

FACULDADE DE DIREITO DA ALTA PAULISTA
VIVIANE SOARES MACEDO

ERRO MÉDICO:
Consequências e Responsabilidade Civil

Tupã - SP

2015

VIVIANE SOARES MACEDO

**ERRO MÉDICO:
Consequências e Responsabilidade Civil**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Alta Paulista como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Silvia Regina Stefanini

Tupã - SP

2015

VIVIANE SOARES MACEDO

**ERRO MÉDICO:
Consequências e Responsabilidade Civil**

Tupã, _____.____._____.

Banca examinadora:

Silvia Regina Stefanini - orientadora – Fadap

Média final: _____

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado a minha filha Polyana, vítima de erro médico, e a todas as vítimas de erros médicos.

AGRADECIMENTO

Primeiramente agradeço a Deus, por esta conquista.

Agradeço à minha família, sem a qual seria impossível ter chegado até aqui; em especial aos meus pais por terem cuidado de mim e dos meus filhos todo este tempo.

Agradeço ao meu esposo pelo carinho e compreensão ao longo desta caminhada.

Sou eternamente agradecida à Faculdade Fadap, que me proporcionou a concretização deste sonho.

Agradeço todos os meus professores pelo carinho e atenção com que sempre me trataram em especial a Professora Silvia Regina Stefanini por ter me dado a honra de ser sua orientanda e a Professora Maria Alzira Barbosa Alves, por sempre ter ficado ao meu lado.

Agradeço as minhas amigas abençoadas Juliana e Mariana, pelo companheirismo, pela amizade e por todas as dificuldades que só nós sabemos quão grandes foram.

Não poderia deixar de agradecer também as minhas lutas e dificuldades, pois elas foram como escada para a minha vitória.

Por fim, agradeço a minha mais nova amiga, Allaine pela paciência que teve comigo.

EPIGRAFE

"Deus não escolhe os capacitados, ele capacita os escolhidos. Fazer ou não fazer algo só depende da nossa vontade e perseverança."

Albert Einstein

RESUMO

A relação médico/paciente precisa urgentemente de mais atenção. O paciente, além de debilitado por enfermidade, sofre muitas vezes constrangimentos ao ser atendido em postos de saúde e hospitais. Muitas são as consequências causadas pelo descuido destes profissionais, tais como negligência, imprudência e imperícia. Em contrapartida, tem-se o lado do profissional da medicina que muitas vezes emprega todos os esforços possíveis para salvar uma vida e até pelas circunstâncias biológicas do paciente, não obtém a cura almejada. É nessas vertentes que se resume o presente trabalho. De um lado os direitos e deveres dos pacientes. De outro, os deveres e direitos dos médicos. É com ponderação e discernimento inato ao ser humano, que se resolve esta lide. O presente trabalho procura tratar esta questão no âmbito da doutrina penal brasileira de acordo com o posicionamento de vários autores.

Palavras-chave: Erro Médico. Responsabilidade Civil. Direito e Deveres dos Pacientes e dos Médicos.

ABSTRACT

The Medical Treatment / patient urgently needs more attention. Patient Besides weakened in illness, suffers many times constraints while being treated at health centers and hospitals. Many are as consequences caused careless hair of these professionals such as negligence, recklessness and incompetence. In contrast have side to the Professional medicine que many times employ every possible effort to save a life and up for biological circumstances of the patient, not get a desired cure. And these strands what if the curriculum exposed work. Hum the rights side and duties of patients. Another of, the rights duties and medical. And with ponderância and innate discernment when human being, which resolves this dispute. The present work Search treat this issue no scope of Brazilian criminal doctrine of the agreement with os placements various Authors

Keywords: Medical Error. Civil Responsibility. Right and Duties of Patients and Medical.

SUMÁRIO

PARTE I – NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL	12
INTRODUÇÃO.....	12
CAPITULO 1	14
1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	14
1.1 CÓDIGO DE HAMURABI.....	14
1.2 ROMA E AS LEI DAS XII TÁBUAS E AQUILÍA.....	15
1.3 GRÉCIA.....	16
1.4 FRANÇA.....	17
1.5 BRASIL.....	19
CAPITULO 2	20
2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	20
2.1 RESPONSABILIDADES OBJETIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A TEORIA DO RISCO.....	20
2.1.2 Responsabilidade Subjetiva no Código de Defesa do Consumidor.....	20
2.2 RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO CIVIL.....	21
2.3 RESPONSABILIDADES OBJETIVA DO ESTADO E DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO.....	22
CAPITULO 3	23
3 DA CULPA AO RISCO – TEORIAS OBJETIVISTAS	23
3.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA (CULPA).....	23
3.2 DA CULPA PRESUMIDA.....	24
3.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA (TEORIA DO RISCO).....	24
3.4 TEORIAS OBJETIVISTAS.....	25
3.4.1 Erro Médico e a Perda de Uma Chance – Perte D`Une Chance.....	25
3.4.2. Teoria da Perda de uma Chance e o Erro de Diagnóstico.....	26
3.4.3. Teoria de que a Coisa Fala Pro Si - Res Ipsa Loquitur.....	28
CAPITULO 4	30
4 O DANO MÉDICO	30
4.1 DOS DANOS MORAIS.....	32
4.2 DANO ESTÉTICO.....	33
4.3 DOS DANOS MATERIAIS.....	34

4.3.1 Danos Emergentes.....	34
4.3.2 Dos Lucros Cessantes.....	34
4.4 DANO REFLEXO OU DANO POR RICOCHETE.....	35
CAPÍTULO 5.....	37
5 DO NEXO CAUSAL E AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	37
5.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	37
5.2 EXCLUSÃO DO NEXO CAUSAL.....	38
5.2.1 Culpa Exclusiva da Vitima.....	38
5.2.2 Fato de Terceiro.....	39
5.2.3 Caso Fortuito ou Força Maior.....	39
5.3 DO ERRO MÉDICO, DA INTERCORRÊNCIA MÉDICA.....	40
6 DO ERRO MÉDICO, DA INTERCORRÊNCIA MÉDICA, E DA IATROGENIA.....	42
CAPÍTULO 6.....	42
6 NATUREZA CONTRATUAL DOS SERVIÇOS MÉDICOS.....	42
6.1 NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO.....	42
6.2 O MÉDICO E A OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO.....	43
6.2.1 Obrigação de Meio na Atividade Médica em Geral.....	44
6.2.2 Obrigação de Resultado na Cirurgia Plástica.....	45
CAPÍTULO 7.....	46
7 ERRO MÉDICO EM ESPÉCIE.....	46
7.1 DO ERRO MÉDICO A CULPA MÉDICA.....	46
7.2 A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	47
7.2.1 A Culpa <i>Stricto Sensu</i>	49
7.2.1.1 Imprudência.....	49
7.2.1.2 Imperícia.....	49
7.2.1.3 Negligência.....	51
7.3 ERRO GROSSEIRO.....	52
7.4 ERRO DE DIAGNÓSTICO.....	53
7.5 ERRO ESCUSÁVEL.....	54
7.6 DIREITOS DOS MÉDICOS.....	54
7.7 DEVERES DOS MÉDICOS.....	55
7.8 DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	56
7.9 PRONTUÁRIO MÉDICO.....	57

CAPITULO 8.....	58
8 DAS VÍTIMAS EM ESTADO VEGETATIVO.....	58
8.1 DEFINIÇÃO.....	58
8.2 DAS SEQUELAS IRREVERSÍVEIS CAUSADAS POR ERROS MÉDICOS.....	58
8.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO FRENTE ÀS VÍTIMAS EM ESTADO VEGETATIVO E COM INCAPACIDADE PERMANENTE.....	58
8.4 DOS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS.....	59
CAPITULO 9.....	60
9 DO ERRO MÉDICO NAS ESPECIALIDADES MÉDICA.....	60
9.1 ANESTESISTA.....	60
CAPITULO 10.....	62
10 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS HOSPITAIS.....	62
10.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA (TEORIA DO RISCO).....	62
10.2 RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PELO MÉDICO QUE NÃO É SEU FUNCIONÁRIO.....	62
10.3 DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE O HOSPITAL E O ERRO MÉDICO.....	63
10.4 DO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ERRO MÉDICO.....	63
CAPITULO 11.....	64
11 RESPONSABILIDADE PENAL E ADMINISTRATIVA DO MÉDICO.....	64
11.1 DA RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO.....	64
11. 2 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	64
CAPITULO 12.....	66
12 DA TULELA ANTECIPADA.....	66
12.1 DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, PARA VÍTIMAS EM ESTADO VEGETATIVO OU COM SEQUELAS PERMANENTES REVERSÍVEIS E IRREVERSÍVEIS.....	66
12.1.1 Conceito de Antecipação da Tutela.....	66
12.2 DOS FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO E REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	68
CAPITULO 13.....	70
13 AÇÃO INDENIZATÓRIA.....	70
13.1 DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DO MÉDICO QUE FOI CONSIDERADO INOCENTE.....	71

CAPÍTULO 14.....	72
14 ANOTAÇÕES PROCESSUAIS À INDENIZAÇÃO POR DANO MÉDICO – ELEMENTOS E CONDIÇÃO DA AÇÃO.....	72
14.1 LEGITIMIDADE AD CAUSAM.....	72
14.2 LEGITIMIDADE ATIVA.....	72
14.3 LEGITIMIDADE PASSIVA.....	73
14.3.3 Solidariedade entre Médico, o Hospital e o Plano de Saúde.....	73
14.4 ANDAMENTO PROCESSUAL – PETIÇÃO INICIAL.....	74
14.5 COMPETÊNCIA DO JUÍZO.....	74
14.6 PROIBIÇÃO DE DENUNCIAÇÃO A LIDE.....	75
14.7 REFLEXÕES SOBRE AS PROVAS.....	76
14.7.1 Do Ônus da Prova e Perícia.....	76
15 CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79
ANEXOS.....	82

PARTE I – NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

INTRODUÇÃO

Cada vez é maior o numero de processos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça.

Segundo dados do Conselho Regional de Medicina¹, o erro médico é um acontecimento multifatorial e a principal causa de denúncias no Cremesp, com cerca de 15 demandas por dia.

Ainda segundo informações do Conselho Regional de Medicina, dos 3.800 processos em andamento, 600 estão relacionados a erros médicos ocasionado nos últimos 04 anos, um aumento de cerca de 140% das denúncias.

É certo que a situação atual da saúde pública encontra-se totalmente falida. Encontram-se hospitais sem condições estruturais, funcionais, enfim, sem a mínima condição que a vida humana exige.

É nessas condições que o profissional da saúde trabalha, ou pelo menos tenta. São submetidos a uma jornada de trabalho sobre-humana, por deficiência de quadro clínico, estando sujeitos diariamente a cometer erros por conta das, más condições de trabalho.

Ademais, sabe-se que muitas vezes o médico empenha todos os seus esforços em busca da cura de seu paciente. Apesar disso não obtém a tão esperada cura, por motivos alheios à sua vontade, até mesmo porque o organismo humano não é único; varia de pessoa para pessoa, tendo cada uma um resultado em seu tratamento.

Contudo, isso não justifica o médico não tratar o seu paciente com a dignidade que merece, pois atrás das dificuldades enfrentadas para o médico trabalhar, existe um doente que necessita de cuidado.

Não se justifica um erro com outro erro; não se admite uma desculpa para o quê não há desculpas.

Através deste estudo, pode-se ver a evolução tanto da medicina quanto do direito.

Existem os direitos e os deveres de cada um, ou seja, das vítimas e dos médicos. Direitos e deveres que têm de ser respeitados.

¹ CREMESP, n. 324, abril/2015. p.11.

Hoje é muito mais fácil ingressar com demandas contra médicos e, diante disso, cabe ao profissional médico se precaver, tomar todas as medidas cabíveis e necessárias para se prevenir de futuros prejuízos, que lhes poderão ser caros a medida da extensão dos erros.

Mais caro ainda é para a vítima, que amargará a consequência de um erro por toda a sua existência, e para o próprio familiar que vê seu ente amado, acamado, debilitado, impossibilitado de viver a sua vida com a dignidade devida. Busca-se aqui então esta mínima dignidade por meio de uma indenização.

Até que ponto pode ir um erro, até que ponto se repara um dano.

São perguntas sem respostas, que só as vítimas poderão responder, ou pelo menos tentar mensurar o imensurável.

É com base nesses dados que se traduz a importância deste estudo.

Este estudo é voltado não só para operadores do direito, mais também para vítimas de erro médico com a finalidade de orientá-los sobre como proceder diante de tamanho sofrimento.

E está voltado também ao profissional da medicina no sentido de fazer com que este previna o dano, começando por tratar o seu paciente com dignidade e respeito já é um bom começo.

CAPITULO 1

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Desde os primórdios da sociedade existem diversas reflexões no que tange ao erro médico.

A primeira legislação que tratou de forma escrita questões relacionadas com erro médico foi promulgada na Babilônia, no Reinado de Hamurabi (1792-1750 a.C.), denominada Código de Hamurabi. Em seguida, pela Lei da XII Tábuas e pelo Código de Manu. Esses povos edificaram suas normas, impregnadas de fortes componentes penais, a fim de que se fizesse constranger e coibir a prática dos atos ditos ilícitos.

Observa-se que esses códigos tinham por desígnio a busca segura e eficaz de como refrear os instintos antissociais por meio do rigorismo das penas, sendo tais normas, fontes basilares dos presentes princípios concretizadores e preceitos normativos, que fundamentaram ordenamentos jurídicos das sociedades que se sucederam no curso da história.²

Outros códigos antigos que também estabeleceram penas para o médico que não exercesse com destreza a medicina, como exemplo, o livro dos Vedas, o Levítico.

A idéia presente no Código de Hamurabi, assim como no Código de Manu e posteriormente na Lei da XII Tábuas, era de punição.

Nota-se que desde os primórdios a figura do médico sempre foi muito respeitada. O médico era conhecido como o “curandeiro, mago ou sacerdote” dotados de poderes curativos sobrenaturais.

Contudo, foi com os gregos que a medicina tomou forma de ciência e passou a contar com explicações racionais das doenças e desenvolver técnicas de cuidados deixando de ter somente a concepção mágica e espiritual que a cercava, para ter uma compreensão mais racional de suas origens e causas.

1.1 CÓDIGO DE HAMURABI

Foi o primeiro documento que tratou do tema erro médico, entre os anos 1790 a 1770 a.C. Esse Código estabelecia que “O médico que mata alguém livre no tratamento ou que cega

² REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral, p. 9 *apud* MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 4.

um cidadão livre terá suas mãos cortadas; se morre o escravo paga seu preço, se ficar cego, a metade do preço.

A este respeito Guilherme Martins Malufe pontua que:

O primeiro documento histórico que faz referência ao erro médico é o Código de Hamurabi, que trazia também algumas normas sobre a profissão médica na época. O Código dizia, por exemplo, que nas operações difíceis de serem realizadas haveria uma compensação pelo trabalho. Por outro lado, era exigida muita atenção e perícia por parte dos médicos, pois, caso algo saísse errado, penas severas eram impostas a eles.³

O código tratava com rigor aquele que matasse um homem livre, sendo que curandeiro tinha a mão cortada. E caso a cura não acontecesse, conseqüentemente a culpa recaía sobre o tal feiticeiro, acompanhada de acusação de imperícia e de incapacidade, havendo, já estabelecida uma punição desde os primórdios para os casos de culpa relativa ao insucesso profissional médico.

