em que o médico está submetido, forçado a atender em tempo recorde uma infinidade de pacientes, sem as mínimas condições de trabalho, falta de equipamentos, morosidade nos exames, o que, sem dúvida, prejudica e colabora com a ocorrência de um erro no diagnóstico, e até mesmo no tratamento sugerido.

¹⁸¹ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106 e s.

¹⁸² Disponível em <http://www.cos.ufrj.br/~handrade/woses/woses2006/pdfs/07-Artigo07WOSES-2006.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2012.

Os estudos sobre o erro humano começaram a ser sistematizados e analisados na década de 80, em decorrência de relevantes acidentes, muitos deles causados pela inadequação de projetos dos sistemas às capacidades cognitivas humanas.¹⁸³

O maior expoente para o desenvolvimento desses estudos foi James Reason,¹⁸⁴ que deu origem a sua Teoria de Múltiplas Causas sobre o erro humano.

Reason definiu erro humano como sendo todas as ocasiões em que uma sequência planejada de atividades mentais ou físicas falham em atingir o resultado pretendido e quando estas falhas não podem ser atribuídas à intervenção do acaso.¹⁸⁵

Reason mostra, em seu trabalho, que os erros humanos decorrem de uma subespecificação cognitiva e que podem se manifestar de uma variedade de formas. Ainda, aponta quatro grandes elementos na produção de um erro: a natureza da tarefa; as circunstâncias do ambiente; o mecanismo cognitivo que gerencia o desempenho humano; e a natureza do indivíduo.¹⁸⁶

Considera-se que os humanos falham e os erros são esperados, mesmo nas melhores organizações. Os erros são considerados mais como consequências do que causas, tendo suas origens nem tanto na natureza perversa do ser humano, mas em fatores sistêmicos que estão acima destes.¹⁸⁷

O modelo do "Queijo Suíço" proposto por Reason é a mais popular das teorias e sugere que um acidente resulta da complexa interação de inúmeras causas ou eventos causais. Referido modelo procura ilustrar a dinâmica do acidente através da sequência de falhas em um processo organizacional.¹⁸⁸

Em um contexto hipotético, cada camada de defesa, barreira ou salvaguarda deveria estar íntegra. Todavia, via de regra, elas são mais como as fatias de um queijo suíço, cheias de buracos, mas, diferentemente do queijo, esses buracos estão continuamente abrindo e fechando em diferentes momentos.

Como estamos pensando em camadas, tais buracos em uma única camada são inofensivos, mas quando ocorre um alinhamento destes buracos nas diferentes camadas do

¹⁸³ BEGOSSO, Luiz Carlos. *S PERERE – uma ferramenta apoiada por arquiteturas cognitivas para o estudo da confiabilidade humana*. Tese Doutorado Escola Politécnica da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2005, p. 32 e s.

¹⁸⁴ REASON, J. *Human error*. New York: Cambridge University Press, 1990

¹⁸⁵ BEGOSSO, Luiz Carlos, op. cit., p 33

¹⁸⁶ idem

¹⁸⁷ REASON, J. *Human error*. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 372

¹⁸⁸ REASON, J. Human error: models and management. *BMJ*, 320, p. 768-770, 2000

sistema de defesas, barreiras ou salvaguardas ocorre a possibilidade de ocorrência de um evento perigoso.¹⁸⁹ Conforme a figura 1, a seguir:

Figura 1: Modelo do “Queijo Suíço”, mostrando como as defesas, barreiras e salvaguardas podem ser penetradas por um perigo ocasionando danos.

Fonte: Reason, 2000.

Explica Reason que os buracos nas defesas surgem por duas razões: falhas ativas e condições latentes.¹⁹⁰

As falhas ativas são representadas pelos atos inseguros cometidos pelas pessoas que estão em contato direto com o sistema, podendo assumir diferentes formas: deslizes, lapsos, perdas, erros e violações de procedimentos. As falhas latentes são derivadas de ações ou decisões da administração, portanto de pessoas distantes da atividade operacional, cujas consequências podem permanecer latentes durante muito tempo.¹⁹¹

Aplicando essa teoria na área da medicina, podemos concluir que o dano causado ao paciente nem sempre pode ser atribuído somente ao médico que teve o contato direto com ele, ao contrário, depende que os fatores anteriores também tenham falhado, tais como, as precárias condições de trabalho, a falta de equipamentos médicos, a morosidade na realização de exames, a falta de investimentos na área da saúde, enfim.

Somente analisando a real causa, ou melhor, todas as causas que contribuíram para a ocorrência do dano é que poderão ser imputadas as devidas responsabilidades.

Responsabilizar apenas o médico não significa, no mais das vezes, atacar a causa, mas a consequência do problema. Portanto, é extremamente necessário que os operadores do direito, diante de casos assim, procurem investigar amplamente todas as causas dos danos, em especial as falhas latentes.

¹⁸⁹ REASON, J. Human error: models and management. *BMJ*, 320, p. 768-770, 2000

¹⁹⁰ idem

¹⁹¹ idem

16 CAUSAS QUE CONTRIBUEM PARA OCORRENCIA DO ERRO

Há diversos fatores que podem influenciar para a ocorrência do erro médico. Muitas vezes, a causa do erro médico é o estresse enfrentado diariamente pelo profissional da medicina, o desgaste psicológico, a ansiedade, a fadiga, o cansaço.

Os fatores fisiológicos, ambientais e psicológicos contribuem para a ocorrência do erro, na exata medida que retiram do profissional a necessária atenção aos detalhes pessoais de cada paciente.

Ora, é notório que após um plantão de 24 horas sem dormir, a capacidade de concentração do médico cai consideravelmente. Aliado ao sono o barulho no ambiente de trabalho, o numero excessivo de pacientes a espera de um único médico, a falta de equipamentos, vagas, macas, medicamentos, entre outros problemas existentes, retiram por completo a paz e a tranquilidade necessária para que o médico analise corretamente o quadro clínico do doente.

Outra causa de erro médico apontado por Minossi é a relação quase impessoal médico-paciente devido a sobrecarga no sistema da saúde que impossibilita a aproximação mais profunda do médico com o doente e a especialização transformando o médico num técnico altamente adestrado e impessoal, que cada vez mais tem dificuldade de conciliar os conhecimentos milenares da Medicina tradicional, com os enormes avanços tecnológicos e instrumentais da Medicina moderna.¹⁹²

Apesar disso, o erro médico, em geral, não é visto como decorrente do processo de trabalho, formação profissional ou mesmo das condições em que o trabalho é realizado. Ele é visto como uma falha do médico, o que dificulta sua discussão, pois os profissionais de saúde estão sempre desestimulando qualquer julgamento negativo do trabalho e as queixas apresentadas pelos pacientes.

Como não se bastasse isso, verifica-se que o processo judicial de indenização por erro médico é muito peculiar, pois ele envolve um conteúdo emocional muito forte. Isso se extrai desde a petição inicial que sempre conta uma história trágica, enfatizando o drama enfrentado pelo paciente e sua família e construindo um quadro que aponta para o descaso e o despreparo do médico.

¹⁹² MINOSSI, J. G. *Prevenção de conflitos médicos-legais no exercício da medicina*. Vol 36,nº 01Rio de Janeiro: Rev Col. Bras. Cir., 2009, p. 090-095

Tais processos tendem a sensibilizar os juízes que muitas vezes relevam um pouco a técnica profissional com o objetivo de alcançar uma decisão que eles entendam como justa ao paciente.

De fato todos têm medo de ser vítima de um erro médico, assim como há o receio de erros judiciais. Mas, a prática médica, assim como a jurídica, por serem atividades humanas, estão necessariamente limitadas em seus conhecimentos e expostas a resultados adversos e inesperados.

Por isso para a formação de um juízo de valor correto e justo deve-se analisar os casos de erro médico de maneira neutra e mais imparcial possível, sem se deixar levar pelos apelos emocionais do paciente e/ou de seus familiares, e investigar qual ou quais as verdadeiras causas do dano, para só então conseguir a justa reparação.

Ao analisar os códigos de ética médica, Martin ressalta a importância de distinguir erro médico de má prática profissional. Segundo o autor, o médico é responsável por seus atos. Para demonstrar essa premissa, Martin ainda cita vários artigos do código de ética médica, que afirmam que o médico não pode se isentar do malogro de qualquer atividade que tenha desempenhado, atribuir seus insucessos a terceiros ou a circunstâncias ocasionais, exceto no caso em que isso for devidamente comprovado; não pode atribuir malogro a outrem, à equipe ou à instituição, etc.¹⁹³

Assim, a responsabilidade acaba recaindo sempre no médico, mas o autor, ao longo da análise, faz a distinção entre a responsabilidade e a culpa do médico, pois o fato de o médico ser responsável pelos seus atos não significa que ele tenha culpa se um determinado procedimento não deu certo.¹⁹⁴

É preciso notar também que nos códigos de conduta médica não se configuram erros decorrentes de ações coletivas ou mesmo de insuficiência da estrutura de saúde, apesar de a medicina estar se tornando cada vez mais uma atividade coletiva, produto da cooperação do trabalho de vários profissionais e dependente de uma estrutura organizacional.

Apesar disso, quando observam-se os processos de acusação de ‘erro médico’ e a legislação que trata do assunto, nota-se uma ausência de responsabilização às instituições de saúde e uma concentração de culpa ao médico responsável pelos procedimentos terapêuticos.

¹⁹³ MARTIN, Leonard Michael. *O erro médico e a má prática nos Códigos Brasileiros de Ética Médica*. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/462/345. Acesso em 16/07/2012

¹⁹⁴ Idem.

Nota-se, ainda que as expectativas dos usuários do serviço de saúde concentram-se no médico e não na medicina ou no próprio sistema. Isso porque se trata de uma profissão que tem por missão ‘salvar vidas’ e é atribuído aos médicos um poder que supera o mero ‘ato técnico’, aprendido no curso da vida profissional.

Ademais, importante analisar as principais causas que contribuem para a ocorrência do erro médico, bem como a influencia de fatores como, o modelo atual da medicina e do sistema de saúde, a má formação profissional, as péssimas condições de trabalho, entre outros, na produção do erro médico.

Mas, referida análise será feita a partir de um conceito ampliado de erro médico, visto não apenas como uma falha humana, mas também como decorrência de processos sociais que condicionam a ação dos médicos, em que as falhas, tipicamente humanas, são as principais causas de processos e denúncias de erros médicos.

16.1 Má Formação do Profissional da Medicina

As constantes críticas à ineficiência do modelo de ensino no Brasil, em específico o ensino médico, apontam para a crise na formação do profissional da medicina e consequentemente os problemas da formação profissional refletem na prática médica com a ocorrência de erros e danos aos pacientes.

Além disso, a má formação médica tem refletido diretamente no aumento do número de denúncias junto aos Conselhos de Medicina em todo o país.¹⁹⁵

De acordo com Antonio Carlos Lopes, professor titular de Clínica Médica da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) e ex-secretário executivo da Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM), uma das principais causas desta queda de qualidade é o grande número de escolas médicas abertas no país. Segundo ele, a maioria delas, principalmente as privadas, não tem condições mínimas de infraestrutura e de corpo docente para abrigar um curso de Medicina.¹⁹⁶

Isso sem falar nas escolas médicas abertas no Brasil sem estrutura de estudo e ensino, sem docentes e que simplesmente emprestam o nome de Universidade, mas sequer exigem a presença do aluno.

¹⁹⁵ Debate promovido pelo CREMESP sobre a formação acadêmica dos médicos no Brasil. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=1202>. Acesso em 18/07/2012.

¹⁹⁶ Idem.

Segundo informações do Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, Renato Azevedo Junior, novas escolas vêm sendo abertas sem nenhum critério de qualidade, sendo que, nos últimos oito anos, houve a criação de 70 escolas de Medicina e outras 40 aguardam pela aprovação.¹⁹⁷

Além disso, o Ministério da Educação anunciou a ampliação de 2.415 vagas em cursos de Medicina no país a partir do segundo semestre de 2012, sendo 800 delas para o setor privado. A justificativa seria a necessidade de atingir a taxa de 2,5 médicos por 1.000 habitantes, considerada pelo governo federal uma concentração ideal de médicos.¹⁹⁸

Segundo a projeção “Concentração de Médicos no Brasil em 2020”, que compõe o estudo “Demografia Médica no Brasil”, do Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp), mesmo sem abrir novos cursos e vagas de Medicina, o Brasil atingirá em 2020 a razão de 2,20 médicos por 1.000 habitantes.¹⁹⁹

Se mantido o panorama atual, dentro de oito anos, em 2020, o Brasil terá 455.892 médicos em atividade, quando sua população será de 207.143.243 habitantes. Em 2010, o número de médicos era de 364.946 para uma população de 193.252.604 o que correspondia a uma taxa de 1,9 médico por 1.000 habitantes.²⁰⁰

Contudo, a medida governamental para aumentar a ampliação de vagas em cursos de Medicina além de não ser a solução adequada para o problema da saúde no Brasil, não passa de uma medida ilusória e populista.