Evidencia-se, assim, que inexistia o conceito de culpa, num sentido jurídico moderno, enquanto vigorava a responsabilidade objetiva coincidente com a noção atual: se o paciente morreu em seguida à intervenção cirúrgica, o médico matou, e deve ser punido. Em suma, naquela época, o cirurgião não podia dizer, com certa satisfação profissional, como se faz hoje: ‘a operação foi um sucesso, mais o paciente esta morto’.⁴

1.2 ROMA E AS LEI DAS XII TÁBUAS E *AQUILIA*.

A evolução da responsabilidade se deu exatamente no Direito Romano, cujo ponto de partida foi à vingança privada como forma espontânea e natural de reação ao mal sofrido, avançando depois para uma forma de responsabilização através da composição com seu ofensor, chegando à célebre Lei Aquilía que erigiu a estrutura jurídica e a construção da doutrina da responsabilidade civil fundada na culpa, conforme até hoje conhecemos⁵

Discorrendo a esse respeito, Miguel Kfoury Neto diz.

A responsabilidade civil recebeu do direito romano os princípios genéricos que mais tarde seriam cristalizados nas legislações modernas. Antes, tinha lugar a vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas até certo ponto derivada da natureza humana e compreensível, de reação contra o mal sofrido. Posteriormente a vingança privada, como

³ MALUFE, Guilherme Martins. **Responsabilidade Civil do Médicos**. Disponível em: <http://www.proteus.limeira.com.br>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

⁵ MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 5.

forma de repreensão do dano, passou para o domínio jurídico: o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou excluí-la, quando injustificável.⁶

Era a conhecida Lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”, da qual se encontrava traços na referida Lei, no artigo 2º. Esta Lei fixava para cada caso concreto, um valor de pena a ser paga pelo seu ofensor.

De início a medicina em Roma era praticada por curandeiros e sacerdotes. Com o tempo a arte da medicina passou a ser mais considerada, e na transição da Roma Republicana para a Roma Imperial, adveio uma elevação cultural, jurídica e sanitária da medicina, o que trouxe dignidade à profissão, sendo organizados cursos e sendo codificado um sistema para a proteção da saúde pública e da higiene social.

Iniciaram-se também as especialidades médicas, surgindo os primeiros clínicos gerais e até oftalmologistas, na época chamados de oculistas⁷. Caso, estes médicos cometessem erro médico e fossem considerados culpados por imperícia, a Lei Aquilía (Roma, 572 d.C) previa a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional.

Era, porém, analisada a pessoa do paciente, no caso de morte de um escravo, o médico considerado culpado pagaria indenização em pecúnia pela morte ocorrida. Contudo, se a morte fosse de um cidadão, seria penalizado com a pena capital.

1.3 GRÉCIA

Em meados do Século V a.C. foi encontrado na Grécia Antiga o preambular estudo da medicina, conhecido por *Corpus Hippocraticum*, de construção filosófica aristotélica, que contém noções de uma medicina não apenas empírica, mais permeada de elementos racionais e científicos, sem, no entanto, descurar dos elementos deontológicos da arte de curar, tão bem sintetizados no famoso juramento, até hoje de inegável atualidade.⁸

Foi na Grécia que apareceram novos elementos que se sobrepuseram ao conceito vingativo da Lei de Talião.

Estes novos elementos permitiram alterações relevantes no que tange à responsabilidade do profissional médico, haja vista que antes este profissional era considerado

⁶ KFOURI NETO, op. cit., p. 57.

⁷ Idem, 2013, p. 59

⁸ Trecho do juramento de Hipócrates: “Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrario aconteça”. KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 60.

culpado em qualquer situação na qual ocorresse o seu insucesso e, a partir desses novos elementos, para que o profissional fosse considerado culpado, era avaliada a sua conduta profissional de acordo com cada caso em concreto. Essa avaliação era realizada por perito na matéria e por colegiado de médicos, o que corresponde nos dias de hoje ao perito judicial.

A culpa médica na Grécia era admitida quando preenchida as condições de morte do paciente e a desobediência às prescrições geralmente reconhecidas como fundamento indiscutível de atividade sanitária.

Conta-se que a mando de Alexandre Magno, foi crucificado Glauco, médico de Efésio, por haver este sucumbido em consequência de um descumprimento dialético enquanto o médico se encontrava em um teatro, configurando-se a negligência do médico.

Surge em Atenas a distinção do dano involuntário (culposo) e o do dano voluntário (doloso). Conforme o dano causado era imposta uma indenização ao médico, criada então a Lei de Reparação, que não tratava igualmente a todos os homens.

Num primeiro momento, havia poucos médicos atuantes, por ser considerada área indigna de ser exercida por homem livre, sendo que muitos destes médicos pouco entendiam da profissão, o que ocasionava numerosos insucessos. Em razão do insucesso, adotaram-se penas particularmente severas para os médicos malsucedidos como o trabalho forçado em minas; fratura das pernas; chibatadas e, o mais grave de todas que era a crucificação.

Contudo, com o passar dos séculos a medicina foi evoluindo. Surgiram Universidades pelas quais eram concedidos aos estudantes que terminavam o curso um diploma que o habilitava profissionalmente.

Anteriormente a essa época, não era permitido o estudo em corpos humanos, por ser considerados a morada de Deus, o que conseqüentemente os tornava invioláveis. Com o avanço da ciência, houve pesquisas nas áreas de filosofia e anatomia, não limitando mais os médicos a deixarem de pesquisar e explorar o corpo humano. A partir daí a medicina empírica transformava-se em ciência pura, seguindo-se, uma avaliação racional do erro e da culpa profissional.

1.4 FRANÇA

A responsabilidade do médico foi evoluindo com o passar dos séculos. Da pena “olho por olho, dente por dente” passa para o ressarcimento do dano por meio do patrimônio do lesante.

A partir dos fundamentos e conceitos advindos do Direito Romano, o Código civil francês proclamou a responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada. É a essência aquiliana que continuava a ser o norte das legislações modernas.⁹

Surge na França, entre os séculos XI e XII, a figura do perito para exames e avaliações dos lesados. Estes exames deveriam ser decisivos, posto que somente eles, por serem conhecedores, poderiam proferir uma avaliação precisa.

O ônus da prova sempre cabia ao paciente. Para a caracterização da culpa médica, esta teria que ser grave, inescusável, advinda de erro grosseiro.

Nessa época começou-se distinguir a responsabilidade civil da responsabilidade penal do médico, havendo distinção entre penas impostas, pois anteriormente era aplicada uma só pena para as infrações.

Miguel Kfourri Neto¹⁰, referindo-se à obra de Newton Pacheco, salienta a prudência e a sensatez com que as Cortes Francesas analisaram a responsabilidade médica e de cuja análise ressalta o caso, tido como revolucionário datado de 1832, em que se destaca a atuação do Procurador Dupin, o caso, em resumo, foi o seguinte:

o médico Helie de Domfront foi chamado às seis horas da manhã para dar assistência ao parto da Sra. Foucault. Somente lá se apresentou à nove horas. Constatou, ao primeiro exame, que o feto se apresentava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal. Encontrando dificuldade de manobra na versão, resolveu amputar o membro em apresentação, para facilitar o trabalho de parto. A seguir notou que o membro esquerdo também se apresentava em análoga circunstância, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o outro membro. Como consequência a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante de tal situação a família Foucault ingressa em juízo contra o médico. Nasceu daí um dos mais famosos processos submetidos à justiça Francesa. A sociedade francesa se dividiu. De um lado a Academia Nacional de Medicina da França pronunciou-se a favor do médico e, atendendo à solicitação do Tribunal, nomeou quatro médicos, dos maiores obstetras da época, que apresentaram laudo com as seguintes conclusões: (1) nada provado que o braço fetal estivesse macerado; (2) nada provado que fosse impossível alterar a versão manual do feto; (3) não havia razões recomendáveis para a amputação do braço direito e, muito menos, do esquerdo; (4) a operação realizada pelo Dr. Helie deverá ser considerada como uma falta grave contra as regras da arte. Apesar da imparcialidade do laudo, a Academia impugnou e outro é emitido por outros médicos, que chegam à conclusão contrária à primeira manifestação dos Delegados da Academia. O Tribunal de Comfront condenou o Dr. Helie ao pagamento de uma pensão anual no valor de 200 francos.

Assim lecionou o Procurador Dupin - e a instrução ainda hoje revela-se vigente:

do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo,

⁹ LIMA, Alvino, op. cit., p. 29 *apud* MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 4.

¹⁰ PACHECO, Newton. **Erro Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991, p. 23-25 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p. 62-63.

inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação a responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa.¹¹

Foi a partir de Josserend¹² e com base na sua tese de que os médicos deveriam responder contratualmente pelos danos resultantes de tratamento contraindicados ou de uma intervenção infeliz que a Câmara Civil da Corte de Cassação Francesa, em famoso julgado de 20 de maio de 1936, reconheceu que a responsabilidade médica era de natureza contratual.

É também na França que se encontra o primeiro julgado reconhecendo a possibilidade de condenação de um médico a partir da aplicação da teoria da *La Perte d'une Chance*, sobre se discorrerá adiante.

Por fim, em face deste relato é possível concluir que o direito francês na época moderna estabeleceu as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica, assentando as bases de uma jurisprudência e de uma doutrina que se substanciaram com o decorrer do tempo, servindo de parâmetro para um grande número de nações, especialmente o Brasil.¹³

1.5 BRASIL

A história da medicina no Brasil se divide em três períodos: fase pré-científica; fase de transição e fase positiva.

A fase pré-científica iniciou-se nos primórdios da colonização até a vinda da família real para o Brasil. A medicina nesta época era de exercício indiscriminado da arte curativa.

Após o término desta fase iniciou-se a fase de transição com a chegada de D. João ao Brasil em 1808, e coincide com a criação do 1º Curso de Medicina no Brasil, durando um breve espaço de tempo de tempo até o ano de 1841.

Por fim, deu-se início a fase positiva. Esta fase era caracterizada pela adoção do conhecimento científico e sistematizado, que perdura até os nossos dias, não existindo dados seguros das primeiras ações judiciais por erro médico. Contudo, seguramente sua expansão ocorre no momento posterior a promulgação da Constituição Federal de 1988.

¹¹ PACHECO, Newton. *Erro Médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991, p. 23-25 *apud* KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62-63.

¹² *Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 548 *apud* MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p.7

¹³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico*, p. 31-32 *apud* MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 7

CAPITULO 2

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 RESPONSABILIDADES OBJETIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A TEORIA DO RISCO

A regra no Código de Defesa do Consumidor (CDC) é a responsabilidade objetiva, ou seja, o fornecedor responderá independentemente de culpa pelos danos causados aos consumidores, conforme previstos entre os artigos 12 a 14 do referido Código.

O CDC adotou a teoria do risco da atividade profissional como forma de civilizar os riscos e de garantir a real reparação dos danos causados ao consumidor. Essa teoria está ligada diretamente ao dever jurídico de respeitar a integridade física, psíquica e patrimonial da vítima. Violado esse dever jurídico, o fornecedor do serviço terá que arcar com uma indenização para o lesado, não se discutindo a existência de culpa do fornecedor; basta somente que o lesado demonstre a ocorrência do dano e o nexo de causalidade.

No entanto, essa responsabilidade é abrandada quando houverem presentes excludentes previstas expressamente nos artigos 12, parágrafos 3º e 14, parágrafo 3º do citado Código.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I** - que não colocou o produto no mercado;
- II** - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III** - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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 ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I** - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II** - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.¹⁴

¹⁴ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11 de novembro de 1990.

2.1.2 Responsabilidade Subjetiva no Código de Defesa do Consumidor

Como já visto anteriormente, a responsabilidade que trata o CDC é objetiva. Contudo há uma ressalva, uma única exceção, que é em relação ao profissional liberal.

O profissional liberal, aqui no caso o médico, só responderá pessoalmente, mediante a verificação de culpa, haja vista que sua responsabilidade é subjetiva, conforme previsto no artigo 14, parágrafo 4º do referido Código. O elemento culpa trazido pelo Código refere-se a existência de nexo de imputação da conduta do médico na prestação de serviços.

Desta forma, qualquer imputação de culpa direcionada contra o profissional da medicina deverá ser demonstrada através da existência de negligência, imprudência ou imperícia.

Particularidade importante é a posição de Nehemias Domingos de Melo citando Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim,

o Código é claro ao asseverar que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apurada objetivamente.¹⁵

2.2 RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO CIVIL

Como regra, no Código Civil (CC) é adotada a responsabilidade subjetiva, ou seja, baseada na culpa prevista nos artigos 186 e 927, “*caput*”.

Para que haja o direito de receber uma indenização, a vítima terá que provar que um dano sofrido sucedeu por culpa do seu causador. A culpa aqui mencionada abrange tanto a culpa *lato sensu* quanto a culpa *stricto sensu*.

Além disso, o Código adota ainda a subsidiariedade, em situações específicas como no caso de culpa presumida, conforme previsto no artigo 937 do referido Código.

Neste caso há a possibilidade de inversão do ônus da prova, colocando a vítima em posição privilegiada e passando o dever de provar o dano ao causador do ilícito.

¹⁵ Cf. BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos e. Comentários ao código de proteção ao consumidor, p. 79-80 *Apud* MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p.13-14.

2.3 RESPONSABILIDADES OBJETIVA DO ESTADO E DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

A responsabilidade do Estado é objetiva, haja vista que está baseada nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, visto que, se a atividade administrativa é exercida em benefício da coletividade, é legítimo que todos respondam pelos riscos e danos que a aquela possa gerar para o conjunto de administradores.¹⁶

Ademais, a responsabilidade objetiva do Estado é fundada na teoria do risco, ou seja, a Administração, ao prestar uma atividade, cria um risco de danos a terceiros e, concretizado o dano, surge o dever de repará-lo independentemente da existência de dolo ou culpa.

¹⁶ MELO, Domingos Nehemias. op.cit., p.16.

CAPÍTULO 3

3 DA CULPA AO RISCO – TEORIAS OBJETIVISTAS

3.1. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA (CULPA)

Aquele que sofreu um dano deverá, obrigatoriamente, provar que o agente causador agiu com dolo ou culpa, para fazer surgir o dever indenizatório.

Assim, faz-se necessária a prova da culpa, ou seja, o nexo causal entre a conduta do autor do dano e o resultado ocorrido.

Tratando-se de erro médico, a maior dificuldade é exatamente fazer prova de que o médico tenha agido com negligência, imprudência ou imperícia. Mesmo havendo lesão no paciente, a inexistência de prova da culpa afastará o dever de indenizar.

O Código Civil brasileiro, em seus artigos 186 e 951, não se afastou da teoria subjetiva, a exemplo do Código revogado, em seus artigos 159 e 1.545. a responsabilidade do profissional da medicina, entre nós, continua a repousar no estatuto da culpa, incumbindo à vítima provar o dolo ou a culpa *stricto sensu* do agente, para obter a reparação do dano.¹⁷

O CDC no artigo 14, parágrafo 4º excepciona o profissional liberal, dizendo que com relação a ele, mantém-se o estatuto da culpa, ou seja, ele só será responsabilizado mediante a aferição da culpa. *A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*

No entanto, há exceções a essa regra. Alguns profissionais liberais responderão objetivamente, no o caso das seguintes especialidades: cirurgião plástico, o anestesista, o hospital, os exames laboratoriais.

Na maioria dos casos, a impossibilidade de os pacientes encontrarem meios para comprovar a culpa do médico cria ao lesado uma situação de aparente de injustiça, haja vista ser extremamente difícil provar a culpa do médico, mesmo que muitas vezes esta culpa seja gritante a qualquer olho. Isso se dá devido ao fato de que, muitas vezes, o próprio paciente não tem conhecimento do que lhe aconteceu.

Assim, a responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na culpa “*stricto sensu*” (imperícia, negligência ou imprudência), e ainda, que, levíssima, obriga o profissional a

¹⁷ KFOURI NETO, Miguel. op. cit., p. 71.

indenizar a vítima pois em se tratando da vida humana, não há lugar para culpas “pequenas”, mas sim a culpas reais.

3.2 DA CULPA PRESUMIDA

“Sendo a culpa presumida, inverte-se o ônus da prova. Caberá ao autor provar tão e só a ação ou omissão do réu e o resultado danoso, posto que a culpa do agente já se presume.”¹⁸

A doutrina e a jurisprudência desenvolveram a teoria da culpa presumida, pelo qual cabe o autor da ofensa demonstrar que não procedeu com culpa ou dolo, para se afastar do dever indenizatório.

A este respeito, leciona Nehemias Domingos de Melo:

[...]. No sistema de culpa presumida, ainda que haja o deslocamento do ônus probatório, o agente se eximirá do dever de indenizatório se provar que agiu com diligência, com prudência ou com a perícia esperada para o ato praticado, ou seja, se provar que não agiu com culpa [...]¹⁹

Um exemplo típico de culpa presumida é o que decorre da responsabilidade dos empregadores por atos de seus empregados e prepostos, conforme previsto na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal.²⁰

A isso se chama de responsabilidade pelo fato de outrem. “Nestes casos, haverá a inversão do ônus da prova, cabendo ao patrão ou comitente o ônus de provar que ocorreu alguma das circunstâncias excludentes de responsabilidade”.²¹

3.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA (TEORIA DO RISCO)

Na responsabilidade objetiva não se verifica a existência de culpa do responsável, mas o dano que foi proveniente do ato ilícito.

Não se perquire culpa. Se o dano decorre desta atividade, indeniza-se em qualquer circunstância.

¹⁸ KFOURI NETO, op. cit., p. 73.

¹⁹ MELO, op.cit., p. 21.

²⁰ Ver Súmula 341 STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente, pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

²¹ MELO, op.cit., p. 21.

Atualmente vivemos a era da responsabilidade objetiva, que independe da demonstração do dolo ou da culpa para gerar o dever de indenizar.

3.4 TEORIAS OBJETIVISTAS

3.4.1 Erro Médico e a Perda de Uma Chance – “Perte D’Une Chance”

A teoria da “Perte D’Une Chance” surgiu no final do século XIX na França por volta de 1965, onde houve o primeiro julgado de uma corte de apelação na França aplicando esta teoria da Perda de Uma Chance à responsabilidade médica.

Conforme essa teoria, não se indeniza o prejuízo final; o que se indeniza é a oportunidade perdida, a chance perdida, a probabilidade de se obter um ganho ou de se evitar um prejuízo. A responsabilidade civil subjetiva, ou imperícia, imprudência, negligência, ou dolo na responsabilidade médica é deixada de lado.

Essa visão clássica está relacionada ao prejuízo; só se aplica essa teoria quando há incerteza, uma tese recheada de discordâncias e controvérsias.

Consiste em uma indenização autônoma não pelo prejuízo final, mas pela chance perdida, a chance que foi subtraída, que tem que ser real e séria. A quantificação do dano nunca corresponde ao dano final, mais é parcial porque não se indeniza a morte e sim a perda da chance de se tratar, de se obter a cura ou sobrevivência.

A teoria migrou para a área da responsabilidade civil médica da seguinte forma:

O que acontece conosco na área da responsabilidade civil e médica e hospitalar? Quando a responsabilidade civil deriva de ato essencialmente médico tem que se provar a culpa do médico, existindo dúvidas quanto à causalidade. Não se pode em sã consciência, afirmar que foi aquele erro do médico, aquela desídia, aquela negligência que causou o dano, não tem como afirmar. Essa teoria se aplica quando o prejuízo é duvidoso.

Essa situação é recorrente no mundo inteiro, e o que interessa é uma verificação rápida de países que têm o direito semelhante ao nosso este direito codificado da velha família romano-canônica ou romano-germânica, o Direito Civil o Direito Processual Civil codificado. No caso, o Direito Civil que é o que interessa.

Existe uma escala subsidiária entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva. Hoje se fala muito em presunção de culpa, em algumas circunstâncias onde se presume a culpa. O juiz não teria que ficar investigando, fazendo provas para verificar se o autor - no caso o demandado - que praticou o ato danoso tem ou não culpa porque, em algumas hipóteses, ele

poderia presumir a culpa. E há casos de presunção legal de culpa, como o dano causado a outrem por um empregado e quem responde é o patrão.

Em 1991 na União Europeia tentou-se estabelecer uma presunção legal de culpa em relação à atividade vinculada a saúde, especialmente em relação ao médico. Houve uma proposta de diretiva que dizia “presume-se a culpa e com inversão do ônus da prova”, ou seja, quem deveria provar que não era culpado seria o profissional da medicina ou de qualquer outra área de saúde que se vincula ao ser humano.

Em 1994 esta proposta de diretiva foi retirada do conselho da Comunidade Europeia para melhor exame e nunca mais voltou.

Na União Europeia não vingou principalmente pela resistência da Alemanha e Inglaterra. Estes dois países resistiram à presunção legal de culpa quando se trata de responsabilidade médica. Parte-se do pressuposto que intervém na medicina uma dose muito grande de *âlea, fortuito, sortis*, ou seja, o médico quer curar, mais diante de uma situação que aflige dois pacientes com mesmo diagnóstico, mesma doença, o profissional médico usa a mesma terapia; morre e o outro permanece vivo. Isso ocorre porque é evidente, ou seja, qualquer tratamento médico, qualquer intervenção cirúrgica, às vezes, depende muito menos da atuação do médico do que da condição orgânica do paciente.

Muitas vezes a medicina é aleatória por não ser uma ciência exata. Existe um fortuito, um imponderável, um imprevisível, ou seja, aquilo que não esta sob o comando do médico.

A medicina é ciência e arte. Ciência porque tem primado científico, princípios, enfim, tem toda uma construção dogmática científica, mas é arte porque depende muitas vezes da mão do cirurgião, que precisa ter uma habilidade manual. A arte médica que é também ciência é muitas vezes imponderável. Por isso essa transferência ou essa alteração do sistema de responsabilidade civil, abandonando-se a responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva, ou mesmo por culpa presumida é algo arriscado, podendo-se cometer injustiças, haja vista atualmente não se deixar mais nenhum dano sem reparação. Há uma tendência da sociedade a não deixar dano sem reparação.²²

3.4.2. Teoria da Perda de uma Chance e o Erro de Diagnóstico

²² KFOURI NETO, Miguel. **Erro Médico e a Perda de uma Chance**. Londrina. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aZmW4Xgf0Ug>. Acesso em 29/09/2015.

O erro de diagnóstico, em regra é escusável, ou seja, o médico não é obrigado a acertar 100% do diagnóstico. Ninguém é capaz de acertar 100% de nada. Contudo, mesmo assim, o médico responde pelo erro de diagnóstico quando a conduta diagnóstica, aquilo que qualquer outro médico no lugar dele faria, ele não fez, como no caso do médico que teria obrigatoriamente que pedir um determinado exame para constatar uma enfermidade de um paciente e o dispensou sem pedir o exame. O que se condena neste caso é o erro de conduta diagnóstica.

Na Bélgica um médico foi acusado de erro de diagnóstico. Devido a esse fato, o Tribunal submeteu 10 médicos com a mesma formação do médico demandado, àquela mesma situação de maneira sigilosa aos 10 médicos, sendo que 08 erraram o diagnóstico e apenas 02 acertaram. Diante do resultado o Tribunal absolveu o médico, reconhecendo que se 08 erraram, o médico não agiu culposamente.

O problema da perda de uma chance é exatamente a questão de estatística, ou seja, não se pode levar somente em consideração esse aspecto. Neste contexto, nos EUA indeniza-se a chance perdida quando estatisticamente esta chance é superior a 50%. Na maioria dos estados americanos, só quando a chance, por exemplo, de sobrevivência do paciente naquela hipótese é de mais de 50%, estatisticamente. Também para quantificar não se pode ter estes critérios numéricos, inflexíveis, deve haver o prudente arbítrio, como do dano moral, ou seja, o juiz tem usar de equidade.

O que está ocorrendo hoje na responsabilidade civil é este conceito de reparação integral. Os danos hoje estão se especializando e os advogados cada vez mais estão pedindo todos os danos.²³

Hoje o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado esta teoria em diversas situações. Veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - ANESTESIA - AUSÊNCIA DE EXAMES PRÉ-ANESTÉSICOS E DO MEDICAMENTO EFICAZ CONTRA A CRISE DE HIPERTERMIA MALIGNA - SIMULTANEIDADE DE ATENDIMENTO A MAIS DE UM PACIENTE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - SOLIDARIEDADE PASSIVA DO HOSPITAL - RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA.

1. É responsável pelo dano o anestesiológico que deixa de exercer o seu poder de decisão quanto ao tipo de anestesia a ser empregada em cirurgia que não precisava necessariamente ter anestesia geral; que não realiza os exames pré-anestésicos possíveis, ainda que mínimos; que se ausenta da sala de cirurgia para atender a outro paciente, ainda que por intervalo curto de tempo, porém durante a crise que já se evidenciava; e não dispõe do medicamento Dantrolene, único eficaz no tratamento da hipertermia maligna, que vitimou a paciente.
2. O hospital responde solidariamente, na forma de responsabilidade objetiva, embora com menor parcela de culpa, por não dispor dos medicamentos que seriam indispensáveis para tratar de eventuais complicações durante ou após o procedimento cirúrgico e por admitir

²³ KFOURI NETO, op. cit., 2015.

como corriqueiro o atendimento simultâneo, pelo anestesista, de mais de um paciente. 3. Ainda que não se pudesse afirmar com absoluta certeza que, de outra forma, a paciente se salvaria, indeniza-se, ainda que de forma minimizada, a perda da chance, por não se terem esgotados todos os meios possíveis para o tratamento da doença e que estavam ao alcance dos réus.²⁴

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PLANO DE SAÚDE - CONTRATO QUE PREVIA ATENDIMENTO AO USUÁRIO POR UTI AÉREA - MAU FUNCIONAMENTO DO TELEFONE DE EMERGÊNCIA, NO AEROPORTO DE CONGONHAS - DENÚNCIAÇÃO DA LIIDE, PELA UNIMED LONDRINA, À UNIMED AIR - IMPOSSIBILIDADE - PACIENTE COM DERRAME CEREBRAL (AVC HEMORRÁGICO) - TRANSPORTE TERRESTRE, POR UTI MÓVEL - MORTE DO SEGURADO - DEMANDA MOVIDA PELA VIÚVA E DOIS FILHOS - DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO - SERVIÇO DEFICIENTEMENTE PRESTADO - NEXO CAUSAL VINCULADO À PERDA DE UMA CHANCE DE SOBREVIVÊNCIA - PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DEMANDA INDENIZATÓRIA - MONTANTE INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$16.000,00 (DEZESSEIS MIL REAIS) - APELAÇÃO DOS AUTORES, PLEITEANDO ELEVAÇÃO AO "QUANTUM" DE MIL SALÁRIOS MÍNIMOS PARA CADA UM - APELO DA UNIMED, PELA CABAL IMPROCEDÊNCIA OU REDUÇÃO DO VALOR - RECURSOS DESPROVIDOS. 1. Na perda de uma chance, indeniza-se a oportunidade perdida, não o prejuízo final. Por isso, é parcial a reparação. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0224231-1. Relator: Des. Sérgio Luiz Patitucci, julgada em 22 de abril de 2003).²⁵

A característica da perda de uma chance é a dúvida quanto ao prejuízo, quanto à causalidade, se aquele bem da vida iria se concretizar ou não. Havendo certeza é lucro cessante, ou seja, aquele ato cortou a possibilidade de se obter lucro, que está cabalmente provado. A perda de uma chance fica a meio caminho entre os danos emergentes e os lucros cessantes. Tem mais a ver com danos emergentes essa reparação.

Na França, Salvatier, um dos maiores civilistas franceses, critica a teoria dizendo: *Acrobacias intelectuais, porta aberta a todas as arbitrariedades, paraíso dos juízes em dúvida.*²⁶

Cabe dizer que na perda de uma chance, indeniza-se, em realidade, a chance, a oportunidade subtraída à vítima, na qual se admite a culpa do médico que comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente, independente do juiz estar convencido ou não de que a culpa ocasionou o dano, sendo suficiente a dúvida²⁷.

3.4.3. Teoria de que a Coisa Fala Por Si – “*Res Ipsa Loquitur*”

Está teoria é originária dos EUA, sendo aplicada em alguns de seus estados.

²⁴Ver RJTJRGs 149/459

²⁵ Disponível em <http://jus.com.br/artigos/19730/aspectos-destacados-da-teoria-da-responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance-no-direito-brasileiro/5#ixzz3okeoUDJY>. Acesso dia 16/10/2015

²⁶ KFOURI NETO, op. cit., p. 76.

²⁷ KFOURI NETO, op. cit., p. 75.

Toda a vez que a provas forem consideradas insuficientes para comprovar a culpa do demandado em situações em que as circunstâncias forem muito evidentes, é aplicada em favor da vítima.

É meio de prova que se assemelha às presunções judiciais de culpa do demandado. Significa dizer que o evento danoso ocorreu em face de uma intervenção que normalmente não oferecia aquele tipo de risco, ou seja, em circunstâncias normais aquilo não ocorreria. Assim, se veio a ocorrer o acidente, alguma forma de culpa (imprudência, negligência ou imperícia) deve ter concorrido para sua manifestação.²⁸

Sendo assim, devido à grande dificuldade encontrada em se provar a culpa médica, foram desenvolvidas a teoria francesa da perda de uma chance, e a teoria americana da “*res ipsa loquitur*”.

²⁸ MELO, op.cit., p. 28.

CAPÍTULO 4

4 O DANO MÉDICO

Ao se falar em reparação por dano causado, há de se distinguir entre as expressões “ressarcimento”, “reparação” e “indenização”.

Ressarcimento é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido em decorrência do dano, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes.

Reparação é a compensação pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima.

E a indenização é reservada para a compensação do dano decorrente de ato ilícito.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves citando Agostinho Alvim diz:

o termo dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.²⁹

De acordo com esse entendimento, o dano atinge não só o bem patrimonial, mas também o bem de ordem moral, como a honra, a saúde, a vida.

O dano é consiste na reparação, em toda a sua extensão, ou seja, do que efetivamente se perdeu e aquilo que deixou de lucrar, o qual se refere ao dano emergente e o lucro cessante.

Em relação ao dano, Carlos Roberto Gonçalves consigna que,

Embora possa haver responsabilidade sem culpa, não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano. Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte de infrator. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mais não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude de sua conduta.³⁰

Ademais, Miguel Kfoury Neto, discorrendo sobre o mesmo tema diz:

Não há dúvida que o dano é elemento nuclear da responsabilidade civil. Sem o dano, por mais grave que seja a conduta, não existe prejuízo ressarcível. Os danos encontram classificação amplíssima. Identificar com clareza o dano sofrido pela vítima – e pleitear a

²⁹ Da inexecução das obrigações e suas consequências, p. 171-172 *apud* GONÇALVES, Roberto Carlos. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. 2013, p. 362.

³⁰ GONÇALVES, Roberto Carlos. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. 2013, p. 363.

consequente reparação- é tarefa das mais difíceis, a desafiar a argúcia dos advogados.³¹

Neste sentido Nehemias Domingos de Melo afirma que,

Embora o dano deva ser sempre provado, esta regra tem sofrido abrandamento com base na jurisprudência, que em face das chamadas “máximas de experiências”, passou a considerar presumido o dano em certas circunstâncias. Assim, quando se tratar de família pobre, a morte de um de seus membros pressupõe, além do dano moral, um prejuízo efetivo porque o falecido viria a contribuir para a economia do lar, assim que atingisse a idade de trabalho.³²

Segundo o Ministro Superior Tribunal de Justiça Cesar Asfor Rocha deixa assentado que:

Em família de poucos recursos, o dano patrimonial resultante da morte de um de seus membros é de ser presumido. E assim decidiu com base nos ensinamentos de Cunha Gonçalves de que a “maior, mais clamorosa injustiça é negar aos lesados, com tão fútil pretexto, toda e qualquer reparação, estimulando com a impunidade novos prejuízos, novos acidentes, novas mortes”, concluindo “é mil vezes preferível uma solução imperfeita à permanência da injustiça não reparada.”³³

Ao falar em reparação civil por dano tem-se de que ter em mente que não há indenização sem que se prove a existência de um dano. Pode haver a responsabilidade sem culpa, mais não a responsabilidade sem o dano.