De acordo com o CFM e o CREMESP o plano do governo de ampliação de vagas de Medicina, desacompanhada de regras e metas claras de fixação e valorização dos médicos (sobretudo daqueles que atuam no sistema público de saúde), de mais recursos públicos para a saúde, e de garantia da qualidade do ensino médico, trará efeitos colaterais imediatos, pois:

“Fará crescer o contingente global de médicos na próxima década, mas acentuará as desigualdades a favor das regiões e municípios que já contam com alta concentração de profissionais.

Fará aumentar o contingente de médicos sem qualificação, tendo em vista a abertura de cursos sem condições adequadas de funcionamento, a inexistência de corpo docente qualificado para atender a nova demanda de alunos, e a insuficiência de vagas na Residência Médica, que nem sequer são suficientes para o atual número de formandos.

¹⁹⁷ Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Imprensa&acao=crm_midia&id=628> Acesso em 29 de agosto de 2012.

¹⁹⁸ Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=2528>> Acesso em 29 de agosto de 2012.

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ Idem.

*Irá beneficiar o setor privado da educação, com cursos de Medicina de péssima qualidade mas altamente lucrativos, devido ao elevado valor de mensalidade praticado. Irá favorecer não o SUS, mas o setor privado e os planos e seguros de saúde, que já contam no país com quatro vezes mais médicos à sua disposição, sem contar as desigualdades regionais no acesso aos setores público e privado de saúde.*²⁰¹

Como não se bastasse isso os hospitais universitários onde os estudantes recebem a maior parte de sua formação prática, quando existentes, passam por problemas de superlotação, o que dificulta o desenvolvimento das disciplinas de caráter prático. A questão do financiamento público da saúde e os problemas de infraestrutura são fartamente relatados e de conhecimento público. Assim, a formação profissional teórica orienta uma determinada prática profissional, por outro lado o cotidiano do estudante o coloca em situações que exigem outro tipo de comportamento.

Assim, o estudante de medicina vive uma situação paradoxal. O ensino diz que o paciente deve ser acolhido e ter suas queixas investigadas, mas a realidade dos hospitais e postos de saúde leva a uma prática de minimizar e até dispensar pacientes que necessitem de atendimento, e essa tarefa cabe, muitas vezes, ao estudante de medicina que tem o papel de convencer o paciente que seu problema não é grave, ou de que ele deve procurar outro serviço de saúde.

De acordo com Bitencourt é necessário promover alterações no ensino médico, a fim de reduzir tanto os erros médicos quanto suas denúncias. Referido autor atribui o crescimento das denúncias por erro médico a vários fatores, que incluem maior conscientização da população, precarização das condições de trabalho e influencia da mídia e acentua que:

*Dentre os fatores mais importantes na geração deste quadro estão a deterioração na qualidade da relação médico-paciente e a formação deficiente dos médicos durante a graduação e a pós-graduação. (...) Segundo relatório da Comissão Interinstitucional de Avaliação do Ensino Médico –Cinaem, as escolas médicas brasileiras, em geral, não estão formando profissionais que atendam às demandas da população. Os profissionais recém-formados saem das faculdades com uma formação ético e humanístico deficiente, uma concepção funcionalista do processo saúde-doença, especialização precoce e incapazes de se manter atualizados.*²⁰²

É importante lembrar o fundamental papel dos hospitais-escola na formação médica, pois grande parte do treinamento prático, e os exemplos de como desempenhar as

²⁰¹ Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=2528>> Acesso em 29 de agosto de 2012.

²⁰² BITENCOURT, A. et. al. *Análise do erro médico em processos ético profissionais: implicações na educação médica*. Revista Brasileira de Educação Médica, v. 31 n. 3. Rio de Janeiro, set/dez 2007, p. 226

atividades profissionais, é aprendido pelos alunos nesse local. É durante a formação prática que se dá a interação com o paciente, com o professor e com os demais profissionais de saúde.

Assim, durante o seu treinamento no hospital, o estudante depara-se não apenas com condutas técnicas do trabalho médico, mas também com uma organização de trabalho que, apesar de manter também a função pedagógica, tem parte de seus membros comprometidos apenas com os objetivos fundamentais da organização.

Isso faz com que o aluno depare-se com a necessidade de estabelecer uma complexa negociação entre seus objetivos particulares, os objetivos da organização e o relacionamento com o conjunto de funcionários, que pode apresentar-se hostil ou indiferente.

Observa-se ainda, que parte significativa da formação prática do estudante de medicina ocorre dentro do hospital-escola, sendo que o papel do hospital no serviço público de saúde é de prestar o atendimento terciário, num sistema hierarquizado. A lógica do atendimento da maioria desses hospitais é a elaboração de diagnósticos difíceis e tratamentos complexos. Pela própria natureza do atendimento prestado, a fragmentação das atividades em especialidades médicas dificulta ao estudante o acompanhamento de casos.²⁰³

Essa é sem dúvida uma preocupação na formação médica, tendo em vista que quase toda a fase da formação clínica do médico é desenvolvida nos denominados Hospitais Universitários, ou em centros de saúde.

Assim, ao concentrar o treinamento do estudante de medicina a esses locais de atendimento, acarreta na dificuldade de acompanhamento dos casos, pois os retornos às consultas clínicas são sempre demorados, o que dificulta o aluno verificar o andamento do caso.

Observa-se ainda, que a formação deficiente constitui um dos principais obstáculos à boa relação médico e paciente. Muitas vezes, o profissional comete falhas não porque tenha má índole, mas porque é malformado.

Tornar-se médico é muito mais que terminar a Faculdade de Medicina e a residência médica, assim como tornar-se advogado compreende bem mais do que cursar a Faculdade de Direito e ser aprovado no Exame de Ordem.

Formar mais médicos, sem uma política de fixação e de valorização do profissional que atua no Sistema Único de Saúde, levará ao aumento da exclusão e das desigualdades

²⁰³ CAMPOS, G. W. S. *Educação médica, hospitais universitários e o Sistema Único de Saúde*. Cad. Saúde Pública. Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p.187-193, jan-mar, 1999.

no acesso a médicos. No estudo “Demografia Médica no Brasil”, divulgado em 2011, o CFM e o Cremesp tomaram como referência o número de “postos de trabalho médico ocupados” nos setores público e privado.²⁰⁴

Ao contabilizar os usuários de planos de saúde e postos médicos em estabelecimentos privados chegou-se à conta de que há 7,60 “postos disponíveis” para cada 1.000 clientes privados (ANS, AMS-IBGE). Já para a população usuária do SUS, a razão observada é de 1,95.²⁰⁵

Em 2009, o setor privado disponibilizou 354.536 “postos de trabalho médicos ocupados”, enquanto o SUS ofereceu 281.481. Vale lembrar que um quarto da população brasileira é coberta por planos de saúde. O uso do método de regressão linear, pela pesquisa “*Demografia Médica no Brasil*” reforçou a tese de que o aumento da população médica favorece o privado. Para cada médico registrado (CFM) verifica-se o crescimento de 1,86 “posto de trabalho médico ocupado” no setor privado, enquanto no setor público o aumento é de 1,35 posto de trabalho por médico registrado.²⁰⁶

Utilizando esse parâmetro, CFM e Cremesp projetaram que em 2020 será mais acentuada ainda a presença de médicos a favor do setor privado, o que desautoriza o governo federal a afirmar que novas vagas abertas irão necessariamente solucionar a falta de médicos no SUS.²⁰⁷

Ademais, é importante ressaltar que o investimento na área da saúde vai muito além do que a ampliação de vagas nos cursos de medicina, ao contrário, é mais importante investir em qualidade de ensino do que em quantidade.

16.2 Carga horária excessiva do médico residente

Aliada a má formação profissional, as condições de trabalho e a carga horária excessiva do Médico Residente são apontadas como outra causa na ocorrência dos erros médicos.

É consenso que a residência médica tem dupla função: complementar a formação oferecida pela graduação, e também, contribuir para a inserção do médico no mercado de trabalho.

²⁰⁴ Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=2528>> Acesso em 29 de agosto de 2012.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ Idem.

Para a sociedade a residência médica tem papel fundamental na prestação de serviços à saúde, o que levou à institucionalização da residência médica nas políticas públicas de saúde.

Ocorre que por não haver planejamento na formação de recursos humanos tem se admitido que as próprias instituições assumam o papel regulador das atividades do médico residente. Assim, a lógica da residência atende mais a uma necessidade de prestação de serviços – público e privado – do que a de qualificação profissional, já que a forma como os estágios estão organizados mostram mais as necessidades das organizações de saúde do que as de aprendizagem.

Por outro lado, como é de conhecimento geral, os médicos residentes reclamam do excesso de trabalho e da grande carga horária, da dificuldade em focar em seus interesses e pouco tempo para estudos, sendo obrigados a atender os casos que chegam ao hospital; dificuldade de relacionamento com as equipes de médicos e enfermeiros; pouca orientação para realizar determinados procedimentos, dificuldade de acomodação, de alimentação, grande cobrança de resultados, entre outros problemas mais pontuais.

Na verdade, o período de residência médica é muito estressante. O medo de cometer erros, a pressão do trabalho, a fadiga física e a falta de supervisão contribuem para a elevada taxa de estresse no médico residente.²⁰⁸

Aliado ao estresse do trabalho em si, não é incomum o médico residente trabalhar sem supervisão, situação esta que, evidentemente, deixa de ser um treinamento e passa a ser um trabalho médico.

Instituições que utilizam o médico residente com o objetivo de obter, apenas, mais um médico trabalhando desrespeitam não só o direito legal do residente, mas o próprio conceito ético da instituição residência médica, sem falar na gravidade de submeter o paciente a uma situação de risco.

Observando-se que entre o médico e o paciente existe uma relação jurídica com direitos e deveres para ambas as partes, destacando-se, entre os deveres do médico, a responsabilidade, e, entre os direitos do paciente, o de não sofrer dano por culpa do médico, o bom ou o mau desempenho da atividade de treinamento em Medicina são ética e legalmente compartilhados entre residente, preceptor e instituição, conceito esse contido na própria definição de residência médica constante da lei 6932/81.

²⁰⁸ GALVÃO S. *Falta de vagas, o drama do recém formado*. Rev Incor 1996;14:6-16.

A responsabilidade do preceptor, segundo França, é consequente ao caráter peculiar da tarefa de preceptoria e é definida como responsabilidade derivada ou compartilhada. Nesse conceito, cada membro da equipe carrega consigo a corresponsabilidade por atos médicos executados.²⁰⁹

Segundo o Código de Ética Médica, artigo 6º, é vedado ao médico atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais e o médico investido em função de direção tem o dever de assegurar as condições mínimas para o desempenho ético-profissional da Medicina (art. 19).²¹⁰

Compreende-se assim que todos são passíveis de responderem ética e juridicamente por atos médicos realizados, bastando, para tanto, que cada instância judicante defina a responsabilidade a ser atribuída a cada membro da equipe.

16.3 Condições de trabalho do médico

São antigas as discussões no campo das ciências de que as condições ambientais, sociais e psicológicas, sob as quais o trabalho é realizado, influenciam na qualidade do mesmo.

Ao tratar das causas que levam ao cometimento de erros médicos, a análise das condições em que o trabalho médico é realizado não poderia ser negligenciado.

Naturalmente, não há a pretensão de compreender e explanar todas as condições de trabalho médico, a fim de observar seu efeito na produção de erro, porém, de modo geral e dentro do que pode-se observar é possível mencionar as condições em que se desenvolve esse trabalho e que podem contribuir para a ocorrência do erro.

As condições de trabalho médico, aqui tratada, refere-se às condições materiais de trabalho, como equipamentos, ambiente físico, volume de trabalho e equipe de apoio. As relações de trabalho refere-se ainda como o sujeito se relaciona com o seu trabalho em todos os aspectos: relacionamentos com os demais envolvidos, formas de remuneração, jornada de trabalho e também as condições nas quais o trabalho é realizado.

O trabalho médico se desenvolve com duas lógicas de assistência à saúde: a lógica liberal, centrada no consultório particular, exercida por profissionais independentes, cuja relação com o paciente é de clientela, ou contratação de serviços; e a lógica de trabalho

²⁰⁹ FRANÇA, GV. *Direito Médico*. 6ª ed. 1994.

²¹⁰ Resolução CFM nº 1.931/2009, Código de Ética Médica.

cooperativo, cujo melhor exemplo são os hospitais, onde diversos profissionais interagem para prestar atendimento à saúde.

Em ambos os segmentos as reivindicações frequentes dos médicos estão relacionadas à baixa remuneração, que leva à extensão da jornada de trabalho, num mercado de trabalho já escasso e competitivo e a grande interferência dos planos de saúde no trabalho médico também é uma queixa importante. As principais queixas de interferência dizem respeito às restrições a atendimento de doenças pré-existentes, limitações da quantidade de procedimentos, auditoria dos atos diagnósticos e limitação do tempo de internação e do número de exames.²¹¹

Assim, percebe-se que o acesso à saúde compromete também os pacientes que não utilizam a rede da saúde pública, sendo a questão do financiamento outro problema enfrentado pelos pacientes e médicos no tratamento da doença.

A espera pelo atendimento aliada ao estresse do indivíduo enfermo e de seus familiares, bem como a consciência cada vez maior dos direitos do cidadão, pode colocar os pacientes e os profissionais de saúde numa situação de grande animosidade. O paciente ressentido por não ser atendido enquanto os médicos se sentem injustiçados devido às suas condições de trabalho.

O paciente que aguarda atendimento aflige-se com a demora ou com a ausência do médico, tornando-se muitas vezes agressivo, especialmente quando as condições de atendimento são ruins, como a ausência de leito para internação, falta de vaga em centro cirúrgico ou demora no atendimento. De outro lado, os profissionais de saúde, médicos e enfermeiros ressentem-se pelo volume de trabalho e por não poderem ter qualquer intervalo durante suas atividades e, apesar de serem também vítimas da falta de estrutura, são responsabilizados pelos pacientes, pela precariedade do atendimento.

Se as estruturas das instituições de saúde são responsáveis por uma série de erros e efeitos adversos dos tratamentos oferecidos à população, deduz-se que parte dos erros cometidos nas referidas instituições são consequências do descompromisso dos profissionais da saúde para com o paciente, ou, melhor dizendo, da ‘distância’ e frieza construída entre o profissional da saúde e seu paciente.

Mas tal assertiva não pode ser vista como mera crítica ao trabalho do médico, ao contrário, a falta de condições adequadas de trabalho justifica esse distanciamento entre médicos e pacientes, pois os levam a conviver constantemente com a possibilidade de

²¹¹ RIBEIRO, J. M. et al. *Procedimentos e percepções de profissionais e grupos atuantes em mercados de planos de saúde no Brasil*. Ciência e Saúde Coletiva. v. 13, n 5. Rio de Janeiro, 2008.

reações adversas de seu trabalho, quando não raro, são obrigados a escolher qual paciente devem tentar salvar. Tamaña pressão pode gerar um mecanismo de defesa, em que o profissional abstrai o fato de lidar com vidas humanas e passa a exercer suas atividades de forma puramente mecânica, importando-se pouco com os erros daí decorrentes.

Insta salientar que o médico, quer atue na rede privada, quer na pública, acaba sofrendo enorme pressão decorrente do excessivo número de atendimentos e limitação de recursos e exames, o que lhe impede, não raro, de dedicar tempo, atenção e cuidados suficientes a cada um dos enfermos que necessita de sua ajuda. Este fator, por sua vez, é prejudicial à relação médico-paciente e, em certos casos, dificulta o acurado exercício da Medicina, contribuindo para a ocorrência do erro.

16.4 As dificuldades decorrentes dos Sistemas de Saúde

A saúde está prevista constitucionalmente como um direito de todos e dever do Estado.

Assim, todos os brasileiros e brasileiras, desde o nascimento, têm direito aos serviços de saúde gratuitos. Mas ainda faltam recursos e ações para que o sistema público atenda com qualidade toda a população.²¹²

Mesmo quem tem um plano de saúde, também pode ser usuário do Sistema Único de Saúde- SUS, pois pode se beneficiar das campanhas de vacinação, das ações de prevenção e de vigilância sanitária (como controle de sangue e hemoderivados, registro de medicamentos etc.) ou de eventual atendimento de alta complexidade, quando este é negado pelo plano de saúde.

Todavia, a qualidade dos serviços prestados pelo SUS é precária à medida que é longa a fila de espera para consultas, exames e cirurgias, e dependendo do local é comum não haver vagas para internação, além da falta de médicos, pessoal, medicamentos e até insumos básicos.

Também é grande a demora nos encaminhamentos e na marcação para serviços mais especializados e, muitas vezes, os profissionais não estão preparados para atender bem a

²¹² Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *O SUS pode ser seu melhor plano de saúde*. 2ª Ed. 3ª reimpr. Brasília: IDEC, 2003. p.5

população, sem contar que as condições de trabalho e de remuneração são geralmente muito ruins.²¹³

De acordo com pesquisas realizadas pelo Instituto de Defesa do Consumidor - IDEC, em 2002, apenas 54% de 61 medicamentos básicos estavam disponibilizados em centros de saúde de 11 cidades. Outra pesquisa do IDEC demonstrou que em alguns municípios os usuários precisam chegar de madrugada ou retornar várias vezes para marcar um exame preventivo.²¹⁴

As dificuldades do SUS todos conhecem, pois são constantemente exploradas pela mídia: filas imensas, emergências lotadas, serviços fechados, falta de pessoal e de medicamentos, poucos leitos de UTI, hospitais sucateados, dentre tantos problemas.

A verdade é que muito embora o direito à saúde esteja previsto constitucionalmente, faltam recursos e políticas sociais para a eficácia do atendimento médico.

A saúde da população depende de investimento de recursos, de políticas econômicas e sociais.

Frise-se, que a garantia de emprego, salário, casa, comida, educação, lazer e transporte interfere nas condições de saúde e de vida da população.

Saúde não é só atendimento médico, mas também prevenção, educação, recuperação e reabilitação. Desta forma, o orçamento público destinado à saúde é insuficiente, o que fica pior com a política econômica do governo; a CPMF, criada para melhorar a saúde, acabou sendo usada para outros fins; há estados e municípios que descumprem a Constituição e não destinam os recursos previstos para a saúde.²¹⁵

Além disso, parte do dinheiro da saúde, que já é pouco, é desviada para pagamento de salários de aposentados, pagamento de dívidas, obras de outros setores e até pagamento de planos privados de saúde para funcionários públicos.²¹⁶

Portanto, todos esses problemas, em especial a falta de investimentos adequados na área da saúde, acarretam a péssima qualidade dos serviços médicos prestados, não por culpa única e exclusiva do médico, mas porque o erro surge antes, culminando o dano e acarretando a responsabilização direta do profissional que prestou o atendimento imediato, no caso, o médico.

²¹³ Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *O SUS pode ser seu melhor plano de saúde*. 2ª Ed. 3ª reimpr. Brasília: IDEC, 2003, p. 11

²¹⁴ Idem, p. 10

²¹⁵ Idem, p. 11

²¹⁶ Idem.

Percebe-se, portanto, que responsabilização do médico, em muitos casos, tem se mostrado indevida, pois ela ataca o resultado do problema e não a real causa, que no caso se extrai da falta de investimentos públicos na saúde, sendo muito mais um problema político advindo do descaso do Estado por meio de seus governantes.

16.5 Resiliência médica

De acordo com o dicionário Houaiss, resiliência é a propriedade que alguns corpos apresentam de retornar à forma original após terem sido submetidos a uma deformação elástica.²¹⁷

No ano de 1807, o físico inglês Thomas Young denominou de resiliência a capacidade de um material acumular energia sem que isto leve a sua ruptura. Após, cessada a tensão, ele volta ao seu estado normal.²¹⁸

O conceito da física modernamente foi assimilado pelo mundo corporativo, que considera como resilientes aqueles que desenvolveram habilidades para superar tensões, pressões, estresses, mantendo o equilíbrio emocional, sem significativas modificações pós-traumáticas. São também as pessoas que não desistem com facilidade, decretam tais circunstâncias como passageiras, pontuais e superáveis.²¹⁹

A resiliência médica seria, portanto, a capacidade que os médicos devem possuir de retornar ao seu estado psicológico normal após passarem por situação de estresse intenso.

O problema surge quando o profissional da medicina perde ou não tem essa capacidade de recuperação.

Com o objetivo de discutir o tema, a Associação Médica Brasileira (AMB) organizou, em 2010, o primeiro Seminário Internacional de Resiliência Médica.

De acordo com a AMB, 44% dos médicos sofrem de depressão e um dos fatores estruturais que determinam o alto nível de estresse da classe médica é o déficit de quatro milhões de profissionais de saúde em todo o mundo.²²⁰

²¹⁷ HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p.1986

²¹⁸ CAMPOS, Roberto A. de Carvalho; CAMARGO, Rosmari A. Elias. Os limites da resiliência médica. *Jornal da Associação Médica Brasileira*. Março/abril 2011, ano 52 nº 1371, p. 30. Disponível em: http://www.amb.org.br/teste/imprensa/jamb/jamb_2011_mar_abr.pdf. Acesso em 19 de junho 2011.

²¹⁹ Idem.

²²⁰ CHUARI, Bruno. Resiliência: a defesa natural contra o estresse. *Jornal da ANAMT*, Goiás, p.16, dez/2010.

Entre os fatores que podem potencializar problemas psicológicos nos profissionais de saúde, estão: baixa remuneração; alta responsabilidade que envolve questões de vida e morte humana; excesso de trabalho; plantões seguidos e exaustivos; a influência de terceiros opinando e forçando condutas inadequadas.²²¹

Portanto, o profissional da medicina, mais do que qualquer outro profissional, é alvo vulnerável para situações de estresse.

Algumas características da atividade do médico concorrem para a geração de intensa mobilização emocional, incluindo:²²²

- *contato com dor e sofrimento;*
- *acesso a intimidade física e emocional de pacientes;*
- *contato com pacientes terminais, com alto nível de depressão e hostilidade;*
- *contato com as incertezas e limitações da prática médica, associada às condições precárias de trabalho.*

Observa-se ainda, que no processo de desenvolvimento da atividade médica, em si, o estresse pode ser caracterizado em três categorias: profissional, situacional e pessoal.

“Estresse profissional - associado ao desenvolvimento do médico na sociedade, vinculado à responsabilidade profissional, ao lidar com situações problemáticas, ao gerenciamento do volume de conhecimento e planejamento da carreira profissional.

Estresse situacional - decorrente da carga de trabalho em si, assim como a privação do sono, fadiga, excesso de pacientes, condições de ambiente de trabalho oferecidas.

Estresse pessoal - relacionado às características individuais como sexo, personalidade, resistência a privação do sono, maior ou menor capacidade de lidar com situações de emergência, situação socioeconômica e problemas familiares.”(grifo nosso)²²³

Ademais, o desenvolvimento de novos recursos diagnósticos e terapêuticos, a influência da indústria farmacêutica e de equipamentos e a crescente presença das empresas compradoras de serviços médicos são fatores que tem produzido profundas transformações na profissão médica e as repercussões dessas mudanças ocorrem em vários campos, como, por exemplo, na perda da autonomia, na remuneração, no estilo de vida, na saúde do médico, no comportamento ético dos médicos e nas relações entre médicos e pacientes.²²⁴

²²¹ CHUARI, Bruno. Resiliência: a defesa natural contra o estresse. *Jornal da ANAMT*, Goiás, p.16, dez/2010.

²²² Idem.

²²³ Idem.

²²⁴ Idem.

Acrescenta-se a esse quadro, a insistente divulgação pela mídia das mazelas da assistência médica no Brasil que, pelo seu caráter sensacionalista, tende a criar uma imagem social bastante negativa do médico.

Paralelamente, os meios de divulgação tem colocado à disposição da população informações a respeito de avanços tecnológicos na Medicina, o que costuma produzir forte impacto emocional. Os novos recursos tecnológicos passam a ser desejados e buscados pelos pacientes e familiares, embora muitas vezes embasados em expectativas irrealistas.

Alia-se a tudo isso, a promulgação de novas leis incentivadoras ao exercício da cidadania, como o Código de Defesa do Consumidor, que colaboram para que, muitas vezes, pacientes e familiares sintam-se encorajados em processar com maior frequência os médicos por suposta imperícia, imprudência ou negligência.

Diante disso, o relacionamento entre médicos e pacientes está se tornando cada vez mais frágil e vulnerável. De um lado, os médicos são vistos com desconfiança pelos pacientes. Por outro lado, os médicos mostram-se insatisfeitos e estressados com a rotina de trabalho.

Ressalte-se que, pelo fato de atuar na linha de frente, isto é, ter o contado direto e imediato com o doente, o médico acaba sendo culpado por todas as adversidades existentes no sistema de saúde, pelas péssimas condições de atendimento, pela falta de estrutura, etc.

Esta descrição dos aspectos sociológicos do trabalho médico pode ser aplicada aos demais profissionais da saúde, caracterizando um estado de insalubridade ocupacional que tem repercussões psicológicas significativas no profissional e na sua relação com os pacientes e que acaba resultando em uma situação insatisfatória tanto para o médico quanto para o paciente.

Como visto, existem vários fatores que podem ocorrer para a causa de um erro médico, como exemplo, o cansaço, a negligência, a incompetência, a falta de infraestrutura adequada, a falha de equipamento, os produtos com defeitos.

É certo que um atendimento de saúde envolve toda uma equipe composta por um ou mais médicos e também outros profissionais, tais como paramédicos, enfermeiros, atendentes e outros. Assim sendo, é extremamente relevante uma atuação sistêmica de forma a prevenir que o erro se repita em todas as esferas, evitando-se a ocorrência do dano.