No entendimento de Nehemias Domingos de Melo,

Dano é a agressão ou violação de qualquer direito, material ou imaterial que, provocado com dolo ou culpa pelo agente (responsabilidade subjetiva) ou em razão da atividade desenvolvida (responsabilidade objetiva), cause a uma pessoa, independentemente de sua vontade, uma diminuição de valor de um bem juridicamente protegido, seja de valor pecuniário, seja de valor moral ou até mesmo afetivo.³⁴

Um ponto fundamental é sempre, nestas demandas de reparação de danos, de responsabilidade civil, é a prova. Esta prova em principio incumbe ao autor, ao paciente; ele tem que provar a culpa do médico, e tem que provar também o nexo de causalidade, ou seja, que aquela atuação culposa houve em relação ao dano um liame causal. O dano decorreu,

³¹ KFOURI NETO, op. cit., p. 125

³² MELO, op.cit., p.29-30.

³³ STJ – 1º Turma – Resp 58.519-8 – DF (94.0040904-4) – Rel. Min Cesar Asfor Rocha – j. 20.03.1995 – In LEX-JSTJ n° 79, p. 258 *apud* MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2. ed. São Paulo:. Editora Atlas, 2013, p.29-30).

³⁴ MELO, op. citt., p. 29-30.

adveio, é consequência direta e necessária daquela atuação culposa do médico. Para se provar isso todos os meios de prova são admitidos.

Com estes dados e mais a prova testemunhal e a prova documental como o prontuário médico, o histórico clínico, e tudo aquilo que diz respeito a atuação do médico como a formação do médico, sua especialidade, se ele detinha os conhecimentos naquela área, enfim, o juiz analisa todo este conjunto probatório e conclui ter havido ou não a tal culpa médica.

Sendo assim, o dano compreende muito mais do que somente o dano material em si, abrange também o dano moral, o dano estético, os lucros cessantes e os danos emergentes, além dos danos sofridos por familiares da vítima que é o caso do dano ricochete, como veremos logo abaixo.

4.1 DOS DANOS MORAIS

Danos morais são danos que não têm natureza patrimonial e representam o que os latinos denominavam de “*praetium doloris*” (o preço da dor): é o luto, os aspectos psicológicos da saudade, a perda da felicidade plena de um lar e da tranquilidade do lar e muitos outros aspectos. O dano moral é o que advém dos direitos da personalidade da vítima e das relações de família.

Nos ensinamentos do laureado mestre Wilson Melo da Silva o dano moral é definido como:

Lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.³⁵

E ainda complementa *Danos morais, pois, seriam exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, à liberdade, à vida, à integridade corporal.*³⁶

É sábio entender que a perda de um ente querido possui característica de perda irreparável, que o sofrimento de um familiar que padece em estado vegetativo sobre uma cama, é incomensurável.

³⁵ O DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO, p. 2 *apud* MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 32.

³⁶ Id. *Ibid.*, p. 32.

Tal sofrimento não há como quantificar, menos ainda que se falar em compensação emocional, pois esta última não existe. Todavia, na maioria dos casos, a reparação monetária representa para muitos que perderam seus entes queridos algo similar a uma herança deixada pelo *de cuius*.

Em se tratando de vítimas em estado vegetativo ou que fiquem com sequelas permanentes, a indenização pode e certamente será usada em benefício do próprio tratamento médico e da manutenção da vítima em estado vegetativo, o que geralmente possui um custeio muito alto, se verá no capítulo 8.

4.2 DANO ESTÉTICO

Também se admite a possibilidade de ocorrência de dano estético, o qual consiste na lesão à forma física ou à aparência do paciente. Assim como a indenização por dano moral, a reparação do dano estético tem a finalidade de compensar e não propriamente de ressarcir o prejuízo amargado pela vítima. O dano estético faz parte do dano moral. Trata-se de um dano à integridade física do ser humano, de preferência externo, que causa um transtorno à personalidade do indivíduo.

Teresa Ancona Lopez define dano estético como

o dano estético é sempre um dano moral e, na maioria das vezes, concomitantemente também um dano material, mas se dele somente advierem prejuízos de ordem econômica pode-se, quando muito, falar em ofensa passageira à estética pessoal ou em dano estético transitório, pois, para nós, para que exista tal tipo de lesão é necessário, pelo menos, a existência de um sofrimento moral.”³⁷

Já sob a ótica de Edmilson Júnior, dano estético é

O dano estético, de forma resumida, é o prejuízo psicológico-social à forma corporal socialmente aceita que provoca desgosto, humilhação vergonha ou enfeia mento; uma 'deformidade' A palavra deformidade vem do latim *defornitas*, que significa falta de proporção ou regularidade na forma. A pedra angular da deformidade é o dano à estética ou simplesmente dano estético.³⁸

Assim, o dano estético se mostra como uma ramificação do dano moral, sendo possível a cumulação de pedidos de danos morais, patrimoniais e estéticos.

³⁷ LOPEZ, Tereza Ancona. 1999, p. 49.

³⁸ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida, **A Responsabilidade Civil do Médico: uma abordagem constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 58.

Muito embora nem todo dano estético seja irreversível, este também há de ser tratado.

O profissional que der causa à deformidade física de seu paciente poderá ser punido na esfera penal e civil, por ter agido com negligência, imprudência ou imperícia.

4.3 DOS DANOS MATERIAIS

O artigo 402 do Código Civil, prevê que, salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Segundo o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho *O dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, com, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mais também impedir o seu crescimento*³⁹, razão por que se justifica a subdivisão em dano emergente e lucro cessante.

Haverá dano material quando se der perdas patrimoniais, justificando a necessidade de ressarcir os prejuízos causados ao paciente pela má-prática médica.

4.3.1 Danos Emergentes

O dano emergente é a perda efetivamente sofrida. Oferecem largos horizontes, mas uma diretriz deve ser, desde logo, ressaltada: as perdas e danos devem ser aferidos com discricção e prudência. Os dois advérbios, utilizados pelo legislador " [...] efetivamente perdeu" e "razoavelmente deixou de lucrar" demonstram sua cautela.

Os danos emergentes constituem os prejuízos de qualquer natureza que o paciente e/ou sua família tiveram de enfrentar em razão da má prática médica; são as despesas de transporte, de hospitalização, de especialistas, de prestadores de serviço e assim por diante. Mas, não se limitam aos aspectos materiais de tais despesas, pois, ao lado do dano material, há o que se denomina de danos morais.

4.3.2 Dos Lucros Cessantes

³⁹ MELO, op. cit., p. 30

Os lucros cessantes representam o que a vítima deixou de lucrar em razão do erro médico: a diminuição da capacidade de trabalho, o corte abrupto da profissão, a atividade comercial interrompida a meio, e outras circunstâncias mais. Na estimativa dos lucros cessantes desempenha papel preponderante a perspectiva de sobrevivência do paciente. Os Tribunais brasileiros têm levado em conta, costumeiramente, a idade de 65 anos, para esse fim, mas já se observa uma tendência para elevar esse nível.

Note-se, também, que, no Brasil, houve muita relutância do Poder Judiciário em reconhecer o direito à indenização por dano moral, mas a jurisprudência evoluiu, decisivamente, pela resposta positiva, mandando indenizar, também, danos dessa natureza.

Em matéria de direito, todos os direitos civis que existem para os familiares de vítimas fatais, se aplicam exatamente da mesma forma às vítimas em estado vegetativo.

4.4 DANO REFLEXO OU DANO POR RICOCHETE

O dano reflexo ou dano por ricochete é o resultado não direto do ilícito perpetrado, mais a sua decorrência do mesmo, ou seja, o dano atinge a pessoa diversa da vítima.

O Desembargador Ênio Santarelli Zuliani decidiu a respeito de um caso onde foi concedido à mãe da vítima o dano por ricochete, haja vista que sua filha, na época com 4 anos de idade ter ficado em estado vegetativo irreversível, em decorrência de erro médico:

Pois bem. Um das evoluções do sistema da responsabilidade civil consistiu em ampliar o rol dos legitimados para propor ações de indenização por danos morais, sem que isso afete a expectativa de a vítima obter a integral reparação do dano injusto. O resultado decorre da confirmação, por regras sociais, de que principalmente os pais sofrem dores próprias e que são indenizáveis por testemunharem o sofrimento dos filhos, notadamente quando não há praticamente remédio contra o mal que aflige toda a família, como uma paraplegia de uma criança ou um jovem. A vida dos familiares é afetada e porque não dizer perturbada com a triste realidade imposta por ato ilícito (art. 186, do CC) e não raro os pais sofrem tanto ou até mais em constatarem que a vida promissora e repleta de sonhos de uma felicidade possível de ser alcançada se transformou em uma frustração difícil de aceitar. Daí a permissão para que os pais que suportam as agruras dos filhos vítimas possam reivindicar, para eles, indenização que compense a dor do choque que irradia os malefícios (dano por ricochete). O colendo STJ atento a essa nova concepção admitiu, em dois julgados recentes, a legitimidade dos pais para pleitearem, em nome próprio, danos morais pelos efeitos lesivos que experimentaram com a má sorte dos filhos (Resp. 1.208.849 MG, DJ de 15.12.2010, Ministra NANCY ANDRIGHI e Resp. 876.448 RJ, DJ de 21.09.2010, Ministro SIDNEI BENETTI). A r. decisão está de acordo com a jurisprudência contemporânea e fica mantida, sem ofensa ao arts. 267, VI e 3º, do CPC. A autora da ação afirma que sua vida sofreu uma radical mudança para pior -, em razão da ocorrência médica que produziu estado vegetativo em sua filha e, por isso, quer obter danos materiais e danos morais. A legitimidade é evidente e deverá ser a lide solucionada pelo

mérito, com exame dos demais pressupostos da responsabilidade civil.⁴⁰

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI

Relator

De acordo com 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 civil.⁴¹

Outro exemplo clássico para definir o que é dano reflexo ou dano por ricochete a ser citado é o caso do paciente que está em tratamento, e recebia uma quantia mensal pelo trabalho. A partir do momento em que sofre um dano por erro médico, e vai receber o seu benefício, neste benefício há uma considerável diminuição do valor que ele anteriormente recebia e isso influenciará diretamente na família. Por este motivo coloca-se também no polo ativo da ação o familiar, uma vez que este sofre diretamente o reflexo da diminuição patrimonial na vida econômica e financeira dos dependentes do paciente/vítima do erro médico.

Essa diminuição de renda irá trazer aos familiares um constrangimento, uma desestabilização emocional, e isso tudo deve ser levado em conta, deve ser avaliado. Cabe dizer que familiar, neste caso, compreende pessoa próxima, até o segundo grau, como marido, mulher e filhos, não cabendo tal hipótese em casos de pessoas distantes como no caso de ex-mulher, ex-marido, conforme prevê o Código Civil.

⁴⁰ TJSP. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18248856/agravo-de-instrumento-ai-5345510320108260000-sp-0534551-0320108260000/inteiro-teor-103954658>. Acesso em 11/10/2015.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Ed. Ver. 2006. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14522. Acesso em 15.10.2015)

CAPÍTULO 5

5 DO NEXO CAUSAL E AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

5.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como já mencionado, a responsabilidade do médico é subjetiva, fundada na culpa *stricto sensu*, ou seja, somente é imputada ao médico a conduta culposa quando esta for provada pela vítima, não cabendo aqui a presunção de culpa contra esses profissionais. Desta forma, não provada a negligência, imprudência ou imperícia do médico, essa culpa fica afastada do profissional da medicina.

Na efetivação da responsabilidade médica são requisitos indispensáveis à conduta voluntária a existência de um dano e o nexo causal.

A conduta voluntária é toda a ação ou omissão, com inobservância de um dever objetivo de cuidado.

Para o nexo causal tem que haver um liame entre o erro médico e a sua consequência. Trata-se da relação entre a causa e o efeito, um elo entre o dano e o ato. Quando o ato é praticado com cuidado e atenção devida, o resultado danoso poderá ser considerado acidente.

Por último, a existência de um dano, ou seja, sem a existência de um dano real, efetivo e concreto não existe a responsabilidade, sendo este elemento condição indispensável. (artigos. 186, 948 a 951 CC).

Ao propor uma ação de indenização por erro médico há de se trabalhar estes elementos da responsabilidade civil, pois são elementos caracterizadores do erro médico.

Diante destes elementos, se na relação jurídica médico/paciente se conseguir provar que houve uma conduta ilícita do médico, ou seja, uma conduta voluntária, onde se tem uma ação - comissiva -, ou uma conduta negativa - deixou de fazer, - omissiva - ou ele age precipitadamente sem a cautela – imprudência -. Está-se diante de uma ação, de um comportamento que gerou um ato ilícito, tendo o nexo causal.

A que haver uma distinção entre denominado erro médica e o mau resultado. O médico não consegue obter, em 100% dos casos, êxito no tratamento, na intervenção, na terapia, enfim, no cuidado que presta ao doente, haja vista que a medicina não é uma ciência exata; é aleatória, conjectural.

A medicina depende muitas vezes mais da reação própria do paciente, do organismo do paciente do que da intervenção da medicina.

Por esse motivo a justiça, o Poder Judiciário, o juiz, os tribunais intervirão no sentido de fazer reparar o dano causado pela atuação do profissional da medicina quando se caracterizar sua culpa.

5.2 EXCLUSÃO DO NEXO CAUSAL

Como já mencionado, o nexo causal é requisito indispensável para a caracterização do dano e a consequente responsabilização do agente causador, pelos atos advindos da conduta ilícita.

No entanto, algumas causas não se incluem no nexo causal, tendo a sua exclusão de responsabilidade pelo ato danoso.

São causas de exclusão do nexo causal a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

5.2.1 Culpa Exclusiva da Vítima

A responsabilidade do médico é subjetiva, quando a vítima teve sua parcela de culpa no resultado danoso.

Assim, para configurar a responsabilidade subjetiva do médico é obrigatória a divisão da responsabilidade do médico com a vítima. Nessa esteira tem-se as variáveis, nas quais parte da culpa recai sobre a própria vítima.

Quando existe estabelecido um liame causal, uma relação direta de causalidade, onde o médico promove o erro/dano, e, em contrapartida além do erro do médico, verifica-se operante a falta de cuidado da vítima mediante as orientações médicas a ela repassadas, sendo a situação em que a responsabilidade do médico é meramente originária, mas não necessariamente determinante para o deslinde fatal ou irreversível em relação à vida e saúde da vítima. Como um erro médico operou-se inicialmente através do procedimento médico e foi agravado pela falta de cuidados e precauções com higiene pessoal da vítima, (em muitos casos o agravamento se dá por falta de cuidados de higiene, perpetrada por terceiros, qual sejam cuidadores e/ou familiares, etc.) citam-se alguns exemplos: (a) falta de higiene local antes da troca de curativos; (b) a falta de curativos propriamente dita; (c) assepsia inadequada de Instrumentais (comadres, compadres, copos, talheres, sondas nasogástrica e vesicais,

máscaras de inalação, vasos sanitários, camas e colchões hospitalares, muitas vezes alugados de empresas especializadas, e cuja limpeza e assepsia é responsabilidade do cuidador, familiares ou terceiros).

Assepsia inadequada muitas vezes, agrava o erro médico, evoluindo e agravando o evento danoso perpetrado pelo médico, conseqüentemente tem-se o agravamento da doença. Uma vez detectada falta de higiene antes de qualquer procedimento doméstico com o paciente, surge a infecção da ferida cirúrgica seguida de inflamações graves, que pode afetar apenas determinado órgão, surgindo daí a necessidade de eventual amputação do membro, bem como se a infecção se espalhar pela corrente sanguínea, por todo o corpo (septicemia), levando a vítima a um choque séptico, muitas vezes irreversível que acaba culminando com a morte. Nestes casos tem-se caracterizada parte da culpa no resultado final, atribuída a própria vítima ou a terceiros.