17 O MÉDICO COMO PARTE HIPOSSUFICIENTE

Frente aos riscos de todo processo judicial, nos casos de pedido indenizações sob alegação de erro médico, a posição mais confortável é a do paciente, ou de sua família, já que ela não corre sequer os riscos do insucesso nem os prejuízos típicos da improcedência da demanda.

E, sem dúvida, a posição mais desconfortável é a do médico, que vê sua reputação em jogo, vivendo também um drama ético de se ver processado talvez de forma infundada.

Apesar disso, o direito trata o *paciente* como a parte hipossuficiente.

Porém, passaremos a demonstrar que o médico não deixa de ser também uma parte fraca na relação processual, já que não foi preparado para desempenhar o papel de réu e precisará procurar um advogado, afinal, as perdas, sejam financeiras, sejam de reputação, podem levá-lo à ruína.

E paralelamente ao processo judicial, geralmente há um processo ético ou disciplinar em curso junto ao conselho profissional, que pode vir a influenciar no julgamento judicial, além de submeter o médico às penas de advertência, suspensão e cassação do exercício profissional.²²⁵

Além disso, o médico expõe seu patrimônio de pessoa física nesses processos, de modo que seu risco é muito maior do que o do hospital. Afinal, o risco de indenizações é contado pelos hospitais na formação do seu preço, fazendo desse elemento uma condição inerente ao seu negócio. Então, o hospital está preparado para perder em algum momento, mas o médico tipicamente não pode perder, pois isso comprometeria substancialmente o seu patrimônio, sua subsistência e sua imagem, talvez de forma irreversível.

O médico, portanto, deveria ser a parte mais interessada na prevenção dos processos e a minimização dos riscos envolvidos.

Quando se fala em prevenção, fala-se em mudança de cultura. Além de se concentrar em cuidar da saúde do paciente, o médico tem que se resguardar de um eventual processo judicial, o que ele somente vai conseguir por meio da manutenção de uma documentação adequada, principalmente pelo preenchimento correto do prontuário.

É certo que a dedicação a esses procedimentos exige cuidado e tempo, mas certamente é a maneira mais eficiente e barata de evitar problemas judiciais.

Outra medida muito importante é a assinatura do termo de consentimento informado, documento no qual o paciente deve ser esclarecido em linguagem direta e completa sobre

²²⁵ Brasil. Lei 3.268/1957. art. 17

os riscos e expectativas do tratamento.²²⁶ É claro que o esclarecimento dos riscos pode fazer com que alguns pacientes desistam de uma série de intervenções cirúrgicas, especialmente daquelas que não são absolutamente necessárias, como as cirurgias plásticas estéticas ou as correções cirúrgicas de miopia.

Porém, além de ser um direito desses pacientes evitar o risco, a existência de um único processo certamente seria mais prejudicial para o médico do que a perda de uma dezena de pacientes.

Igualmente importante é o médico dar continuidade ao tratamento e, se for caso, notificar o paciente de que ele precisa de acompanhamento. Muitas vezes os danos são decorrentes do tratamento inadequado e da falta do paciente em seguir as prescrições.²²⁷

Além disso, quando o paciente se sente abandonado pelo médico, ele se torna muito mais tendente a fazer um pedido judicial de reparação de dano.

Desta forma, sem uma legislação específica acerca da responsabilidade médica, e valendo-se apenas de normas deontológicas, os médicos muitas vezes são obrigados a tomar decisões que futuramente poderão ser responsabilizados por seus atos.

Questões relacionadas a autonomia do idoso, ao acobertamento de erro de colega, comunicação de más notícias, publicidade, maus-tratos e tantos outros são problemas enfrentados cotidianamente pelos profissionais da medicina.

Assim, perguntas como: paciente idoso capaz deve obrigatoriamente ser informado sobre diagnóstico de doença terminal? Não indicar no prontuário do paciente o esquecimento de compressa em procedimento anterior realizado por outro médico significa conivência? Até que ponto o auditor pode interferir no tratamento do paciente? O médico pode abandonar um caso, baseado no fato de que o atendido não aceitou o procedimento indicado?

Esses e outros tantos questionamentos são rotineiros na vida dos profissionais da medicina e necessitam ser regulamentados de maneira eficaz, de modo a impedir soluções diversas e jurisprudência conflitante, o que implicaria em enorme insegurança jurídica.

Trazendo a discussão para o campo da prática, podemos citar um exemplo de um dilema vivenciado por um médico de hospital público:

paciente de 50 anos apresenta várias sequelas em consequência de um AVC, necessitando de internação na enfermaria. Médico assistente tenta mantê-la internada o quanto possível no hospital por avaliar que a família, muito pobre, não

²²⁶ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.89.

²²⁷ POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas*. Belo Horizonte: DelRey, 2010. p 67

*pode arcar com a responsabilidade de cuidar da mulher em casa. Porém, o médico sofre pressão do hospital para dar alta, pois a demanda de atendimento é grande.*²²⁸

Nesse caso, se o médico der alta e eventualmente a paciente falecer em casa, poderá o médico ser processado pela família, sob alegação de negligência, por não ter prestado o atendimento necessário, entre outras alegações.

Por outro lado, se o médico não der alta e outro paciente dependente daquela vaga falecer ele também poderá ser processado e, ainda, apontado pelo hospital como o causador do dano.

Este é apenas um exemplo de muitos tantos que são vivenciados pelos médicos na sua rotina profissional. Daí se extrai a conclusão lógica de que as poucas leis, doutrinas e jurisprudências existentes a respeito não são capazes de apontar uma solução justa para o problema da saúde pública.

Importa salientar que o médico, quer atue na rede privada, quer na pública, acaba sofrendo enorme pressão decorrente do excessivo número de atendimentos e limitação de recursos e exames, o que lhe impede de dedicar tempo atenção e cuidados suficientes a cada um dos enfermos que necessita de sua ajuda. Este fator é prejudicial à relação médico-paciente e, em certos casos dificulta o acurado exercício da Medicina.

²²⁸ OSELKA, Gabriel. *Bioética clínica: reflexões e discussões sobre casos selecionados*. 2 ed. São Paulo: CREMESP, 2009. p.69/70.

18 A RESPONSABILIDADE DAS OPERADORAS DE SAÚDE

Diante da notória escassez de investimentos públicos na área da saúde, o que acarreta no sucateamento do serviço prestado pelos hospitais públicos e prontos socorros, muita gente acredita que aderir ao plano de saúde é a única alternativa para se livrar dos problemas do Sistema Único de Saúde, conhecido pelas longas filas de espera, pelas dificuldades de marcação de consultas e exames, pela falta de médicos e medicamentos, pela falta de vagas para internação, dentre tantos outros diariamente noticiados pela mídia e vivenciados pela população.

Com isso, para a parcela da população com melhores recursos financeiros a adesão ao plano de saúde se torna item de necessidade básica, sendo incluído no orçamento familiar como medida de cautela e esperança de que uma vez doente a pessoa terá a garantia de um atendimento mais célere.

Ocorre, que os planos de saúde não representam uma solução para o problema da saúde no Brasil. Até mesmo os países desenvolvidos questionam cada vez mais esse modelo, que encarece os sistemas de saúde e não contribui para melhorar a qualidade da assistência.²²⁹

Além disso, os médicos não se cansam de denunciar que existe forte pressão das operadoras para que seja limitado o número de exames e outros procedimentos e as entidades médicas chegaram até a lançar a campanha: “*Planos de saúde: enfiam a faca em você e tiram o sangue do médico*”.²³⁰

Acrescente-se que o mercado dos planos de saúde é muito vasto e confuso. Hoje, atuam no Brasil mais de 2.000 operadoras, que atendem cerca de 36 milhões de pessoas e movimentam em torno de R\$ 35 bilhões por ano.²³¹

E mais, segundo pesquisa do Instituto Datafolha, realizada a pedido da Associação Médica Brasileira (AMB), são muitas as formas de interferência dos planos de saúde na rotina e no trabalho dos médicos.²³²

²²⁹ O SUS pode ser seu melhor plano de saúde. *Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor*. – 2. ed., Brasília: IDEC, 2003. Disponível em: < http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/sus_plano_saude.pdf > Acesso em 15 março 2012

²³⁰ Idem.

²³¹ Fonte ANS: - Cadernos de Informação Suplementar – dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.ans.gov.br/porta1/upload/informacoesss/caderno_informaca_12_2006.pdf > Acesso em 15 março 2012.

²³² O SUS pode ser seu melhor plano de saúde. *Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor*. – 2. ed., Brasília: IDEC, 2003. Disponível em: < http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/sus_plano_saude.pdf > Acesso em 15 março 2012.

Essa interferência das operadoras de saúde fere a autonomia profissional do médico, como também pode prejudicar os pacientes. Segundo os médicos, estas são as principais arbitrariedades:²³³

- *Restrições à cobertura de doenças preexistentes.*
- *Glosas (não autorização de cobertura ou de pagamento) de procedimentos ou medidas terapêuticas.*
- *Liberação de atos diagnósticos e terapêuticos somente mediante a designação de auditores.*
- *Interferência no período de internação pré-operatório.*
- *Interferência no tempo de internação de pacientes com a pressão das operadoras para diminuição do número de exames e tempo da internação.*
- *Recusa de pagamento de serviços prestados ou valor irrisório pago para consultas e procedimentos.*

Essas práticas, usadas para limitar procedimentos e reduzir custos, são totalmente contrárias ao exercício ético da medicina e representam violação aos direitos dos pacientes e enorme ingerência nos trabalhos do médico em afronta ao disposto no inciso VII do Novo Código de Ética Médica.

Além disso, a excessiva onerosidade dos contratos impostos pelas operadoras de planos de saúde aos médicos pessoas físicas, traz prejuízos tanto a estes quanto aos pacientes.

Segundo relatos médicos há operadoras de planos de saúde que chegam a pagar por uma consulta médica a importância de R\$ 12,00 (doze reais), o que sem dúvida chega a ser irrisório se comparado ao fato de que um profissional qualificado estudou 6 (seis) anos de faculdade e mais 2 à 5 anos de residência médica.²³⁴

Uma pesquisa realizada pelo Datafolha a pedido da Associação Paulista de Medicina aponta que cerca de nove em cada dez médicos paulistas dizem sofrer interferência dos planos de saúde.²³⁵

Além de serem mal remunerados pelas operadoras de saúde e sofrerem grande pressão e ingerência em seus trabalhos, os médicos relatam que são ameaçados de

²³³ Fonte ANS: - Cadernos de Informação Suplementar – dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/informacoesss/caderno_informaca_12_2006.pdf> Acesso em 15 março 2012.

²³⁴ ALMEIDA, Fernando. Por que alguns médicos não atendem plano de saúde? Disponível em: <<http://www.drfernandoalmeida.com.br/blog/2007/12/03/por-que-alguns-medicos-nao-atendem-plano-de-saude-ou-sao-restritivos-aos-planos-de-saude/>> Acesso em 18 mar 2012.

²³⁵ Em São Paulo, médicos acusam planos de saúde de ingerência. <Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,em-sp-medicos-acusam-planos-de-saude-de-ingerencia,614693,0.htm>> 24 set. 2010

descredenciamento pelas operadoras, caso não reduzam o numero de exames, o tempo de internação e a prescrição de medicamentos de alto custo. Com isso, os médicos ficam impossibilitados de prestar um serviço de qualidade ao usuário dos convênios.²³⁶

De acordo com alguns relatos médicos são corriqueiras e reiteradas as recusas das operadoras em autorizar exames e terapias indicados pelos médicos em benefício dos pacientes e negados pelas empresas.

Prova disso se extrai das inumeras ações judiciais distribuidas diariamente por usuários de planos de saúde que buscam a tutela jurisdicional do Estado para ter acesso a exames médicos e procedimentos cirúrgicos negados pelas operadoras de saúde.

De acordo com o Secretário do Conselho Federal de Medicina Desiré Callegari, muitos médicos são denunciados aos conselhos regionais por má prática da medicina porque não conseguem exercer sua autonomia, deixando de pedir um determinado exame de alto custo para o diagnóstico, por exemplo, porque estão reféns do sistema e se eles se insurgem contra os planos são desligados.²³⁷

Em casos assim, onde a limitação do numero de exames impede a apuração do diagnóstico correto é certo que a responsabilidade por eventual dano gerado ao paciente deveria ser imputada à operadora do plano de saúde e jamais ao médico. Mas, infelizmente, na prática não é isso que vem ocorrendo, primeiro porque o médico por atuar na linha de frente acaba sendo o principal suspeito da pratica do erro, e segundo pela difícil demonstração no processo judicial da comprovação do real causador do dano.

Além disso, verifica-se que a lide fundada na responsabilidade civil por erro médico típico tende a unir elementos fáticos peculiares a cada caso concreto e torna-se muito difícil ao intérprete do direito analisar com precisão as causas que induzem ao cometimento de um erro, não só pelo fato de não vivenciar a rotina médica, mas, também pelo fato do processo judicial seguir um modelo rígido e preexistente que não se amoldam à realidade da medicina, sendo difícil conseguir comprovar por meio documental tudo que acontece nos “bastidores” dos hospitais, laboratórios, clínicas e consultórios.

No tocante à questão da responsabilidade civil das operadoras de saúde, o STJ já decidiu em diversos julgados que há solidariedade na responsabilidade dos danos causados pelos seus médicos segurados.

²³⁶ Em São Paulo, médicos acusam planos de saúde de ingerência. <Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral/em-sp-medicos-acusam-planos-de-saude-de-ingerencia,614693,0.htm>> 24 set. 2010

²³⁷ Idem.

A título de exemplo, podemos citar o Recurso Especial nº 1133386 julgado pela Quarta Turma do STJ, que reconheceu a legitimidade passiva do plano de saúde, em decorrência do erro cometido pelo médico.²³⁸

A fundamentação jurídica para imputação de responsabilidade das operadoras de saúde pelos danos causados por seus médicos segurados se assenta na natureza dos contratos de adesão firmados entre os planos de saúde e os usuários, através dos quais os planos indicam os profissionais a serem procurados e contratados pelos usuários, fazendo nascer a responsabilização solidária da operadora de saúde, que deverá responder pelos danos causados pelos profissionais a ela vinculados à luz do contido no art. 7º, parágrafo único e ainda art. 25 § 1º, além do próprio art. 14, *caput*, todos do Código de Defesa do Consumidor.

É de se observar ainda, que as operadoras privadas de planos de saúde estão legalmente bem caracterizadas e fazem parte do sistema de atendimento à saúde brasileiro.

Ademais, a Constituição Brasileira de 1988 é clara ao definir que o modelo de saúde adotado no Brasil é um sistema misto: ao mesmo tempo em que determina que a saúde é um direito de todos e dever do estado, deixa claro que a iniciativa privada poderá atuar na área da saúde.²³⁹

Adequado, neste ponto, transcrever o teor do artigo 196, da Constituição Federal brasileira que diz:

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

E do *caput*, do artigo 199, de nossa Carta Magna, *verbis*: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

Portanto, a atividade das operadoras privadas de planos de saúde está inserida no contexto constitucional da assistência à saúde no País, devendo ser responsabilizada pelos danos sofridos pelos seus usuários.

Em alguns casos, ousa-se dizer que a ingerência no trabalho do médico é de tal modo que o médico deveria ser isento de qualquer responsabilidade, passando tal ingerência a ser considerada como causa excludente de responsabilidade.

²³⁸ Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=983346&num_registro=200900651817&data=20100630&formato=PDF> Acesso em 30 jun. 2011.

²³⁹ SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade civil dos planos de saúde. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/33642/2>> Acesso em 13 de julho de 2011.

19 RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL

No tocante à responsabilidade civil dos estabelecimentos hospitalares, costuma-se seguir o preceito constitucional da responsabilidade objetiva.

De acordo com a Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso.²⁴⁰

O Código Civil brasileiro estabelece que são responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.²⁴¹

Tal entendimento foi sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, aduzindo que *"é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto"*.²⁴²

A responsabilidade do hospital também pode ser regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que o obriga a provar, em face da aplicação do art. 6º, VIII do referido CDC, que não agiu com culpa.

Ocorre que, muito embora a maior parte das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça reconheça a responsabilidade objetiva dos hospitais, recente decisão dessa corte, ao analisar pedido de indenização formulado contra hospital em razão de alegado erro praticado por médicos a ele relacionados, decidiu que o hospital somente pode ser responsabilizado quando se demonstrar a culpa dos profissionais.

Nesse recente julgado, o STJ concluiu que em caso de erro médico é o profissional, e não a clínica, que deve ser responsabilizado.²⁴³

Assim, se o dano for decorrente de um suposto erro, causado por atuação de um médico do estabelecimento, há que se verificar a culpa. Em contrapartida, se o erro ocorrer por defeito de um dos serviços próprios do hospital, o que norteará a responsabilização deste estabelecimento será a teoria da responsabilidade objetiva.²⁴⁴

Logo, o hospital deverá suportar o ônus de provar em juízo que não é o responsável pelos danos causados a um determinado paciente que o acusa, ao contrário da responsabilidade do médico, que deverá ser provada pelo paciente.

²⁴⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 37, § 6º

²⁴¹ BRASIL. Código Civil Brasileiro. Art. 932, III

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 341

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1019404/RN, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado 22/03/2011, DJe 01/04/2011.

²⁴⁴ SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. Campinas: LZN, 2006

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que, em se tratando de atuação técnico-profissional, a culpa é subjetiva no que tange à atuação do médico, exemplificando, por outro lado, os casos em que a responsabilidade será apurada de forma objetiva, conforme aresto:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes.

Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.).

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.²⁴⁵

Destarte, a responsabilidade civil do hospital é objetiva quando o erro for oriundo de procedimentos inerentes à atividade do hospital, e subjetiva quando o erro ocorrer por serviço médico-preposto do estabelecimento.

Portanto, se um defeito em um bisturi elétrico conduz à amputação da perna de um recém nascido, os pais podem acionar o hospital e nesse processo não cabe sequer discutir de quem foi a culpa. Basta mostrar que houve defeito e o hospital será obrigado a indenizar a família.

Porém, se o serviço for prestado sem que haja defeito algum, o hospital não pode ser levado a indenizar o paciente, apesar da existência de dano e de nexo de causalidade.²⁴⁶

²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 258.389/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 22/08/2005 p. 275

Todo tratamento médico envolve riscos, mas, a jurisprudência vem se inclinando no sentido de que esses riscos não correm todos por conta do hospital, delimitando os casos em que o hospital será responsável ou não. Isso é diferente do que acontece no transporte aéreo, em que todos os riscos correm por conta empresa.

Como o hospital responde apenas pelo risco de prestar um serviço defeituoso, sua responsabilidade é afastada quando resta comprovado que o dano aconteceu por culpa exclusiva do paciente ou de terceiro. Assim, caso o eventual prejuízo ocorra por causa do mau uso de um determinado equipamento, ou pelo fato de o paciente não ter seguido as prescrições médicas, não existirá obrigação de indenizar.²⁴⁷

Portanto, tem se entendido que a definição dos limites da responsabilidade do hospital depende do esclarecimento de sua relação com o paciente. Se o paciente busca diretamente um hospital e este põe à sua disposição os seus médicos, trata-se de um *contrato de consumo entre o paciente e o hospital*. Todavia, se o paciente busca um obstetra e este contrata os serviços do hospital, para a realização de um parto em suas instalações, não existe uma relação direta de *prestação de serviços médicos* entre o hospital e o paciente.²⁴⁸

Nesses casos, o hospital só mantém sua responsabilidade objetiva no que toca aos serviços que ele presta diretamente (equipamentos, hotelaria, segurança), mas não pelo serviço médico propriamente dito, que é de responsabilidade da equipe médica. Nesses casos, o hospital não responde pelos *riscos de um serviço defeituoso*, mas apenas pela culpa de ter permitido que um médico descompromissado utilizasse suas dependências.

19.1 Infecção hospitalar

Infecção hospitalar "é aquela adquirida após a admissão do paciente e que se manifeste durante a internação ou após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares."²⁴⁹

Sua prevenção e controle envolvem medidas de qualificação de assistência hospitalar, de vigilância sanitária e outras, tomadas no âmbito do Estado, do Município e

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 258.389/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 22/08/2005 p. 275

²⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1019404/RN, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado 22/03/2011, DJe 01/04/2011.

²⁴⁸ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 725.

²⁴⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.616/MS/GM de 12 de maio de 1998, Anexo II, Item 11.2

de cada hospital, atinentes ao seu funcionamento, levando em consideração que as infecções hospitalares constituem risco significativo à saúde dos usuários dos nosocômios.²⁵⁰

Infecção comunitária, por sua vez, é aquela já constatada ou em incubação no ato de admissão do paciente, desde que não se relacione com internação anterior no mesmo hospital, tampouco esteja associada à complicação ou extensão da infecção já presente na admissão, a menos que haja troca de microorganismos com sinais ou sintomas fortemente sugestivos dessa aquisição de nova infecção. Também se arrola no caso a infecção em recém-nascido, cuja aquisição por via transplacentária é conhecida ou foi comprovada, tornando-se evidente logo após o nascimento.²⁵¹

Rui Stoco ensina que o desenvolvimento e a multiplicação oportunista de seres inferiores no organismo debilitado do paciente, em decorrência de intervenção cirúrgica ou da ação de medicamentos, podem resultar em consequências nocivas ao paciente, em grau maior ou menor, podendo mesmo conduzir ao óbito ou a lesões graves.²⁵²

Fica patente que os microorganismos causadores de patologias no organismo humano estão presentes em qualquer local, devendo ser combatidos veementemente e com maior atenção nos estabelecimentos hospitalares, evitando-se os riscos de infecção nos pacientes em tratamento. A simples presença desses microorganismos gera presunção de culpa, traduzida em conduta omissiva, desidiosa ou negligente do hospital.²⁵³

Em 1998, o Ministério da Saúde determinou a criação da Comissão de Controle de Infecção Hospitalar (CCIH) em cada unidade, como parte da execução do Programa de Controle de Infecções Hospitalares (PCIH), que visa a redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares. A CCIH elabora, implementa, mantém e avalia o programa de controle de infecção hospitalar que seja adequado às características e às necessidades da instituição.²⁵⁴

Não basta, porém, a presença da Comissão para o hospital se eximir da responsabilidade por eventual dano. É preciso que o mesmo atente às normas básicas editadas pelo Ministério da Saúde a fim de combater os riscos de infecção hospitalar, pois sendo a infecção provocada por germes localizados em suas dependências, restará definida

²⁵⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.616/MS/GM de 12 de maio de 1998

²⁵¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.616/MS/GM de 12 de maio de 1998, Anexo II, Item 1.1

²⁵² STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2004.

²⁵³ idem.

²⁵⁴ Portaria nº 2.616/MS/GM de 12 de maio de 1998

a responsabilidade civil do estabelecimento pela inequívoca demonstração do liame gerador do dever de recomposição.²⁵⁵

Ocorrendo a infecção hospitalar e verificado o dano, é imputada ao hospital a responsabilidade em indenizar o paciente, salvo se comprovar que a infecção foi por ele trazida quando da internação ou que ele próprio, pela conduta inadequada (falta de higiene pessoal), deu causa ao surgimento da moléstia.²⁵⁶

Do contrário, a responsabilidade civil do hospital por infecção hospitalar será sempre objetiva, pois tal decorre do fato da internação, e não da atividade médica em si.²⁵⁷

Por fim, quanto à responsabilidade solidária do médico acerca da infecção hospitalar, a mesma só terá embasamento se o médico agir com negligência ao realizar procedimento cirúrgico consciente de que o local não oferece condições ideais, assumindo ele próprio o risco de internar ou manter o paciente.²⁵⁸

²⁵⁵ MATIELLO, Fabrício Zamproga. *Responsabilidade Civil do Médico*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006

²⁵⁶ MATIELLO, Fabrício Zamproga. *Responsabilidade Civil do Médico*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006

²⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº629.212/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2007. DJ 17/09/2007

²⁵⁸ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2004

20 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, a responsabilidade será do Estado (Administração Pública) se a falha ou erro médico ocorrer em hospital ou qualquer outro estabelecimento público, *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Trata-se do princípio da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, que estabelece que demonstrado o dano, independentemente de culpa ou não deste ente, deverá indenizar, a menos que seja hipótese de culpa exclusiva da vítima (paciente), caso fortuito ou força maior.²⁵⁹

Há, conseqüentemente, direito de regresso do ente público contra o médico (empregado), desde que haja dolo ou culpa por parte deste.

Além do comando constitucional do parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, o Código Civil brasileiro explicita a responsabilidade objetiva, em seu artigo 43, *verbis*: "*As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.*".