E em muitos casos, o agravamento do erro médico se dá por conta de questões financeiras. Neste caso, a vítima do erro não possui meios de adquirir os medicamentos prescritos pelo médico, e não busca por meios judiciais a tutela do Estado, de sorte a garantir o acesso ao medicamento, sejam estes custeados pelo próprio agente causador, através de proposição de medidas cautelares com pedido de antecipação da tutela via medida liminar que obrigue o médico a proceder à compra e oferta do medicamento, ou mesmo em face ao Estado e Municípios.

5.2.2 Fato de Terceiro

O fato de terceiro desfaz o nexo de causalidade entre a conduta lesiva do agente e o resultado danoso, excluindo o dever de indenizar, haja vista que se assemelha muito com o caso fortuito e a força maior, na exata medida de sua imprevisibilidade e inevitabilidade.

O fato de terceiro é um evento em que, nem a vítima, nem o agente deram causa à sua incidência.

5.2.3 Caso Fortuito ou Força Maior

O caso fortuito e a força maior são elementos de exclusão da responsabilidade. O caso fortuito esta diretamente relacionado com eventos alheios à vontade das partes, tais como

guerras, motins, greves, dentre outros. Já a força maior são eventos da natureza, como raios, inundações e terremotos.⁴²

Para que seja considerado o caso fortuito ou a força maior o evento tem que ser inevitável e irresistível a qualquer esforço humano. Sendo observada esta ocorrência a responsabilidade de indenizar será excluída do agente.

5.3 DO ERRO MÉDICO, DA INTERCORRÊNCIA MÉDICA, E DA IATROGENIA.

A intercorrência médica é o ato superveniente ao fato ocorrido, ou seja, o que aconteceu e que não era previsível, como o paciente que toma o medicamento uma vez e nada ocorre e tomando pela segunda vez tem reação. Não há neste caso, nenhuma relação com o dano ou erro médico.

O erro médico é exatamente não seguir o protocolo médico, ou seja, é agir com negligência, imprudência ou imperícia. Isso precisa ficar muito claro para não confundir iatrogenia, intercorrência médica e erro médico.

Há de se distinguir do que se trata o ato. É a falta de cuidado que faz com que a grande maioria de ações por erro médico sejam julgadas improcedentes. O advogado que não é especializado na área médica não sabe estas diferenças na atuação do profissional médico.

Iatrogenia (“*aitro*” é cura e “*genus*” é criar, é o dano causado/ criado pela cura) é a doença que surge em decorrência de uma interferência médica, ou seja, é uma consequência prevista no tratamento médico, como a amputação do pé diabético. Para o profissional da medicina o erro médico é a iatrogenia. Para o profissional do direito a iatrogenia é consequência do tratamento médico que resultou no erro médico, e aqui tem-se que tomar cuidado porque às vezes a lesão sofrida pelo paciente não é uma lesão originária do erro médico, mais é iatrônica, ou seja, ela é um resultado/consequência do tratamento médico na qual não há outra opção a não ser aquele resultado para salvaguardar a vida do paciente.

A maior gama de iatrogenias não implica responsabilidade profissional, tendo em vista que são imprevisíveis ou decorrentes de fatores individuais e próprios de cada paciente. Sabem-se que as pessoas são diferentes entre si, em maior ou menor proporção. Ademais, o estado físico e psicológico de cada doente varia em razão das especificidades orgânicas, de tal sorte que a sensibilidade e reação podem ocorrer sem qualquer relação de causa e efeito com a atuação do médico, à técnica empregada ou o medicamento ministrado. Desde que o paciente

⁴² MELO, op. cit., p. 52.

tenha consentido, desde que previamente informado e esclarecido sobre as possíveis consequências iatrónicas, ainda que venha a ocorrer o dano, não se poderá falar em responsabilizar o profissional.⁴³

Nesse sentido é possível distinguir três tipos de iatrogenia: (a) as lesões previsíveis e também esperadas, tais como mutilações decorrentes da extração de órgãos ou membros; (b) previsíveis, mais inesperadas, decorrentes do perigo inerente a todo e qualquer procedimento, tal qual a reação alérgica a determinado tipo de medicamento; (c) falhas decorrentes do comportamento humano no exercício da profissão, passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal, como a confusão da veia safena com a artéria femoral, durante a safenectomia, cujo quadro evolui para uma gangrena.⁴⁴

Este assunto é de suma importância, pois no caso de ação judicial precisa-se distinguir se o ato é decorrência de erro médico ou iatrogenia, porque se for erro médico é indenizável e se for iatrogenia, não é indenizável.

Destarte no propósito de buscar reparação civil, muitas vezes sem razão, vez que o óbito ou seqüela se dá mediante a causas de ordem natural e biológica, o raciocínio da vítima ou no caso “in comento” de familiares de vítima fatal, é elementar e primário: se o médico que atendeu, se envolveu em má prática (segundo próprio entendimento subjetivo infundado) deve-se responsabilizá-lo e fazer fortuna fácil.

Assim é lícito e coerente que o operador do Direito, aja de forma técnica e racional diante dessa situação, vez que a morte ou sequelas não poderiam ter sido causadas por eventual erro médico, mas por questões naturais multifatoriais. Assim há que o operador do Direito tenha cautela, para não incorrer em injustiça para com o bom profissional, e ainda pior, agir de forma leviana para com ele. Deve apurar, mediante as provas apresentadas pela vítima ou seus familiares, ou através do Inquérito Policial se realmente o caso se trata de erro médico, ou erro humano, ou se o dano se deu por causas naturais.

É assim que subjetivamente a grande maioria dos pacientes ou suas famílias, percebem a dinâmica do erro médico, ou seja, vislumbram não a busca de justiça propriamente dita, mas percebem no resultado final (qual seja morte ou lesão irreversível) e atribuem ao bom profissional de saúde, e até diante da impossibilidade de retorno de seus familiares um meio teoricamente fácil de conseguir receber algum dinheiro. Multiplicam-se, então, as ações de reparação civil decorrentes do erro médico efetivamente não caracterizado.

⁴³ CASTRO. João Monteiro de, Responsabilidade civil do médico, p. 31 *apud* MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p.152.

⁴⁴ Idem, *ibidem*, p.152.

CAPÍTULO 6

6 NATUREZA CONTRATUAL DOS SERVIÇOS MÉDICOS

6.1 NATUREZAS JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO

A responsabilidade médica está regulada nos artigos 1.545, 1916 e 951 do Código Civil.

Muito se discute a natureza jurídica da prestação de serviço médico, sobre está ser contratual ou extracontratual.

Para Nehemias Domingos de Melo a natureza jurídica é contratual

Muito já se discutiu se a prestação dos serviços médicos seria contratual ou extracontratual. Atualmente, esta questão está superada, pois não há mais dúvidas quanto à questão: a responsabilidade médica é contratual, ainda que se possa considerar um tipo de contrato *sui generis*, pelo qual o profissional da medicina se obriga à prestação de um serviço consciencioso e de acordo com as técnicas científicas disponíveis, sendo, assim, uma típica obrigação de meios.⁴⁵

Para Miguel Kfoury Neto a natureza jurídica também é contratual *Apesar de o Código Civil brasileiro colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar a responsabilidade médica ex contractu.*⁴⁶

Contudo, Aguiar Dias faz uma congruente observação, ressaltando que o objeto do contrato médico não é a cura, mas a prestação de cuidados, meticulosamente. Assim,

o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.”⁴⁷

A dúvida a respeito da responsabilidade extracontratual dos serviços médicos foi nutrida pelo Código Civil, tendo várias discussões doutrinárias a este respeito.

Contudo, a responsabilidade extracontratual do profissional da medicina poderá existir em casos como quando o médico se depara na rua com uma pessoa passando mal e a socorre. Mesmo neste caso haverá a obrigação de reparar o dano, se lhe causar. A obrigação de reparar o dano sempre existirá.

⁴⁵ MELO, op. cit., p. 67.

⁴⁶ KFOURI NETO, op. cit., p. 83.

⁴⁷ MELO, op. cit., p. 67

O contrato médico/paciente poderá ser pactuado de diversas formas. A este respeito Nehemias Domingues Neto assevera que

o contrato de serviços médicos é um contrato singular, pois para sua formação basta haver a convergência volitiva, isto é o encontro de vontades quanto às bases em que se desenvolverá a relação, não havendo nenhuma obrigatoriedade quanto a ser escrito, podendo se manifestar das mais variadas formas, inclusive de maneira rudimentar ou mesmo informal. A relação pode ser estabelecida a partir da consulta marcada pela secretária do médico ou a partir da chamada do médico por ato do próprio paciente ou de alguém em nome dele, dentre outras formas.⁴⁸

E o mesmo autor esclarece ainda que,

[...] se tratando de contrato celebrado com entidade hospitalar haverá, regra geral, um contrato de prestação de serviços de natureza complexa, tendo em vista que nele estará inserida a prestação dos serviços médicos, sem aquele caráter personalíssimo, pois o paciente poderá ser atendido por qualquer dos médicos que estejam de plantão, bem como pelos diversos especialistas que se façam necessários no curso do tratamento/atendimento⁴⁹

6.2 O MÉDICO E A OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

O exercício legal da medicina caracteriza-se e fundamenta-se na proposta subjetiva de cura do paciente e não objetiva, vez que, por exemplo, é humanamente impossível um médico garantir que num transplante de um órgão, (num caso hipotético do coração) o paciente ira sobreviver ao procedimento cirúrgico, até por questões multifatoriais, quais sejam, a dependência da idade (se avançada ou não); do paciente eventualmente ser hipotenso ou hipertenso, fatores de coagulação sanguínea; se o paciente possui diabetes, dentre outros fatores puramente biológicos, que podem influir diretamente no resultado que poderá ter uma determinada chance de sobrevivência, ou que em decorrência de fatores que fogem de determinantes humanos, possam levar o paciente a morte.

Assim tem-se como explicitados, alguns fatores que demonstram como do resultado de um procedimento podem advir de fatores técnicos ou biológicos, sendo impossível a um médico afirmar e garantir a cura de um paciente que possua um prognóstico desfavorável.

⁴⁸ MELO, op. cit., p. 68.

⁴⁹ Idem, ibidem, p. 68.

Nasce assim a obrigação de meio e não de resultado, salvo raras exceções em casos de cirurgias estéticas ou minimamente invasivas.

Para Carlos Alberto Bittar, *Obrigação de meios é aquela cujo objeto se restringe ao emprego de todos os meios necessários ou possíveis, sem que atinja um resultado final (no caso, a cura do paciente)*.⁵⁰

Para Hildegard Taggesell Giostri *na obrigação de meio, ele o médico se compromete apenas a empregar os meios apropriados à obtenção do resultado buscado pelo credor, sem, contudo, se vincular àquele resultado*.⁵¹

Na obrigação de meio não existe comprometimento com o resultado. O médico não se compromete a curar o paciente, o médico não se compromete a acabar coma doença acabar com o mal do paciente, esta é a obrigação de meio.

Em contrapartida, a obrigação de resultado reside num resultado tangível e possível de se concretizar. Na obrigação de resultado, na verdade o profissional se compromete com o resultado.

6.2.1 Obrigação de Meio na Atividade Médica em Geral

A medicina se caracteriza quase em toda parte, em obrigação de meio. O médico não pode prometer a cura; ele tem que procurar e buscar o recobro, empreender os seus esforços, aplicando toda a sua ciência para tentar obter o restabelecimento do paciente.

Na obrigação de meio o profissional se compromete a agir de forma zelosa e tecnicamente correta, utilizando para isso todos os meios disponíveis ao seu alcance para tentar a cura ou o tratamento do paciente.

No entanto, mesmo o médico tendo agido de forma primorosa, nem sempre a tão desejada cura é possível, ou seja, por mais que ele trabalhe bem, a cura muitas vezes está longe do alcance da atividade do médico por questões peculiares ao próprio paciente. Neste caso não cabe a responsabilização do profissional, haja vista que ele não se comprometeu com um resultado.

⁵⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

⁵¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

6.2.2 Obrigação de Resultado na Cirurgia Plástica

Na obrigação de resultado o médico se compromete com o fim, se compromete com o resultado propriamente dito.

Dentro do que se tem hoje na doutrina e na jurisprudência a regra na atividade médica é a obrigação de meio. As exceções são os procedimentos médicos relacionados com estética.

Uma cirurgia plástica, por exemplo, puramente estética, embelezadora é entendida como uma obrigação de resultado.

Tem-se que diferenciar o que é estético do que não é estético. Sendo estético, o entendimento é que a obrigação é de resultado. Se não for estético, for terapêutico, é uma obrigação de meio do profissional médico.

CAPÍTULO 7

7 ERRO MÉDICO EM ESPÉCIE

7.1 DO ERRO MÉDICO A CULPA MÉDICA

O termo erro médico é um termo abrangente.

Preliminarmente, faz-se necessário explicar o que vem a ser o erro médico.

Erro médico é um ato causado por médico que provoca dano ao paciente, seja ele erro médico fatal ou que deixa à vítima sequelas irreversíveis como no caso de vítima/paciente em estado vegetativo.

Por se tratar de tema abrangente, o erro médico não é causado necessariamente pela classe profissional médica, podendo ser o erro cometido por qualquer profissional da área de saúde.

Ao tratar este tema, tem-se que ter em mente que o erro médico está ligado totalmente com o ato do médico, ou seja, o ato médico é aquele praticado exatamente pelo médico, como, por exemplo, o médico que irá realizar a cirurgia. O ato é dele e ele não pode repassar algumas atividades que são suas exclusivas. Ele irá fazer a cirurgia e se desta cirurgia acontecer um erro médico, por negligência, imprudência ou imperícia, terá o paciente o direito a uma indenização.

Como já exposto, responsabilidade do médico é baseada na culpa *stricto sensu*, ou seja, responsabilidade subjetiva. Para que seja caracterizada a culpa médica é necessário que a conduta do médico seja voluntária, o dano ser injusto e existir o nexu causal.

Discorrendo sobre este tema Miguel Kfoury Neto afirma que *Ao falar de culpa médica, não se torna necessária à intenção, basta a simples voluntariedade de conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou pericias comum.*⁵²

Diante de assunto polêmico, por envolver de um lado a vida humana que não tem preço e de outro lado o próprio dinheiro que a vítima pede, fica difícil mensurar o *quantum se pedir* em uma indenização.

Em situações assim, o que se pede é o mínimo para que possa resguardar a vida que já foi prejudicada, e amenizar um pouco o sofrimento, haja vista que dinheiro nenhum traz

⁵² KFOURI NETO, op. cit., p. 90.

uma pessoa de volta ao que era mais minimiza o sofrimento daqueles que a tratam e da própria vítima.

Muitos são os erros, tais como o próprio erro em si, erros grosseiros, erros de diagnóstico, erro exclusivo da parte de paramédicos e da própria estrutura do hospital, sendo estes punidos pelo Código do Consumidor, haja vista a responsabilidade objetiva nestes casos.

A dificuldade com que a vítima e os seus familiares se deparam ao tentar provar a existência de um dano ocasionado por um médico, na maioria das vezes faz com que desistam de ingressar com a ação.

A posição de Miguel Kfoury Neto sobre esse tema é:

As vítimas, ainda, pouco procuram o judiciário. A notória dificuldade de acesso a uma ordem jurídica justa, aliada a timidez de nossos pretórios ao estabelecerem a culpa do profissional da medicina, são as principais causas dessa hesitação em buscar a reparação dos danos advindos da incorreta conduta médica.⁵³

7.2 A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil médica consiste na aplicação de pena indenizatória que obrigue o médico a reparar o dano moral e/ou patrimonial praticado contra seu paciente ou contra terceiros (neste caso trata-se do dano em ricochete) em razão de ato médico praticado com imprudência, negligência ou imperícia.

Os julgadores, ao analisarem a existência da culpa médica são rigorosos quanto à sua aferição. Neste sentido,

A culpabilidade somente poderá ser presumida na hipótese de ocorrência de erro grosseiro, de negligência, imprudência ou imperícia, devidamente demonstrados. Se os profissionais se utilizaram de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados, com os habituais cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irretorquível poderá levar à indenização pleiteada. Não tendo sido demonstrado o nexo causal entre a cirurgia e o evento morte, correta esteve a sentença dando pelo improvimento da ação.⁵⁴

Ao falar em responsabilidade civil do médico, está não abrange a responsabilidade penal e a representação no Conselho de Medicina (CRM/CREMESP), sendo cada uma delas independentes uma da outra, podendo-se ingressar com apenas uma ou com as três simultaneamente.

⁵³ KFOURI NETO, op. cit., p. 31-32

⁵⁴ RJTJRS 146/340. Disponível em <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6267001/apelacao-civel-ac-3404495-pr-0340449-5/inteiro-teor-12394336>. Acesso em 10/10/2015.

Há três tipos de erros relacionados com o ato médico: o ato médico, o ato paramédico e o ato extra médico.

O ato médico é o ato exclusivamente médico.

O ato paramédico são os atos praticados pelos profissionais da saúde. Também é o caso dos prepostos do hospital, enfermeiros em geral, técnicos em enfermagem, enfim, aqueles atos paramédicos, que não têm a interferência direta do médico. Se o dano adveio da atuação paramédica enleada por vínculo de preposição, que são os empregados do hospital, incide no Código de Defesa do Consumidor, sendo a sua responsabilidade objetiva, mesmo sem culpa. Só basta provar o dano e o nexo de causalidade. (Como por exemplo, o enfermeiro, o técnico em enfermagem, fisioterapeuta).

O ato extra médico, que é aquele praticado por funcionários. É tudo o que ocorre no hospital que não tenha interferência direta do médico. É serviço que o hospital presta à vigilância do paciente, a manutenção do paciente nas suas instalações, as instalações fixas do hospital, como, por exemplo, se possui oxigênio, os equipamentos que o hospital utiliza, entre outros. Se o dano ao paciente advinher deste serviço prestado ao paciente, incide o Código de Defesa do Consumidor; a responsabilidade é objetiva. Neste caso não se terá que provar culpa; só provar que o serviço foi defeituosamente prestado tendo por consequência o resultado danoso, que há um nexo de causalidade e já se impõe a indenização (como por exemplo, a maca que quebra e o paciente cai em razão da maca ter quebrado).

O artigo 186 do Código Civil Brasileiro é claro ao enunciar:

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

Neste mesmo sentido, o Artigo 927, parágrafo único verbera:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

(Grifos Nossos)

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplicam-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

O ato médico está relacionado com a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade subjetiva está relacionada com a negligência, imprudência e imperícia. Estes elementos irão caracterizar exatamente a questão do ato médico.

Necessariamente o erro médico precisa ser enquadrado em alguma das categorias abaixo descritas, denominadas como culpa *stricto sensu*. Diante de um erro médico, a responsabilidade que se impõe ao profissional de saúde é nos âmbitos: cível, penal e ético, este último restrito ao Conselho Regional de Medicina e/ou Enfermagem/Outros.

7.2.1 A Culpa *Stricto Sensu*

7.2.1.1 Imprudência.

Na imprudência o médico cria para o paciente uma situação de perigo. Basta imaginar um médico que realiza em trinta minutos uma cirurgia que normalmente demandaria uma hora, acarretando com seu aqodamento dano ao paciente. Ele pode ser o maior perito do mundo, vai tomar todas as cautelas, não será negligente, mais será imprudente, tanto é que, devido à sua imprudência estará criando para o paciente uma situação de perigo.

Age imprudentemente o profissional de saúde que assume risco e coloca em perigo a vida do paciente, sem que exista amparo científico para sua decisão.

A imprudência é a pratica de uma ação irrefletida e precipitada. O médico sabe o que tem que fazer mais toma uma atitude totalmente precipitada, como o cirurgião que não aguarda a chegada do anestesista e ele mesmo se encarrega de anestésiar o paciente, provocando a sua morte por choque anafilático; ou o médico que receita penicilina sem fazer testes de alergia e, em face disso o paciente vem a falecer ou a ter sequelas irreversíveis.

Pode também ser enquadrado o médico que libera o acidentado, quando devia mantê-lo no hospital sob observação durante algum tempo, e com isso provoca sua subsequente morte; ou como o cirurgião que abandona técnica operatória segura e habitual para utilizar técnica nova e arriscada, sem comprovada eficiência, e provoca lesão ou morte do paciente⁵⁵

7.2.1.2 Imperícia

Considera-se imperito o profissional de saúde que realiza um procedimento para o qual não foi preparado.

A imperícia consiste em uma deficiência de conhecimento técnico do médico. Ele pratica determinado ato de maneira desastrada, de maneira errada, não recomendada pela

⁵⁵ KFOURI NETO, op. cit., p.73-75 *apud* Barros Jr., Edmilson de Almeida. **A Responsabilidade médica**, p. 98-99.

técnica médica. É a falta de aptidão ou habilidade específica para a realização do ato médico, como a de um médico ortopedista – sem habilitação em cirurgia plástica - que decide realizar uma cirurgia plástica. Imperícia é a

[...] ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imaturidade na arte ou profissão. Em sentido jurídico, revela-se na condução de encargo ou serviço que venha a causar dano pela falta de conhecimento acerca da matéria, da sua arte, profissão ou serviço.⁵⁶

Existe uma divergência na doutrina pela qual a discussão está relacionada com o fato de se saber se o médico é ou não imperito, isso porque há doutrinadores que defendem a ideia de que o médico não é imperito, sob o argumento de que o médico fez curso superior regularmente reconhecido, estando assim plenamente habilitado, não podendo ser, a partir de sua formatura, nunca mais considerado imperito, podendo ser somente considerado imprudente ou negligente.

Neste sentido é o que afirma Genival Veloso França:

O médico habilitado – profissional e legalmente -, não pode ser considerado imperito em nenhuma circunstância, por mais palpável que seja esta situação, uma vez que consideramos imperícia a falta de habilidade no exercício de uma tarefa, ou ausência de conhecimentos necessários para desempenhar uma atividade”. E conclui, “o diploma e seu registro nas repartições competentes outorgam uma habilitação que torna o médico legalmente imune à imperícia.⁵⁷

A outra corrente que defende que, se o médico que não tem especialidade naquela determinada área e mesmo assim nela atua, é considerado imperito. E vai mais longe ainda: a imperícia é considerada um erro no exercício da profissão, que o médico pode ser imperito quando for negligente ou for imprudente. Nestes casos o Tribunal vem mantendo condenação por imperícia também.

Ademais, leciona o magistrado Ênio Santarelli Zuliane:

verifica-se a imperícia quando o médico, apesar de habilitado (curso teórico e prático na faculdade de Medicina) para a nobilíssima tarefa, atua como se não possuísse noções primárias da técnica de consultar, diagnosticar ou operar. O médico ortopedista que engessa uma pessoa acidentada, a qual chega com fratura exposta, é imperito, porque o procedimento é adequado para a fratura fechada, e, em casos assim, a indenização correspondente terminou sendo recepcionada no colendo STJ (REsp 228.199/RJ, Min. Eduardo Ribeiro, DJU 28.02.2000)⁵⁸

⁵⁶ Responsabilidade civil do ato médico. Revista Jurídica n. 207, p.19.

⁵⁷ Comentários ao código de processo ético-profissional dos Conselheiros de Medicina do Brasil, 2. Ed., CRMPB, 2001, p. 265-266 *apud* BARROS JR. Edmilson de Almeida. **A Responsabilidade médica**. p. 106.

⁵⁸ COAD Seleções Jurídicas, v. 1 p. 13. *apud* MELO, Domingos Nehemias. Responsabilidade Civil por Erro Médico. 2º ed. São Paulo. Editora Atlas, 2013, p.100.

Além disso, o próprio Código de Ética Médica admite a possibilidade de o médico ser considerado imperito, na exata medida em que coloca entre as vedações impostas aos profissionais da medicina o de *praticar atos danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência (artigo 1º, capítulo. III, da Res. CFM 1931/09)*.⁵⁹

Segundo o entendimento de Miguel Kfourri Neto,

A imperícia médica é aferida dentre aquelas que detêm o diploma. Pode ser definida, de modo simples, como a falta da habilidade normalmente requerida para o exercício legítimo da atividade profissional, proveniente da carência de conhecimentos necessários, da inexperiência ou da inabilidade.⁶⁰

Por fim, deve-se considerar que o Código de Ética Médica exige do médico contínuo aprimoramento, de tal sorte que, se desatualizado, o médico poderá ser considerado imperito e atrair para si a responsabilidade por danos advindos da aplicação de técnicas, procedimentos ou mesmo medicamentos ultrapassados e não mais utilizados.⁶¹

7.2.1.3 Negligência

Negligência consiste no desleixo e falta de atenção, ou em casos nos quais o profissional de saúde não oferece os devidos cuidados ao paciente. Implica em omissão ou falta de observação ou dever, não agindo com o devido cuidado, como o médico que esquece uma tesoura cirúrgica no interior do corpo do paciente, ou o anestesista que vai embora antes da chegada do cirurgião deixando o paciente na sala de cirurgia sem o devido suporte médico.

A negligência também pode ocorrer no tocante a informações prestadas pelos médicos, resultando em negligência médica informacional, como é o caso de receita prescrita pelo médico com letra ilegível e que levará o farmacêutico a fornecer remédio diverso do prescrito.

A negligência do hospital sem a concorrência do médico também é possível. O fato se dá devido ao dever de fiscalização do hospital para com seus funcionários. O hospital que não supervisiona as tarefas em seu recinto responde pelos atos praticados.

Neste sentido Miguel Kfourri Neto cita a jurisprudência Argentina:

A jurisprudência Argentina relata casos de furto de receituários do interior do consultório

⁵⁹ MELO, Domingos op. cit., p.101.

⁶⁰ KFOURI NETO, Miguel. op. cit., p. 114

⁶¹ MELO, Domingos op. cit., p.101.

médico, por enfermeira, que utilizou indevidamente e causou dano a terceiro. O tribunal, por maioria, reconheceu a culpa do profissional, visto haver negligenciado os cuidados na guarda dos talonários. Outro julgado apontou responsabilidade do hospital, que foi negligente, pelas lesões decorrentes da queda do leito, sofrida por paciente, que se submetia a sonoterapia.⁶²

Há negligência ainda quando se realiza exame superficial em paciente, resultando em falso diagnóstico; operações prematuras; descuidos na transfusão de sangue ou anestesia; emprego de métodos e condutas incorretas ou antiquadas; prescrições erradas; abandono de paciente; negligência no pós-operatório; omissão de instrução necessária aos doentes; queimaduras por raios-X; infecções propagadas por instrumentos; médico que, diante do caso grave continua deitado na sala dos médicos; médico que conhecendo o estado clínico do paciente prescreve-lhe medicação por telefone; médico que não se atenta para radiografia invertida e realiza cirurgia do lado invertido; a troca de prontuários ou exames.⁶³

Ainda segundo Miguel Kfoury Neto,

Os casos de negligência são numerosos na jurisprudência, posto que a distração faz parte da natureza humana: vão do erro médico desatento que receita um remédio por outro – morfina em vez de quinino – até o esquecimento de pinça ou de outro objeto no corpo do paciente.⁶⁴

Desta forma está caracterizada a negligência toda vez que se puder provar que o médico não observou os cuidados e as normas técnicas aplicáveis à espécie.

7.3 ERRO GROSSEIRO

Além do erro médico propriamente dito, há também outra figura que deve ser levada em conta. Trata-se do erro grosseiro. Sobre o erro grosseiro, diz Nehemias Domingos de Melo:

Além da culpa nas modalidades estudadas, há a figura do erro grosseiro, como forma de responsabilização do profissional, representado pela conduta do profissional que fere os mais elementares conhecimentos da matéria, aferível pelo homem comum e condenável sob a forma da negligência em sua forma mais exacerbada. É a forma inadvertida, imprecisa e incapacitante de quem, por falta de mínimas condições profissionais, se permite ao erro desavisado, tal qual o anestesista que provoca a morte do paciente por superdosagem; o cirurgião que esteriliza parcialmente o doente por secção do canal deferente em cirurgia de hérnia inguinal; o ginecologista que contamina o paciente por falta dos cuidados de assepsia. Erro grosseiro ou inescusável é aquele erro imperdoável, tal qual o profissional que analisando a radiografia invertida, promove a operação na perna não fraturada do paciente.⁶⁵

⁶² KFOURI NETO, op. cit., p. 106.

⁶³ Cf. Rosana Jane Magrini citando Miguel Kfoury Neto. *apud* MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 99.

⁶⁴ KFOURI NETO, op. cit., p. 106.

⁶⁵ MELO, op. cit., p.101.

7.4 ERRO DE DIAGNÓSTICO

Via de regra o erro de diagnóstico não gerará a responsabilização do médico por dois motivos.

O primeiro motivo, ocorre porque, na maioria das vezes, o erro de diagnóstico é na realidade um erro da própria ciência, é uma impossibilidade do estado atual da ciência de identificar algumas situações. A atividade de diagnóstico é muito complexa, envolvendo varias fases, nas quais em um primeiro momento o médico vai verificar sintomas gerais, sintomas específicos, históricos pessoais e de rotina do paciente e a partir daí irá tentar chegar a um diagnóstico para aquela doença. O organismo humano, porém é uma máquina complexa e o diagnóstico não conduzirá necessariamente ao resultado de uma forma exata como muitas vezes se pretende.

O segundo consiste em que muitas vezes o erro de diagnóstico não conduzirá a maiores repercussões. Um diagnóstico feito e logo após corrigido sem que nenhum tratamento tenha sido adotado não gerará maiores repercussões.

Contudo há exceções. Conforme já mencionado, vários são os erros imputados direta e indiretamente ao profissional da medicina. Pode-se citar entre eles também o erro de diagnóstico.

Segundo Arnaldo Rizzardo,

Diagnóstico significa a determinação da doença, das causas que a determinaram, dos caracteres e dos efeitos. Constitui uma operação delicada, feita em vista dos sintomas apresentados, dos exames e verificações auscultadas em face de testes e de múltiplas reações". Sendo assim, a atenção do médico ao dar seu diagnostico deverá ser o mais cauteloso possível, pois será através de um diagnostico preciso que se terá um tratamento eficaz.⁶⁶

Há casos em que o erro de diagnóstico se dá por inépcia grave do profissional que evidencia a incompetência profissional do médico, em decorrência de um procedimento totalmente contrário à doutrina médica. Neste caso poderá ser gerada a responsabilidade do médico

Ademais, pode haver casos de diagnósticos que levam a tratamentos errôneos. Neste caso gerará um dano ao paciente, ocasionado ou podendo gerar a responsabilidade do médico, a depender de sua conduta quanto ao diagnóstico.

⁶⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 p. 325.

Em alguns casos muito graves, como o diagnóstico de uma doença grave que causa um forte abalo em seu destinatário e que depois vem a não se confirmar. Se gerou repercussões e abalos enormes ao paciente e sua família, esses casos pelas suas peculiaridades poderão ensejar a responsabilidade do médico.

Vale lembrar que, para que o médico seja condenado a pagar uma indenização isso demandará ser provada a sua culpa nestes casos. O paciente terá que provar que o médico agiu com dolo, negligência, imperícia, imprudência na hora de fazer o diagnóstico.