Assim, tanto a União, os estados membros, o distrito federal e os municípios, como os hospitais e demais entidades prestadoras de serviços públicos, serão responsabilizados independentemente da existência de culpa, ressalvando-se apenas as excludentes de responsabilidade do caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima, uma vez que afastam o nexo de causalidade.²⁶⁰

O serviço público de saúde, no Brasil, é realizado através do Sistema Único de Saúde, assim, sendo um serviço público, ou seja, "[...] prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado"²⁶¹, deve obedecer aos

²⁵⁹ POLICASTRO, Décio. *Erro Médico e suas consequências jurídicas*. 3ª Ed, revista, atualizada e ampliada – Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.112

²⁶⁰ POLICASTRO, Décio. *Erro Médico e suas consequências jurídicas*. 3ª Ed, revista, atualizada e ampliada – Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.113

²⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 330.

princípios inerentes ao serviço público: generalidade, continuidade, modicidade, cortesia e principalmente o princípio da eficiência, de forma que o serviço deverá ser “satisfatório, qualitativa e quantitativamente”²⁶²

Santin tece o seguinte comentário:

Não tem sentido lógico e jurídico o Estado arrecadar tributos e não fornecer a contrapartida social, representada por serviços públicos em padrão adequado, descumprindo a sua obrigação na relação jurídica com o povo. Parece óbvia demais esta conclusão, mas a realidade demonstra que o Estado não presta adequadamente os serviços públicos, bastando uma rápida visualização dos problemas e deficiência dos serviços de saúde, educação, justiça e segurança pública. Por mais boa vontade que tenha o cidadão ao avaliar os serviços públicos, a constatação segura é da ausência de “serviço adequado” em todos os níveis estatais [...]. A reclamação popular é generalizada e as deficiências são notórias. Passam anos e governos, os problemas aumentam e a qualidade dos serviços não alcança patamar suficiente para atendimento das expectativas e satisfação popular.”²⁶³

Assim, nas ações de erro médico quando tratar-se de um atendimento prestado na qualidade de serviço público, através do SUS é necessário analisar qual o ente federativo poderá ser acionado judicialmente, como responsáveis nessa ação. A União, responsável pela direção do SUS; o Município, responsável pelo serviço de saúde; ou, o ente público que mantém aquela instituição hospitalar, em razão do disposto no parágrafo 6º, art. 37 da Constituição Federal.

Esse questionamento se justifica, pois não há uma clareza em relação a responsabilidade dos entes federativos.

A Constituição Federal, em seu art. 196 reza que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.²⁶⁴

Pela simples leitura do artigo vê-se que todos os entes da federação são responsáveis pela saúde – já que “Estado” deve ser compreendido como o conjunto dos entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Contudo, há duas vertentes jurisprudenciais divergentes entre si. Uma dessas vertentes entende que a União tem legitimidade para responder as ações de erro médico justificando que a Lei Orgânica da Saúde determina que é da competência da União a direção nacional do SUS.

²⁶² Idem, p. 396

²⁶³ SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: RT, 2004, p. 49.

²⁶⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse sentido, há acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, reconhecendo a legitimidade da União em casos de erro médico em atendimentos fornecidos pelo SUS:

RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGLIGÊNCIA MÉDICA. PARTO. SUS. NÃO CONSTATAÇÃO DE FALTA DE ÂNUS NO BEBÊ. UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1.- A União possui legitimidade para figurar no pólo [sic] passivo de demanda indenizatória por erro médico porque figura como ente responsável pela Saúde (art. 196, CRFB); ademais, o pagamento de indenização que venha a ser estipulada competirá, em última análise, à União, que é o ente responsável pela distribuição de verbas direcionadas ao SUS. 2.- A instrução comprovou a efetiva precariedade no atendimento, com a inobservância dos cuidados mínimos e necessários, pois o bebê não foi atendido por um pediatra após seu parto, mesmo ante a constatação de que seu pé era torto, não verificada a malformação na criança, consistente na ausência do ânus. (TRF 4ª Região, Acórdão Classe: AC – Apelação cível, Processo: 2003.71.02.004079-3 UF: RS, Data da Decisão: 25/11/2008, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relatora: Maria Lúcia Luz Leiria, grifo nosso)²⁶⁵

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E INVALIDEZ PERMANENTE. ERRO MÉDICO. SOLIDARIEDADE PASSIVA DA UNIÃO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, dentre outras, a administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde, sendo essa atribuição suficiente para estabelecer solidariedade passiva necessária entre as aludidas entidades, de molde a justificar sua presença no pólo [sic] passivo de demanda referente a alegado erro médico que teria sido cometido no Hospital Celso Ramos. (TRF 4ª Região, Acórdão Classe: AG - agravo de instrumento, Processo: 2008.04.00.021564-7, UF: SC, Data da Decisão: 17/09/2008, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Valdemar Capelett, grifo nosso)²⁶⁶

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PENSÃO VITALÍCIA. DEFICIÊNCIA NO ATENDIMENTO HOSPITALAR. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE EXTRAÇÃO DE APÊNDICE. EDEMA CEREBRAL OCASIONANDO TETRAPLEGIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DOS AUTORES EM RELAÇÃO AOS PROFISSIONAIS MÉDICOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. VALOR DA INDENIZAÇÃO E DAS PENSÕES. A União, além de ser gestora e financiadora do Serviço Único de Saúde - SUS, é, juntamente com os Estados, Municípios e Distrito Federal responsável para a consecução das atividades inerentes ao Sistema. Notória ainda a omissão do Poder Público em proceder à devida fiscalização no estabelecimento de saúde conveniado, o que contribuiu decisivamente para que uma série de erros, negligências e deficiências físicas e de pessoal viessem a reduzir o autor Vagner à cruel situação em que atualmente se encontra. As lides que se fundem em responsabilidade objetiva do Estado não devem ser integradas também pelos prepostos do Ente Estatal, pena de ofensa ao princípio da economia processual, portanto, correta a sentença ao extinguir o processo, sem o julgamento do mérito, em relação aos réus Dirley Domingos Eugênio, Edimo Aires Peres Bordin e Celso Sawao Konda, e consequentemente, lhes falta de interesse em recorrer da sentença de primeiro grau. Manifesto o nexo de causalidade entre o tratamento dispensado ao autor Vagner o evento danoso que o vitimou, pois embora tratando-se de procedimento cirúrgico relativamente simples e sem maiores

²⁶⁵ Disponível em: < <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1> > Acesso em: 08 julho de 2012.

²⁶⁶ Idem.

riscos ao paciente, o autor sofreu graves e irreversíveis seqüelas [sic], em face do inadequado tratamento que lhe foi dispensado no período pós-operatório. Os valores fixados a título de indenização por danos morais estão dentro do critério de razoabilidade, considerando-se a gravidade dos danos sofridos pelo autor Vagner. A verba honorária deverá incidir sobre a totalidade da condenação, mantido o percentual de 10%. (TRF 4 Região, Acórdão Classe: AC - Apelação Cível, Processo: 2003.70.11.002325-3, UF: PR, Data da Decisão: 23/03/2008, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Edgard Antônio Lippmann Júnior, D.E. 07/04/2008, grifo nosso)²⁶⁷

Já para a outra vertente jurisprudencial a União não tem legitimidade para figurar no polo passivo das demandas envolvendo erro médico, também existindo decisões nos Tribunais Regionais Federais nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MÉDICO CONVENIADO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO PARA RESPONDER PELOS DANOS DECORRENTES DE ERRO DE DIAGNÓSTICO. 1. A União não é legitimada passiva para responder pelos danos morais e materiais decorrentes de erro de diagnóstico realizado por médico conveniado ao Sistema Único de Saúde - SUS, isto por que, a descentralização dos serviços de saúde entre as entidades da federação imunizam a União de responsabilidade em se tratando de hospital público, que responde solidária e objetivamente por infortúnios ocorridos no seu mister. 2. A ação indenizatória deve ser direcionada a quem concorreu para a perpetração dos danos alegados. (TRF 4ª Região Acórdão Classe: AG – Agravo de Instrumento, Processo: 2008.04.00.023264-5, UF: PR, Data da Decisão: 07/10/2008, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator: Roger Raupp Rios, grifo nosso)²⁶⁸

ADMINISTRATIVO. ERRO MÉDICO ATRIBUÍDO A MÉDICO CONVENIADO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. COMPETÊNCIA. A descentralização dos serviços de saúde entre as entidades da federação imunizam a União de responsabilidade por infortúnios ocorridos em hospital conveniado ao SUS, que é um sistema desconcentrado, podendo cada unidade federada, ad eventum, responder solidariamente. Por conseguinte, a priori, cabe ao próprio hospital a responsabilidade pelos seus atos, motivo pelo qual impossível estender-se à União eventual dever de indenizar por erro médico de componentes da entidade hospitalar. (TRF 4ª Região, Acórdão Classe: AG – Agravo de Instrumento, Processo: 2008.04.00.007189-3, UF: RS Data da Decisão: 12/08/2008, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator: Luiz Carlos de Castro Lugon, grifo nosso)²⁶⁹

ADMINISTRATIVO. ERRO MÉDICO ATRIBUÍDO A MÉDICO CONVENIADO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. O erro médico atribuído a profissional conveniado ao Sistema Único de Saúde não induz a responsabilidade da União por esse evento, porquanto esta é apenas órgão de coordenação geral, não responsável direto pela contratação do médico cujos procedimentos são contestados. (Precedente do STJ). (TRF 4ª Região, Acórdão Classe: AC – Apelação Cível, Processo: 2005.72.02.001461-6, UF: SC,

²⁶⁷ Disponível em: < <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1> > Acesso em: 08 julho de 2012.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Idem.

Data da Decisão: 17/07/2007, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator: Vânia Hack de Almeida, grifo nosso)²⁷⁰

Frise-se que as jurisprudências aqui colacionadas pertencem ao mesmo Tribunal e são praticamente do mesmo período, demonstrando que ainda não se pacificou o entendimento dentro do próprio órgão julgador. De forma ser possível encontrar decisões nos dois sentindo: a favor ou contra a legitimidade da União.

A 1ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, houve por bem não reconhecer a legitimidade passiva da União para figurar no polo passivo dessas demandas, pelo menos é que o se extrai do Informativo nº 349, do período de 17 a 28 de março de 2008:

*ILEGITIMIDADE. UNIÃO. ERRO MÉDICO. A União não possui legitimidade para figurar no pólo [sic] passivo de ação em que se objetiva a indenização por danos morais decorrentes de erro médico ocorrido em hospital da rede privada, durante atendimento custeado pelo SUS. A Lei n. 8.080/1990, no art. 18, I, II, V e XI, dispõe que compete aos municípios gerir e executar serviços públicos de saúde, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução e controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde. Assim, no caso, a Turma extinguiu a ação sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva da União. Precedentes citados: REsp 513.660-RS, DJ 19/12/2003, e REsp 873.126-RS, DJ 20/10/2006. REsp 717.800-RS, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 25/3/2008.*²⁷¹

Dessa maneira, percebe-se que as decisões do Superior Tribunal de Justiça têm se apresentado no sentindo de excluir a legitimidade da União em demandas oriundas de erro médico e nota-se que, embora ainda não esteja pacificada esta questão, pela pesquisa jurisprudencial realizada ao longo deste trabalho, nota-se que a tendência é excluir a União em litígios dessa natureza.

Contudo, é público e notório que no Brasil os serviços de saúde pública prestados são deficientes. E se impõe a lei a regra de que aquele que causar o dano deverá ressarcir o lesado, parece equivocado isentar o Estado.

A responsabilidade civil do Estado é de suma importância, pois o cidadão tem direito a ser indenizado em casos de dano causado pela Administração. Sendo um mínimo que o Estado Democrático de Direito deve garantir.

²⁷⁰ Disponível em:< <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>> Acesso em: 08 julho de 2012.

²⁷¹ Disponível em:<www.stj.jus.br> Acesso em: 08 de julho de 2012.

21 CONCLUSÃO

No desenvolvimento deste trabalho constatamos que com o passar dos anos, o ato de cuidar da saúde e o de promover a cura passaram por um processo de profissionalização e, ao mesmo tempo em que obtiveram um grande aumento da eficiência por meio do desenvolvimento técnico-científico, o procedimento com os enfermos tornou-se mais distante, dificultando a comunicação entre pacientes e médicos.

Com o distanciamento e a impessoalidade do atendimento médico, a eficácia do diagnóstico correto fica comprometida, uma vez que o médico não conhece o paciente suficientemente bem para fornecer o diagnóstico seguro.

Aliado a isto, verifica-se que as constantes ingerências das operadoras de planos de saúde no trabalho do médico, tais como, recusa e a imposição de limites no número de exames, além de ferirem a autonomia do médico, contribuem sobremaneira para o cometimento de erros de diagnóstico e de tratamento, uma vez que impossibilitam o diagnóstico preciso da doença.

Ademais, as difíceis condições nas quais o trabalho médico é realizado esbarra nos limites estruturais colocados pelos sistemas públicos de saúde. Problemas como falta de vagas, superlotação, falta de investimentos públicos na área da saúde, falta de insumos básicos, equipamentos e medicamentos, baixa remuneração, dificultam a realização de um trabalho de qualidade, gerando insatisfação, estresse e contribuindo para a vulnerabilidade do médico no cometimento de erros.

Não ignoramos o fato de que os erros são cometidos por pessoas, a partir de suas escolhas orientadas pela manipulação de elementos de seu universo cognitivo. Porém, mesmo estas escolhas, tidas como pessoais, são influenciadas por uma série de fatores externos, sendo que se houvessem mecanismos sociais de controle e critérios na escolha dos elementos mobilizadores da ação, os riscos de erro seriam minimizados.

Neste sentido, o caráter liberal do trabalho e a ética profissional, que responsabiliza individualmente o sujeito da ação, bem como as condições de trabalho que dificultam a comunicação nas atividades cooperativas, faz com que as decisões tomadas solitariamente, raramente sejam discutidas ou explicadas, ficando a avaliação do resultado destas ações atribuídas exclusivamente ao médico que as tomou, que em muitos casos, sequer observa o seu resultado final.