7.5 ERRO ESCUSÁVEL

Ao tratar deste tema Nehemias Domingos de Melo salienta que

O erro escusável será aquele decorrente de falhas não imputáveis ao médico e que dependam das contingências naturais e das limitações da medicina, bem como naqueles em que tudo foi feito corretamente, porém o doente havia omitido informações ao ainda quando ele não colaborou para o correto processo de diagnóstico ou de tratamento. Neste caso o erro existe, porém será considerado intrínseco à profissão ou decorrente da natureza humana, não se podendo atribuir culpa ao médico.⁶⁷

O erro escusável é o erro desculpável ou dispensado do profissional médico, pois que o médico trabalha com elementos que são lhe repassados pelo próprio paciente, e por um motivo ou outro este paciente deixa de dar todas as informações necessárias sobre a sua real situação, o que acaba induzindo o médico ao erro.

7.6 DIREITOS DOS MÉDICOS

O direito de exercer com liberdade a sua profissão direito é, talvez o mais importante direito do médico e está previsto no Código de Ética Médica. "exercer a medicina sem ser discriminado por questão de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou qualquer outra natureza".⁶⁸

Ademais, preveem os artigos 21 e 25 do mencionado Código que o médico tem total liberdade, em todo e qualquer ambiente público, privado ou filantrópico.

O médico também tem o direito a negar um atendimento, excetuando os caso de urgência e emergência. Verificando uma situação ou motivo que vá contra os seus princípios e que julgar não ser competente a atingir uma boa relação médico/paciente, poderá negar o

⁶⁷ MELO, op. cit., p.102.

⁶⁸ Código de Ética Médica, Capítulo II, inciso I.

atendimento. Para isso, o médico deverá comunicar outro profissional da medicina encaminhando o paciente e prestando todas as informações a respeito do paciente para o médico.

Por fim, é importante ressaltar que atualmente os médicos são muito exigidos e obras que tratam deste respeito pouco traz sobre seus direitos. A este respeito Nehemias Domingos de Melo citando Irany Novah Moraes diz que “muito é exigido do médico, mas, neste contexto, pouco é referido acerca de seus direitos. Até mesmo é esquecido o mais elementar direito de exercer com a liberdade a sua profissão”.⁶⁹

7.7 DEVERES DOS MÉDICOS

Muitos são os deveres dos médicos para com seus pacientes como o de sempre se manter atualizado em novas técnicas e formas de intervenção, assim como novas técnicas de medicamentos e equipamentos que possibilitam ao paciente melhor recuperação. Isso tudo está expresso no Código de Ética Médica.

Consequentemente, muitos também são os direitos do paciente. A falta de informação do paciente, muitas vezes, o impossibilita de ter tudo o que necessita da parte do médico e do hospital. Sobre esse aspecto diz Miguel Kfoury Neto:

Além do direito de recorrer ao judiciário, pleiteando a reparação de quaisquer danos que lhe tenham sido culposamente infligidos por obra do médico, o paciente ainda dispõe de outras prerrogativas. O médico E.Cristian Gauderer tem emprestado contribuições importantíssima á divulgação desses direitos, em obras e artigos diversos. Dentre outros, destaca referido autor o direito de o paciente obter todas as informações sobre seu caso, em letra legível e cópias de sua documentação médica como prontuários, exames laboratoriais, raios X, anotações de enfermagem, laudos diversos, avaliações psicológicas, etc. Em caso de recusa do médico ao fornecimento desses dados, o *habeas data* é o remédio jurídico eficaz para compelir o profissional a conceder tais informações.⁷⁰

É dever também do médico, respeitar o seu paciente e o seu desejo, por meio de consentimento esclarecido e informado.

Ademais, Nehemias Domingos de Melo, citando Luzia chaves Vieira enumera vários deveres do médico para com seus pacientes. São eles:

(a) informar ao paciente/ou ao seu responsável qual o seu verdadeiro estado de saúde e fazer o paciente entender porque os exames estão sendo pedidos e o quanto eles são importantes para o seu diagnóstico, acompanhamento e tratamento; (b) proceder uma propedêutica cuidadosa,

⁶⁹ Erro Médico e Justiça, p. 364 *apud* MELO, Domingos Nehemias. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p.103-104).

⁷⁰ KFOURI NETO, Miguel. *op. cit.*, p. 37 e 38.

apesar de toda a tecnologia, lembrando que a clinica é soberana e que o paciente é humano e tem sentimentos; (c) respeitar a vontade do paciente; (d) atender ao doente ou familiar que deseja esclarecimentos em salas individuais sem a presença de estranhos; (e) esclarecer objetivamente o quadro clínico para o próprio doente ou responsável. Permitir e até exigir que o doente tenha familiar para presenciar a conversa. Verificar se o paciente tem condição psicológica para ouvir ou não a verdade sobre o seu estado de saúde; (f) informar ao paciente sobre a intervenção cirúrgica e quais são as suas possíveis sequelas e consequências; (g) orientar o paciente sobre o uso dos medicamentos e quais as reações que podem ocorrer com o uso deles, e orientar o procedimento no caso de qualquer reação; (h) não discutir por telefone os problemas do paciente, com familiares ou com quem quer que seja: a conversa pode estar sendo gravada e quebrar o sigilo médico; (i) não dar entrevista a jornais e televisões sobre o estado de saúde dos seus pacientes; (j) no caso de homem público, o hospital emitirá boletim assinado pelo diretor clínico; (l) jamais quebrar o sigilo médico.⁷¹

7.8 DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado precisa ter linguagem clara e objetiva. Havendo necessidade de intervenção cirúrgica, a justificativa da cirurgia, tem que conter os riscos da cirurgia, e se não contiver os riscos descritos, o erro médico vai se caracterizar pela falha também de consentimento informado.

Também é dever o do médico respeitar a vontade de seu paciente, informando a ele de forma clara e precisa todos os passos do seu tratamento, assim como obter o consentimento sem deixar dúvidas do paciente.⁷²

Responsabilidade civil. ação de indenização por danos morais decorrentes de erro médico. cirurgia para retirada de ovário. ausência de esclarecimento acerca da possibilidade de não extirpação do órgão. Responsabilidade do médico assentada na falha do dever de informar. Cabe ao médico informar ao paciente acerca de eventual alteração no processo a que se submete por intervenção cirúrgica. Ausente sistema de tarifamento, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. *Quantum* indenizatório arbitrado em atendimento às particularidades das circunstâncias do fato e aos precedentes da Câmara, na manutenção de equivalência de valores entre lides de semelhante natureza de fato e de direito. Apelação provida para julgar procedente a ação. Decisão unânime⁷³.

Neste sentido, em caso de haver falha no ato cirúrgico com resultado de danos ao paciente, e este não tiver sido informado dos reais riscos a que foi submetido, as consequências se resumirão no dano moral, em virtude da dignidade da pessoa humana.

O respeito a essa autonomia do paciente pressupõe que ele dê o consentimento antes de ser realizado o procedimento.

⁷¹ MELO, op.cit., p.104

⁷² Idem, Ibidem, p 104.

⁷³ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=INDENIZA%C3%87%C3%83O+POR+DANOS+MORAIS+DE+CORRENTES+DE+ERRO+M%C3%89DICO>

Atualmente a laboração técnica correta e o cumprimento do dever de informação são os dois pontos jurídicos relevantes no que diz respeito ao erro médico.

O consentimento no sentido de consentir, é o consentimento no sentido de voluntariamente preferir, e para que o paciente possa livremente escolher ele tem que ter recebido todas as informações possíveis e necessárias sobre o procedimento.

Contudo, no caso em que o paciente é atendido em emergência, esse esclarecimento poderá ser dispensado, tendo em vista a condição em que se encontra o paciente. Esta é uma exceção ao consentimento informado.

7.9 PRONTUÁRIO MÉDICO

O prontuário médico pertence ao paciente. A responsabilidade de guarda é do hospital e do médico, mas o prontuário médico pertence ao paciente, tendo este livre acesso a ele.

Se eventualmente o hospital ou o médico se recusar a fornecer o prontuário médico para retirada de cópia, tem-se que entrar com medida cautelar de busca e apreensão antes de ingressar com a ação principal. Esse documento é indispensável, fundamental para saber de houve o erro médico, pois contém todas as informações do paciente, como evolução, prescrição, medicamentos, entre outras informações.

Neste ponto, há que se falar que o prontuário médico é sigiloso, e se for require-lo por meio de ação, tem que se ter autorização do paciente, e só ele terá acesso a este documento.

CAPITULO 8

8 DAS VÍTIMAS EM ESTADO VEGETATIVO:

8.1 DEFINIÇÃO

Vítima em estado vegetativo é aquela que após o procedimento médico equivocado fica completamente desconexa, não fala, não sorri, não é capaz de controlar seu intestino e uretra, (quando a vítima pelo dano cerebral irreversível perde o controle sobre as suas necessidades fisiológicas), torna-se incapaz de promover sua higiene pessoal e, por conseguinte, passa a depender completamente de terceiros para a realização das atividades mais rotineiras que antes do procedimento médico realizava de forma autônoma no dia a dia. Muitas vezes passa a se alimentar através de sonda nasogástrica, em muitos casos perde os reflexos, a capacidade de interagir com o meio, sofre bloqueio de memória, perde muito peso e na maioria dos casos passa o resto da vida em cima de uma cama, em sofrimento extremo e em estado cadavérico.

8.2 DAS SEQUELAS IRREVERSÍVEIS CAUSADAS POR ERROS MÉDICOS

Sequela irreversível é conceituada como aquelas que deixam na vítima lesões permanentes, incapacitantes para o trabalho ou não. São aquelas em que a vítima acaba tendo membros inferiores ou superiores (pernas, braços, mãos, dedos, etc.), amputados por conta de erro médico.

Nesta mesma esteira há as cirurgias plásticas, cujos erros são muito recorrentes e que acabam deformando o corpo e a face das vítimas, causando sequelas emocionais muitas vezes irreversíveis, tais como depressão pós-traumática, síndrome do pânico, transtorno bipolar de comportamento, entre outras doenças psiquiátricas que atingem especialmente a capacidade de relacionamentos sociais e amorosos, entre outras questões subjetivas.

8.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO FRENTE ÀS VÍTIMAS EM ESTADO VEGETATIVO E COM INCAPACIDADE PERMANENTE

Carlos Alberto Bittar define dano como prejuízo *É a diminuição de patrimônio ou detrimento a afeições legítimas. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais pode ser considerado dano.*⁷⁴

A responsabilidade civil do médico, relacionada às vítimas e que acabem derivando como dano do erro médico o estado vegetativo ou sequelas permanentes irreversíveis, se aplica a todos os casos o mesmo que se aplica aos direitos das vítimas que vem a óbito.

8.4 DOS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS

Para indivíduos que se tornem vítimas em estado vegetativo ou com sequelas irreversíveis advindas do erro médico é possível requerer junto a Previdência Social, benefícios tais como auxílio doença e aposentadoria por invalidez, sendo que, para ter direito a esses benefícios, o indivíduo necessita estar obrigatoriamente na ocasião do pedido na condição de segurado e contribuinte com o INSS. Esses benefícios não raramente são negados pelo INSS sob os argumentos mais absurdos e subjetivos possíveis, situação que se faz necessária, diante da negativa de benefício apresentada ao beneficiário de forma documental, a inferência do advogado, que geralmente ingressa com um pedido na Justiça Estadual ou Federal para que esse direito seja garantido, requerendo de imediato a antecipação da tutela, para que o benefício seja concedido imediatamente.

Para os indivíduos que não se enquadram na qualidade de segurados, e não possuem condições financeiras de se sustentar, existe o benefício previdenciário garantido na Lei 8.472/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), conhecida como LOAS.

Para ter direito a esse benefício à vítima precisa possuir renda familiar “*per capita*” de até no máximo $\frac{1}{4}$ (hum quarto), do salário mínimo.

⁷⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 9.

CAPITULO 9

9 DO ERRO MÉDICO NAS ESPECIALIDADES MÉDICA

O erro médico tecnicamente falando ocorre quando o médico age em desconformidade com o que estabelece a boa prática médica, ou seja, é a má prática médica, e se dá quando o médico não observou as regras técnicas da profissão.

Dentre as especialidades médicas, duas especialidades merecem maior atenção, já que a repercussão de eventuais insucessos evidencia-se acentuada. Trata-se da responsabilidade do cirurgião plástico e do médico anestesista.

9.1 ANESTESISTA

O anestesista é independente e sua área de atuação é específica. É claro que em muitas situações é quase impossível fazer esta divisão, porque as ocupações médicas, em se tratando de cirurgias, inter-relacionam-se e se sucedem.

Em relação a isso, a responsabilidade do anestesista é a de resultado, uma vez que o médico anestesista responde individualmente por seus atos, mesmo pertencendo à equipe médica.

Em referência as intercorrências advindas durante o ato cirúrgico, a culpa poderá ser concorrente, já que as especialidades médicas se conglomeram umas com as outras, podendo em alguns casos haver a responsabilidade solidária do anestesista com o chefe da equipe e com o hospital.

Nesse sentido, Nehemias Domingos de Melo e Ruy Rosado de Aguiar salientam que:

Uma vez demonstrada a causalidade exclusiva entre o ato anestésico, sem a concorrência do cirurgião, isto é, sem que este pratique seus atos ou expeça ordens contrárias ao recomendado pelo anestesista, não há razão para a imputação do cirurgião; porém se foi ele quem escolheu o anestesista, poderá responder pela culpa in elegendo. De outro lado, integrando o anestesista o quadro médico do hospital, sem a possibilidade de escolha pelo paciente, mesmo assim surge uma relação contratual entre o anestesista e o paciente, que é por ele previamente examinado e dele recebe cuidados prévios (Penneau, *La Responsabilité Médicale*, pg. 293), razão pela qual respondem tanto o hospital quanto o anestesista, solidariamente.⁷⁵

⁷⁵ MELO, op. cit., p.133.

A culpa “*in eligendo*” a que se refere a citação acima, trata da culpa da má escolha dos seus prepostos, sendo no caso o médico cirurgião responsável concorrentemente com anestesista.

Os possíveis erros do anestesista que podem ser individualizados referem-se a erros de diagnóstico, como no caso de não avaliar o risco anestésico e a resistência do paciente; o erro terapêutico, em casos de medicação ineficiente pré-anestésica e imperfeição durante a aplicação do anestésico; erro por uso de técnica errada, que é o caso de uso de substância imprópria e oxigenação insuficiente. Em casos assim, não há que se falar em responsabilidade solidária, uma vez que a conduta aplicada foi de exclusividade do médico anestesista.

CAPITULO 10

10 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS HOSPITAIS

10.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA (TEORIA DO RISCO)

Embora o médico responda de forma pessoal, mediante a verificação de culpa, porquanto a sua responsabilidade é subjetiva, o hospital para o qual ele presta serviço responderá de forma objetiva pelos atos lesivos praticados por seus médicos, desde que eivados de culpa. Responderá como os demais fornecedores independentemente de culpa.

Para que haja a responsabilidade do hospital esta estará condicionada à demonstração de culpa do médico, ou seja, do erro médico. A decisão dos tribunais hoje é de que o juiz não vai condenar o hospital, embora seja uma responsabilidade objetiva, sem ter provado a culpa subjetiva do médico.

Ao se verificar a subordinação do médico ao hospital é possível incidir o disposto no artigo 932, inciso III do Código Civil, o qual trata da responsabilidade do empregador ou comitente por seus empregados, serviços e prepostos.

Isso se dá em razão de que cabe ao hospital o dever de vigilância ou guarda, respondendo independentemente de existência de culpa.

Contudo, quando se tratar de erros que não passaram pelas mãos do médico, como o caso dos ocasionados na internação hospitalar, dando origem a infecção hospitalar, problemas relacionados ao atendimento da enfermagem, a responsabilidade é diretamente do hospital. Em caso do réu da ação ser o profissional de enfermagem, a responsabilidade também é do hospital.

10.2 RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PELO MÉDICO QUE NÃO É SEU FUNCIONÁRIO

A responsabilidade do hospital por médico que não é seu funcionário é recheada de controvérsias.