O erro médico, na esfera dos fenômenos de erros em processo de trabalho é de difícil mensuração e percepção, porém percebe-se que parte importante de suas causas estão envoltas em questões referentes à forma como o trabalho é realizado e, portanto, passível de intervenção e de prevenção.

Saliente-se inclusive, que os erros médicos e as falhas no exercício da medicina são pontuais e que os profissionais da saúde cumprem o encargo superando as dificuldades da falta de estrutura dos hospitais, bem como a falta de recurso financeiro para exames que possibilitariam diagnósticos precisos.

Com relação aos processos judiciais envolvendo discussão sobre o erro médico observou-se que a fundamentação jurídica dessas ações se baseia na responsabilidade civil, penal e também nas disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor.

O grande problema se revela no fato de o juiz, enquanto operador do direito, não possuir conhecimentos técnicos e específicos da área médica e, portanto, o juiz se valerá apenas de seus conhecimentos do Direito, que muitas vezes se revelam insuficientes para análise de casos tão específicos, como o da Medicina.

Ademais, a natureza jurídica da relação entre médico e paciente é muito importante para a caracterização da responsabilidade do médico, motivo pelo qual se verifica a divergência doutrinária quanto a essa relação ser contratual ou extracontratual; em quais casos a responsabilidade do médico deve ser aferida objetiva ou subjetivamente e, quanto ao fim, em quais especialidades médicas a obrigação do médico pode ser de meio ou de resultado.

Ao exercer suas atividades junto ao paciente, a intenção do médico é beneficiá-lo. Mesmo assim o dano pode surgir. Isso o obriga, pela teoria subjetiva da responsabilidade, a reparar o prejuízo.

Insta consignar, contudo, que a visão dos tribunais está cada vez mais se voltando à reparação do dano, pouco importando se o resultado seja demonstrado por uma falha instrumental ou da ciência, quando a culpa do médico não chegou a ser comprovada.

Em relação ao erro médico deve-se distinguir aqueles que são fruto da impotência humana diante de fenômenos naturais em situações que fogem ao controle de qualquer médico, dos erros que são da responsabilidade do médico, no sentido que poderiam ter sido evitados.

Também é necessário atentar para a diferença existente entre o erro resultante de um acidente imprevisível ou de circunstâncias alheias à vontade do médico, e o erro culposos

causador de danos que podiam e deviam ter sido evitados, identificados como erros de imperícia, imprudência e de negligência.

A observação de tais distinções acerca do erro médico se revela adequada na exata medida que pode-se observar na prática judiciária as constantes confusões de terminologia, muitas vezes utilizando-se o termo “erro médico” para todas as situações danosas vividas pelo paciente e que na ânsia de ser reparado imputa ao médico uma culpa que ele não teve.

A discussão sobre o erro médico ainda não foi colocada adequadamente, nem pelas categorias profissionais de saúde, nem pelas instituições terapêuticas e tampouco pelos juristas. Os alegados erros deveriam ser discutidos livremente, e os atores sociais - médicos, demais profissionais da saúde, pacientes e operadores do direito – atentar-se para suas causas e para os mecanismos de prevenção mais eficientes a fim de minimizar os riscos.

Os doutrinadores e juristas que tenham o anseio ou a necessidade de atuar na área de responsabilidade médica devem, obrigatoriamente, aprofundar seus conhecimentos na área, pois a jurisprudência existente sobre o tema é ainda muito controvertida e embora os erros aconteçam, resta a esperança de que as sentenças não diminuam o compromisso médico, mas, sim, que estimulem o desejo de aperfeiçoamento em busca da dignidade do ser humano.

22 BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. Revista Jurídica 231, Porto Alegre, Síntese, janeiro/97.

_____. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Revista dos Tribunais, Agosto de 1995. n.718

_____. Responsabilidade civil do médico. In: Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ALMEIDA, Fernando. Por que alguns médicos não atendem plano de saúde? Disponível em: < <http://www.drfernandoalmeida.com.br/blog/2007/12/03/por-que-alguns-medicos-nao-atendem-plano-de-saude-ou-sao-restritivos-aos-planos-de-saude/>> Acesso em 18 mar 2012.

AMARANTE, Aparecida. Excludentes de ilicitude civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ANDRADE, Tahena Vidal. Bem jurídico penal e pesquisas biotecnológicas. Disponível em:<<http://direitoerisco.com/site/artigos/Bem%20Jur%eddico%20Penal%20e%20Pesquisas%20Biotecnol%f3gicas%20-%20Tahena%20Vidal%20Andrade.pdf>> Acesso em 22 de novembro de 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A terminalidade da vida. Bioética e Responsabilidade. Org. Judith Martins-Costa, Letícia Ludwig Moller. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARNI, Mauro. Diritti-doveri – responsabilità del medico dalla bioética al biodiritto. Milão: Giuffrè, 1999.

BARRETTO JUNIOR, Valter Pedrosa. Responsabilidade civil médica empresarial. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 362, 4 jul. 2004. Disponível em:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5392/responsabilidade-civil-medica-empresarial>>. Acesso em: 18 out. 2009.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. A Responsabilidade Civil do Médico: uma abordagem constitucional. São Paulo: Atlas, 2007.

- BAÚ, Marilise Kostelnaki. O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios da ética biomédica. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.
- BEGOSSO, Luiz Carlos. S PERERE – uma ferramenta apoiada por arquiteturas cognitivas para o estudo da confiabilidade humana. Tese Doutorado Escola Politécnica da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2005.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BEVILAQUA, Clovis. Teoria Geral do Direito Civil. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 1929.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial, vol. 2, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITENCOURT, A. et. al. Análise do erro médico em processos ético profissionais: implicações na educação médica. Revista Brasileira de Educação Médica, v. 31 n. 3. Rio de Janeiro, set/dez 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil, teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Responsabilidade civil por erro médico. Artigo publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 1, n. 4, mar/abr. 2000, pp. 128 a 151.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- BRASIL. Código Civil Brasileiro.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisões.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas.
- BRASIL. Lei 8.078/90.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.616/MS/GM.

BUERGO, Blanca Mendoza. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In: La seguridad en la sociedad del riesgo. Barcelona: Atelier, 2003.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

_____. Culpabilidade e reprovação penal. São Paulo: Sugestões Literárias, 1.994.

_____. Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal. São Paulo: Cultura Paulista, 2.002.

CAMPOS, G. W. S. Educação médica, hospitais universitários e o Sistema Único de Saúde. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p.187-193, jan-mar, 1999.

CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho; CAMARGO, Rosmari Aparecida Elias. A bioética e seus reflexos no direito. Boletim da Sociedade Paulista de Mastologia, São Paulo, v. 62, p. 4, 2005.

_____. Os limites da resiliência médica. Jornal da Associação Médica Brasileira. Março/abril 2011, ano 52 nº 1371, p. 30.

_____. A conduta médica. São Paulo: Aldeia Jurídica, 2007.

_____. A Defesa do Médico. São Paulo: Aldeia Jurídica, 2007.

_____. Internação Involuntária. São Paulo: Aldeia Jurídica, 2007.

CARLIN, Volnei Ivo. Os fundamentos da Bioética e o Direito. Disponível em: http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/fundamentos_bioetica_direito_volnei_carlin.pdf. Acesso em 17/06/2010.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. Deber de información en la Ley 17.189, de 20 de setiembre de 1999. Artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, v. 9, n. 34, 2000, pp. 45 a 77.

CASTRO, João Monteiro de. Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Programa de responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito penal na constituição. 3ª ed. São Paulo: RT, 1.995.

CHUARI, Bruno. Resiliência: a defesa natural contra o estresse. Jornal da ANAMT, Goiás, p.16, dez/2010

CINTRA, Lízia de Pedro. Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde. Jus Navigandi, Teresina, ano 6 n. 52, nov.2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2458/da-responsabilidade-civil-dos-estabelecimentos-de-saude>. Acesso em: 14 out. 2009.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA: Código de Processo Ético Profissional, Conselhos de Medicina, Direitos dos Pacientes. São Paulo: CREMESP, 2009. 96p.

CLOTET, Joaquim. A bioética: uma ética aplicada em destaque. A saúde como desafio ético. Anais do I Seminário de Filosofia e Saúde. Org. Gustavo A. Caponi, Maria Tereza Leopardi e Sandra N. Caponi. Florianópolis, 1995.

COHEN, Claudio. Bioética Principalista. Textos básicos de bioética. São Paulo: USP, 2009.

CORSARO, Luigi. Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano. in Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

COUTINHO, Léo Meyer. Responsabilidade Ética – Penal e Civil do Médico. Brasília: Jurídica, 1997.

- COUTO FILHO, Antonio Ferreira. Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CRETELLA JÚNIOR, J. Curso de direito romano. 14 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. Erro médico e o direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4288>>. Acesso em: 6 fev. 2012.
- DA ROSA, Inocencio Borges. Dificuldades na Prática do Direito. Porto Alegre: Oficina Gráfica da Livraria Globo, 1942.
- DELGADO, José Augusto. Responsabilidade médica na experiência brasileira após a Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/446/Responsabilidade_M%C3%A9dica_na_Experi%C3%Aancia.pdf?sequence=1> Acesso em: 11 de julho de 2011.
- DEL VALLE, Carlos Pérez. Sociedad de riesgos y reforma penal. In: Poder Judicial, nº 43-44, 1996
- DEMOGUE, René. Traité des obligations en general: effets des obligations. v. 2; Tome VI Paris, France: Libraire Arthur Rousseau, 1931.
- DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- _____. Da responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do biodireito. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Curso de direito civil brasileiro. 18. ed. atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena.. Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil. 10 ed. v.7. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ESER, Albin. Nuevos horizontes em la Ciencia Penal. Buenos Aires: Belgrano, 1999.

FABIAN, Christoph. O dever de informar no direito civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FABRICIUS, Dirk; HARTMANN, Helen (org.). Culpabilidade e seus fundamentos empíricos. Curitiba: Juruá, 2.006.

FÁVERO, Flaminio. Medicina legal: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia. 12 ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione: teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 1.998.

FERRAZ, Sérgio. Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução - Sergio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira de 1.988. vol. 1, ed. 3ª. São Paulo: Saraiva, 2.000.

FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2.003.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Reflexões sobre a bioética e o consentimento esclarecido. Artigo publicado na Revista Bioética, v. 2, n. 2, 1999, pp. 129 a 135.

FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 6º ed. São Paulo: Fundp Editorial BYK, 1994.

_____. Medicina Legal. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

FRANÇA, Limongi. Princípios gerais de direito. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 1971.

FUKUDA, Érika Yumi. Responsabilidade civil do cirurgião plástico. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

GALVÃO S. Falta de vagas, o drama do recém formado. São Paulo: Rev Incor 1996;14:6-16.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro Médico: à luz da jurisprudência comentada. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2004.

GODOY, Roberto. A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, ano 89, v. 777, jul. 2000, pp. 87-116.

GOGLIANO, DAISY. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. in Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 p.119-155.

GOLDIM, José Roberto. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. Porto Alegre: Revista da AMRIGS, jan-mar. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Comentários ao código civil: parte especial – direito das obrigações (artigos 927 a 965). Coordenação de Antonio Junqueira de Azevedo. v.11. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONZAGA, Vair. Da Indenização. Leme: Editora de Direito, 1997.

GRANDE, Maximiliano García, Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad, Rosário: Júris, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.999.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito e responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 6ª Edição, volume I, tomo II. Rio de Janeiro: edição Forense, 1983.

_____. Comentários ao Código Penal. 5ª Edição, volume VI. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982.

_____. Comentários ao Código Penal. 2ª Edição, volume IX. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1959.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O SUS pode ser seu melhor plano de saúde. 2ª Ed. 3ª reimpr. Brasília: IDEC, 2003

JAKOBS, Günther. Derecho Penal: parte geral. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1.997.

_____. Sociedad, norma y persona em uma teoria de um Derecho Penal funcional. Tradução de Manuel Cancio Melliá y B. Feijóo Sanchez. Bases para uma teoria funcional del Derecho Penal. Lima: Trás Editores, 2.000.

_____. Fundamentos do Direito Penal. Tradução de André Luís Callegari e colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003.

_____. Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2.003.

_____. Uma Teoria da Obrigação Jurídica. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2.003.

- JAHN, Fritz. Bio=Ethik. Eine Umschau über die ethischen Beziehung des Menschen zu Tier und Pflanze. Kosmos, 1927; 24:2-4.
- KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. Introdução à Filosofia e à teoria do Direito contemporâneo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2.002.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de José Cretella Junior e Agnes Cretella. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2.006.
- KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Responsabilidade Civil do Médico. 7ª Edição. São Paulo: Revista Tribunais, 2010.
- KICH, Bruno Canísio. Responsabilidade civil: teoria, legislação e jurisprudência. Campinas: Agá Júris, 1999.
- KRAUT, Alfredo Jorge. Los Derechos de los pacientes. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 1997
- LARENZ, Karl. Metodologia de la ciência Del Derecho. Tradução de Marcelino Rodriguez Molinero. 2ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1.980.
- LEAL, João José. Exercício da Medicina e Responsabilidade Criminal. in Revista dos Tribunais, 706/290.
- LELEU, Yves-Henri. Le Droit Médical – Aspects juridiques de la relation médecin-patient. Éditions De Boeck Université: Bruxelas, 2001.
- LEME, Pedro de Alcântara da Silva. O erro médico e suas implicações civis e penais. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n.1, jan/mar 1993.
- LIGIERA, Wilson Ricardo. Responsabilidade médica: diante da recusa de transfusão de sangue. São Paulo: Nelpa, 2009
- _____. Os princípios da bioética e os limites da atuação médica. Revista Ibero-Americana de Direito Público, Rio de Janeiro, v. 5, n.20, p. 410-427, out/dez. 2005.

LIMA, Alvino. Da culpa ao risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938

_____. A Responsabilidade civil pelo fato de outrem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA NETO, Francisco Vieira. Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética. Leme: Editora de Direito, 1997.

LIMA, Gilberto Baumann de. Culpabilidade do Médico e a "lex artis". in Revista dos Tribunais, 695/422

LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. v. 2. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. Artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, n. 37, jan/mar. 2001, pp. 59 a 76.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações. Responsabilidade civil. 4. ed. v.5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético. 2ª Edição. São Paulo: RT, 1999.

LUTZKY, Jane Courtes. El Código de Defensa del Consumidor y la responsabilidad personal del médico en la República Federativa del Brasil. Disponível em: <<http://www.bioetica.org/courteslutsky.htm>>, Acesso em 31/10/01.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. A Responsabilidade Médica Perante a Justiça. in Revista dos Tribunais, 494/245.

MACHADO, Ângela Cristina Cangiano Machado; COPELLI, Maria Ângela Granito (coordenadoras). Repertório de jurisprudência de direito penal e processo penal. 3ª Ed. São Paulo: Premier Máxima, 2.007.

MACHADO, Deise. Erro médico: a luta pela vida. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

MAGALHAES, Tereza Ancona Lopes. Responsabilidade Civil dos médicos. In: CAHALI, Yussef Said (Corrd.). Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988,

MALUFE, Guilherme Martins. Responsabilidade Civil dos Médicos. Artigo extraído da internet, diretamente do endereço <www.jurinforma.com.br/notas/0160.html>. Acesso em 06 julho 2010.

MARIANO, Alonso Pérez. La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis"), in *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Ed. Dykynson, Madrid, 2000.

MARTIN, Leonard Michael. O erro médico e a má prática nos Códigos Brasileiros de Ética Médica. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/462/345> Acesso em 16/07/2012.

MARTINS, Bruno. Deontologia Médica. Disponível em: <http://pjbrunomartins.vilabol.uol.com.br/material_de_estudo/deontologia_medica.htm> Acesso 11 de julho de 2012.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. PROVA CRIMINAL. Modalidades. Valoração. Curitiba: Juruá, 1996.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Ministério Público e Direitos Humanos. 1ª Ed. Campinas: Bookseller, 2006.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Responsabilidade Civil do Médico. 3ª Edição. São Paulo: LTr. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo *et al.* São Paulo: Malheiros, 2007.

MERRY, Alan; SMITH, Alexander McCall. Errors, medicine and the law. Cambridge: Cambridge University Press, 2001

MICHELLI, Gian Antonio, La carga de la prueba, Bogotá: Colômbia, 2004;

MINOSSI, J. G. Prevenção de conflitos médicos-legais no exercício da medicina. Vol 36, nº 01, Rio de Janeiro: Rev Col. Bras. Cir., 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 4 ed., São Paulo: Atlas, 1989.

MONTAVALDÃO, A. Siqueira. Erro médico, teoria, legislação e jurisprudência. Campinas: Julex Edições, 1998. vol. I,

_____. Erro médico, teoria, legislação e jurisprudência. Campinas: Julex Edições, , 1998. vol. II

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 6. ed. atual São Paulo: Saraiva, 2001.

MONZHEIN, Paul. A responsabilidade penal do médico - (Considerações sobre a responsabilidade do médico ao longo dos últimos decênios). traduzido por Alcides Amaral Salles, *in* Revista JUSTITIA, v. 35, n. 81, abr/jun. 1973.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Felipe de Lavra Pinto. Relação Processual médico paciente. Carga da Prova. Disponível em: <http://bioetica.org/umsa/produccion/lavra.htm>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2011

MORAES, Irary Novah. Erro médico e a lei. 4 ed., São Paulo: Lejus, 1998.

MORAES, Irary Novah. Erro médico e a justiça. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. Aspectos da Responsabilidade Penal do Médico. *in* Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 4, 1996.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: responsabilidade civil. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NALINI, José Renato. A Responsabilidade penal do médico. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- NEGRÃO, Theotônio, GOUVÊA, José Roberto F., Código de processo civil e legislação processual em vigor, 38ª edição, São Paulo; Saraiva, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson, Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 9ª edição, São Paulo, 2006;
- NIGRE, Andre Luis, O autor médico: direitos e obrigações, Rio de Janeiro: Maanaim, 2007;
- NUNES, Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. Responsabilidade Civil dos Médicos. Curitiba: Juruá, 2007.
- OSELKA, Gabriel. Bioética clínica: reflexões e discussões sobre casos selecionados. 2 ed. São Paulo: CREMESP, 2009.
- PANASCO, Wanderley Lacerda. Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- PECES, Ángel Juanes. El deber médico de información como fuente de responsabilidad. Artigo publicado na Revista Jurídica de Catalunya, v. 94, n. 3, 1995, pp. 121 a 136.
- PEREIRA, André Gonçalo. O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n. 76, 2000, pp. 433 a 471.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PESSINI, Léo. O Direito de Saber. In Revista Essencial. São Paulo: Ypê Editora e Publicidade Ltda. Ano 4, n. 21
- PEYRANO, Jorge W., Cargas probatórias dinâmicas. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

PITELLA, Juliane. Novo Código de Ética Médica: principais alterações e reflexos.
Disponível em: <http://www.advsauade.com.br/noticias.php?local=1&nid=3407>.
Acesso em 06 de julho de 2011

POLAINO - LORENTE, Aquilino. Manual de bioética general. Ediciones Rialp. S.A.
Madrid, 1993.

POLICASTRO, Décio. Erro médico e suas consequências jurídicas. 3ª ed. Belo Horizonte:
Del Rey, 2010

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 5ª edição, Porto Alegre, Livraria do
Advogado, 2003;

PORTO, Mário Moacyr. Temas de Responsabilidade Civil. Ed. Revista dos Tribunais, São
Paulo, 1989.

PORTUGAL. Código Civil Português.

POTTER, V. R. Bioethics, the science of survival. Perspectives in biology and medicine.
1970; 14:127-43.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões
regulamentadas. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível
em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9082>>. Acesso em: 23 jun. 2012.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. El moderno derecho penal para uma sociedade de
riesgos. In: Poder Judicial, nº 48, 1997

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Responsabilidad del médico – Aspectos civiles,
penales Y procesales. Buenos Aires: Editorial Astra, 1999.

RAMOS, Pedro Lúcio Tavares. Erro médico Aspectos Jurídico e Médico-Legal. São
Paulo: RT 625.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2.002.

_____. Filosofia e Teoria Política. São Paulo: Saraiva: 2.003.

REALE, Miguel. O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias. São Paulo: Saraiva, 2.005, ed. 3ª.

_____. Política e Direito, Ensaios. São Paulo: Saraiva, 2.006.

_____. Miguel. Problemas penais concretos. São Paulo: Malheiros, 1ª edição, 1997.

_____. Teoria do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000, ed. 2ª.

_____. Nova fase do Direito Moderno. São Paulo: Saraiva, 2.001, ed. 2ª.

REASON, J. Human error. New York: Cambridge University Press, 1990

REICH, Warren T. Encyclopedia of Bioethics. 2nd ed. New York: MacMillan, 1995:XXI

REIS, Clayton. Avaliação do dano moral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Dano moral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RESENER, Ana Maria Sendtko. A responsabilidade civil no erro médico frente ao Código de Defesa do Consumidor. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau - FURB. Blumenau, 2003

RIBEIRO, J. M. et al. Procedimentos e percepções de profissionais e grupos atuantes em mercados de planos de saúde no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*. v. 13, n 5. Rio de Janeiro, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil: Lei no 10.406 de 10/01/2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. Responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Direito Civil. 19ª ed. Volume IV. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. Responsabilidade civil dos médicos. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

- ROSA, Carlos Alberto Pessoa. Autonomia do idoso: em Bioética Clínica. São Paulo: CREMESP, 2009. p. 11.
- ROXIN, Claus. Política criminal y estructura del delito. Tradução de Juan Bustos Ramirez y Hernan Hormozabal Malarée. Barcelona: PPU, 1.992.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general. Tradução da 2ª edição alemã de Diego Manuel Luzón Peña et alii. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1.997.
- _____. La evolución de la política criminal, el Derecho Penal u el Proceso Penal. Tradução de Carmen Bómez Rivero y Maria Del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2.000.
- _____. Estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2.006.
- _____. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.006.
- RUGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. 2 Edição. São Paulo. Bookseller. 2005;
- SÁ, Fernando de Oliveira. Clínica médico-legal da reparação do dano corporal em direito civil. Coimbra, Portugal: APADAC, 1992.
- SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: RT, 2004.
- SANTINI, José Raffaelli. Dano moral. São Paulo: Editora de Direito, 1997.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Limite às atividades das partes no processo civil. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1980.
- SANTOS, Ozéias de Jesus. Reparação do dano moral. 2. ed. Campinas: Julex, 1998.
- SCAFF, Fernando Campos. Direito à saúde no direito privado. São Paulo: Saraiva, 2010.

- SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade médica civil, criminal e ética. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.
- SGRECCIA, Elio. Manual de bioética. I Fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- SILVA, Américo Luís Martins. O Dano moral e a sua reparação civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.002.
- SILVA, Ovídio Baptista. Curso de Processo Civil. v.1., 2ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991;
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Supra-individual. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ciência do direito penal contemporâneo, v. 3, 2.003.
- _____. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.006, ed. 1ª.
- SKORKOWSKI, Alan. Responsabilidade Médica: Obrigação de Meios e Obrigação de Resultado. UJ, Juiz de Fora, ano XI, 31 de jul. de 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4017/responsabilidade_medica_obrigacao_de_meios_e_obrigacao_de_resultado>. Acesso em: 04 de jul. de 2012.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. Tutela penal dos interesses difusos. São Paulo: Atlas, 2006.
- SOUSA, Fábio Torres de. Responsabilidade civil do médico. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 152, 5 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.fadipa.br/pdf/fabiotorres.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2009.
- SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Tutelas de urgência na reparação do dano moral. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

- SOUZA, Josias Jacintho de. Abordagens históricas sobre a responsabilidade médica. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba: Unimep, 2001
- SOUZA, Néri Tadeu Câmara. Responsabilidade Civil do Erro Médico. Disponível na internet em 01.10.01, no endereço eletrônico www.direitomedico.com.br/neri.
- _____. Responsabilidade Civil e Penal do Médico. Campinas: LZN, 2006.
- _____. Responsabilidade civil dos planos de saúde. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/33642/2>> Acesso em 13 de julho de 2011.
- STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2004;
- _____. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. RT, n. 784, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SZTAJN, Rachel. A responsabilidade civil do médico: visão bioética. Artigo publicado na Revista de Direito Mercantil, v. 36, n. 108, 1997, pp. 7 a 15.
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TELLES, Tatiana Descio. Da Responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. 2002. 116 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil – erro médico (III). Artigo publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 4, mar/abr. 2000, Assunto Especial, pp. 152 a 161.
- USGovernment. The Belmont Report: Ethical Guidelines for the Protection of Human Subjects Washington: DHEW Publications (OS) 78-0012, 1978.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. Vol IV. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

- _____. Contratos em espécie e responsabilidade civil. Vol. III, São Paulo: Atlas, 2001.
- VON LISZT, Franz. La idea de fin en el Derecho Penal. Tradução de Enrique Aimone Gibson. Chile: EDEVAL, 1.984.
- WEBER, Max. Ciência e Política (Wissenschaft Als Beruf e Politik Als Beruf). Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2.002.
- WELZEL, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal. Tradução de José Cerezo Mr. Barcelona: Ediciones Ariel S.A., 1.964.
- _____. Introducción a la Filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material. Tradução de Felipe González Vincen. Madrid: Aguilar, 1.974.
- _____. Derecho Penal aleman: parte general. Ed. 11ª, ed. 4ª castelhana. Tradução de Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1.997.
- ZULIANI, Ênio Santarelli. O consumidor e seus direitos diante de erros médicos e falhas de serviços hospitalares. Revista do Advogado. São Paulo: AASP ano XXXI, dezembro/2010 nº 114 p. 55-73