Há quem entenda que existe a responsabilidade solidária, tanto do hospital quanto do médico, até porque existe um contrato assinado entre médico e hospital. E ainda, mesmo que não existisse este contrato, sendo a cirurgia realizada dentro do hospital responde solidariamente.

Contudo, há posições defendendo que não há responsabilidade solidária nestes casos.

Conforme o entendimento de Nehemias Domingos de Melo

É o caso do médico que, sem vínculo empregatício com determinada clínica ou hospital, vem a dele se utilizar para internar os seus pacientes particulares. Nesse caso, a clínica ou hospital (ou outra entidade similar) funciona como mero prestador de serviços de hospedagem, alimentação e de assistência ao doente, tendo em vista o complexo de atividades englobadas pelo contrato existente, in casu, entre paciente e o hospital, de tal sorte a individualizar as responsabilidades de uns e de outro.⁷⁶

10.3 DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE O HOSPITAL E O ERRO MÉDICO

Respondem solidariamente (igualmente) o hospital, casas de saúde e similares pelos atos dos profissionais que o administram.

Sendo assim, responde solidariamente o médico clínico geral, diretores, administradores, gerentes, supervisores, como também os empregados de apoio ao serviço.

10.4 DO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ERRO MÉDICO

Hoje existe no mercado seguro de responsabilidade civil, o que o médico poderá aderir. Caso o médico venha a sofrer processos a seguradora vai defende-lo e caso ele seja condenado a pagar indenização ela cobrirá o médico por este sinistro.

⁷⁶ MELO, op.cit., p.148.

CAPITULO 11

11 RESPONSABILIDADE PENAL E ADMINISTRATIVA DO MÉDICO

11.1 DA RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO

Do ponto de vista criminal, ocorrendo a morte do paciente, fica caracterizado o homicídio culposo, conforme previsto no artigo 121 parágrafo 3º, do Código Penal, cuja pena varia de 1 a 3 anos de detenção, sendo que em alguns casos poderá ser reconhecido o homicídio doloso.

Não havendo morte, existirá desde que se verifique o dano permanente à pessoa, a lesão corporal, conforme visto no artigo 129, parágrafo 6º, do Código Penal, com pena prevista de 2 meses a 1 ano de detenção, a qual poderá ser de natureza leve, grave ou gravíssima, levando a diferentes reflexos no “quantum” da pena e nos valores indenizatórios em ações cíveis.

Tanto no homicídio culposo/doloso quanto na lesão corporal a pena poderá ser agravada de até 1/3 por conta da inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, conforme previsto no parágrafo 4º do artigo 121 e parágrafo 7º do artigo 129, ambos do Código Penal,

Ademais, em caso de omissão de socorro, constrangimento ilegal e violação de segredo profissional do médico para seu paciente, o profissional também responderá criminalmente por estes atos.

Por fim, vale lembrar que na maioria das vezes, até pela falta de conhecimento, os familiares acabam não procurando uma Delegacia de Policia logo de início, e quando é feito o Boletim de Ocorrência, normalmente é pedido o arquivamento após o prazo de 6 meses, sendo difícil assim dar continuidade ao procedimento.

11.2 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Inicialmente quando a denúncia é feita, vai com um protocolo, que é o numero dessa denúncia.

A partir desse momento será instaurada uma sindicância. Trata-se de uma apuração inicial dos fatos, ou seja, se houve denunciante, denunciado, se será necessária a tomada de algumas providências como a requisição de prontuários para averiguação.

Após essa análise, a sindicância é submetida á apreciação do plenário do Conselho Regional de Medicina, onde os outros conselheiros poderão decidir pelo arquivamento da sindicância quando não houverem indícios da infração ou, havendo algum indício de suposta infração requisitarão a abertura de um processo ético profissional.

Este processo ético profissional irá apurar a fundo todos os acontecimentos, circunstâncias, ou seja, tudo que ocorreu para definir posteriormente, em outra sessão plenária de julgamento por um Tribunal Regional de Ética Médica, se houve ou não infração e qual será a pena imputada ao médico. Nesse momento, o médico poderá ser absolvido ou não.

As penas a serem imputadas irão desde uma censura reservada até uma cassação do número de registro do profissional.

Existem cinco etapas no processo administrativo, ou seja, a advertência confidencial, a censura confidencial, a suspensão por 30 dias e a cassação do registro profissional do médico.

A advertência confidencial é uma espécie de advertência. Constará no registro do médico. Ao decorrer de três a cinco anos se este profissional não sofrer mais nenhuma denuncia ou acusação, é retirada do prontuário do conselho.

A censura confidencial irá permanecer no registro do conselho, com menção ao ato ilícito cometido até o final da vida profissional do médico, só sendo retirado quando o médico morrer .

Na censura pública é divulgada na imprensa e jornal, que o médico foi condenado por infração ao artigo do Código de Ética Médica .

A suspensão por 30 dias é a cessação do exercício por prazo determinado. O médico interrompe e fica suspenso de sua atividade, se exercer a atividade nesse período poderá até ser cassado dependendo o que fez.

A pena 5 é a cassação do exercício da profissão.

Em paralelo ao processo no CREMESP, o médico poderá ser responsabilizado na esfera civil e penal.

Por fim, é importante destacar que o Conselho atua somente no âmbito da atuação profissional do médico, ou seja, no exercício de sua profissão, disciplinado a sua atividade profissional, não tendo competência para julgar na esfera civil e penal.

CAPÍTULO 12

12 DA TULELA ANTECIPADA

12.1 DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, PARA VÍTIMAS EM ESTADO VEGETATIVO OU COM SEQUELAS PERMANENTES REVERSÍVEIS E IRREVERSÍVEIS.

12.1.1 Conceito de Antecipação da Tutela

Prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, a antecipação de tutela significa dizer, a grosso modo, que é a ordem judicial que obriga (no caso *in comento*), determinado órgão ou agente a prover meios de sustento e manutenção da vítima de erro médico em estado vegetativo, ou com seqüela permanente irreversível que o mesmo tenha causado.

A antecipação da tutela pode ser requerida junto a autarquias públicas, a entes privados e até mesmo as pessoas físicas.

Se o paciente ficou convalescendo ou impossibilitado de exercer as suas atividades, pede-se uma pensão mensal para o custeio destas despesas que foram causadas ao paciente por culpa de médico. Precisa-se fazer uma análise patrimonial que irá estabelecer os lucros cessantes e os danos emergentes, constantes no requerimento do pedido de indenização, ou seja, o pedido se baseará na quantidade que o paciente ganhava e deixou de ganhar.

No caso de erro em relação ao plano de saúde, poderá requer que este deixe de pagar o valor mensal do plano tendo este que cobrir as despesas, ou que o médico pague o plano de saúde mensal até o final de sua convalescência.

Para fundamentar o pedido da tutela antecipada, é de suma importância incluir despesas como fisioterapia, quando necessário, e demais terapias alternativas a que será submetido o paciente devido às consequências do erro médico.

Em caso de pedido de antecipação de tutela de paciente que veio a falecer, deverão constar os valores que foram gastos com enterro, podendo inclusive pedir, caso o paciente que faleceu pagasse pensão alimentícia, que o hospital arque com o pagamento dessa pensão alimentícia ao filho.

Assim já decidiu o colendo Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE EM HOSPITAL ESTADUAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MATERIAL. PENSÃO ALIMENTÍCIA. DANO MORAL.

- 1) Estando provada a ocorrência do fato, o dano e o nexo de causalidade entre eles, recai sobre o Estado a responsabilidade objetiva consagrada no get, do art. 37, da Constituição Federal, máxime se o ente público não logrou provar qualquer causa de exclusão ou minoração da responsabilidade;
- 2) Não havendo prova da renda mensal da vítima, presume-se ser um salário mínimo, devendo a pensão devida a seus pais ser fixada em um terço (1/3) de sua renda mensal, porque se viva fosse despenderia parte dela (2/3) para seu sustento pessoal, tudo conforme orientação jurisprudencial;
- 3) Em razão da subjetividade na mensuração do dano moral, seu valor deve ser fixado levando em conta a finalidade pedagógica em relação a atitude do réu e a posição sócio-econômica da vítima, a fim de evitar enriquecimento ilícito desautorizado por lei;
- 4) Em face do instituto da confusão, não é possível condenar a Fazenda Pública Estadual a pagar honorários advocatícios à defensoria pública do Estado. Precedentes;
- 5) Recurso parcialmente provido.⁷⁷

Fazendo um paralelo com o Supremo Tribunal Federal, a tutela em caso de morte ou invalidez do paciente irá compreender uma média de até 25 anos e de 25 anos até 65 anos.

A este respeito, Miguel Kfoury Neto, citando julgado do Superior Tribunal de Justiça descreve:

Ficou vencido o Min. Soares Munhães, nos seguintes termos: “A obrigação do alimentante não cessa quando ele faz 25 anos, mas a presunção é a de que o rapaz que mora em casa e contribui com 2/3 de seu salário para o sustento dos pais não está em condições de concorrer com tal pensão se ele se casar e constituir nova família. A presunção em que assenta a jurisprudência é de que, aos 25 anos, o alimentante, cassando-se, deve ter reduzida a pensão para 1/3. Sigo esta orientação, aceita por este Tribunal, em precedentes, inclusive desta 1ª Turma.”⁷⁸

Nesse mesmo sentido ainda descreve:

A 4ª T. do STJ, em voto condutor do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, apreciando o REsp 28.861-0-PR, assim decidiu: ”III – Após inicial divergência, veio a consolidar esta Turma o entendimento no sentido de considerar a presumida sobrevivência da vítima como termo final do pagamento de pensão, tomando-se por base a idade provável de 65 anos, haja vista não se poder presumir que a vítima, aos 25 anos, deixaria de ajudar seus familiares, prestando-lhes alimento. IV – Para o cálculo indenizatório tem-se levado em consideração o período que vai da data do evento até a data do falecimento de seus pais ou a data em que a vítima completaria 65 anos. V – Não correspondendo a contribuição dos filhos, para o custeio da casa dos seus pais, à totalidade do seu salário, afigura-se razoável e justo, em linha de princípio, fixar a indenização no percentual de 2/3 daquele. No caso versando, a vítima com 16 anos de idade, falecera em virtude de atropelamento.”⁷⁹

⁷⁷ Disponível em <http://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3683319/apelacao-civel-e-remessa-ex-officio-ac-303307>. Acessado em 05/10/2015.

⁷⁸ KFOURI NETO, op. cit., p. 166-167.

⁷⁹ KFOURI NETO, op. cit., p. 164-165.

Relata este julgado do Superior Tribunal de Justiça que, em caso de morte ou em caso de convalescência, ela terá direito a 2/3 do salário mínimo até completar 25 anos. A partir de 25 até 65 anos o juiz arbitra 1/3, se ela vier a falecer, pois se ela vier a falecer em razão do erro médico a projeção é de 65 anos.

Em se tratando de pedido de tutela antecipada para menor acometido de sequela irreversível decorrente de erro médico assim decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

A decisão da 4ª Câmara de Direito Privado atinge mais três médicos do Hospital São Francisco de Assis, de Tupã. O dinheiro cobrirá gastos com alimentação, medicamentos e fraldas e para a contratação de especialistas para o acompanhamento da menina. Cabe recurso.

Polyana Luciana Macedo Oliveira sofreu parada cardíaca ao ser anestesiada para uma cirurgia. Os médicos reverteram a parada cardiorrespiratória e concluíram a cirurgia. O incidente, porém, resultou no comprometimento neurológico da paciente. O Tribunal de Justiça reformou a sentença de primeiro grau, que negou pedido de tutela antecipada, com base na tese do dano injusto. O tribunal reconheceu também a necessidade do hospital dar continuidade ao tratamento da paciente. O relator do recurso, Ênio Zuliani, reconheceu que a obrigação de indenizar dependerá da confirmação da culpa daqueles que participaram da cirurgia. Entendeu também que isso não impede de aceitar como possível a tese da responsabilidade dos médicos com os cuidados necessários para a segurança clínica da garota. O relator rejeitou a tese da fatalidade alegada pela defesa do hospital e dos médicos. Para ele, o hospital e os médicos devem arcar provisoriamente com as despesas suportadas pela família da menina, sob risco de se legalizar uma espécie de abandono da doente, vítima do insucesso de um contrato de prestação de serviço. O desembargador Fábio Quadros acompanhou o relator. O revisor Maia da Cunha divergiu por não reconhecer indícios de culpa do hospital e dos médicos que justificassem a antecipação de tutela⁸⁰

Na decisão, o Tribunal de Justiça paulista entendeu que a tutela seria necessária para garantir a sobrevivência digna à paciente.

12.2 DOS FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO E REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada possui caráter meramente provisório, vez que pode ser revogada presentes os pressupostos retro descritos.

Da simples leitura do “*caput*” do artigo 273, no seu parágrafo 4º, pode-se verificar que existe situação em que a tutela antecipada pode ser revogada a qualquer momento. Exemplificando o caso em tela: (a) quando Indivíduo obtém melhora significativa no seu estado de saúde, constatada através de perícia médica judicial; (b) quando através de perícia documental se verifica a presença de fraude ou falsificação de atestados e laudos; (c) quando a

⁸⁰ Disponível em http://www.conjur.com.br/2009-jan-21/santa_casa_tupa_nao_foi_condenada_erro_medico. Acesso em 11/10/2015. Esta decisão está na íntegra nos anexos.

vítima é vencida na ação judicial, ocasião em que a mesma deve apresentar recurso judicial, para reaver /reverter decisão judicial fundamentada.

Tecnicamente falando, o Artigo 273 do Código de Processo Civil (CPC), permite ao julgador convencido da verossimilhança da alegação da parte, munido de prova inequívoca, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida. Com a introdução do dispositivo da antecipação da tutela, criou-se um mecanismo importante inserido no ordenamento jurídico brasileiro na suplantação de risco de perecimento do direito, valorizando o princípio da efetividade da função jurisdicional.

Antecipar a tutela não é antecipar a sentença futura, mas aplicar, por antecipação, os conteúdos tutelares da lei pelo ato sentencial interlocutório, se examinado o tema na perspectiva do que dispõe o art. 273 do CPC vigente e ante a teorização empreendida nos institutos da verossimilhança e inequívocidade em juízo lógico da existência de prova no procedimento como fundamento de convicção do juiz.⁸¹

Segundo Fábio Silva Costa salienta que a provisoriedade identifica-se com a idéia de temporariedade de ação (duração) dos efeitos imediatos da antecipação da tutela quanto ao que é pedido pela parte. E continua o ilustre autor:

À provisoriedade vincula-se, intrinsecamente, o conceito satisfatoriedade. Este pode ser definido como a situação na qual se obtém o retorno positivo, ou seja, a resposta do Poder Judiciário que atenda aos interesses da parte, enquanto perdurar, justamente, a ação dos efeitos oriundos da tutela antecipada.⁸²

“*In fine*” tem-se que os pedidos da tutela antecipada para custeio de despesas médico hospitalares, geralmente perpetrados contra o Município, Estado e médicos ou profissionais de saúde, só podem ser assegurados, mediante o devido processo legal, onde as partes suplicadas têm sempre garantidas para si o direito ao contraditório e da ampla defesa o que, finalizando, vale dizer que nem sempre a tutela antecipada é deferida. Daí a importância do bom uso da técnica do operador do Direito, no sentido de que tal necessidade pontual da vítima seja concedida de imediato, enquanto o processo principal prossegue seu curso, através da instrução processual e conseqüente sentença condenatória ou não do autor do dano à vítima, ou seja, ao médico, hospital, SUS (Sistema Único de Saúde), INSS, dentre outros

⁸¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Antecipação de Tutela. Fundado Receito de Dano Irreparável na Antecipação de Tutela no Processo Civil. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n.º 06, p. 54, jul/ago. 2000

⁸²COSTA, Fábio Silva. Tutela Antecipada. 1ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000., pg 06

CAPÍTULO 13

13 AÇÃO INDENIZATÓRIA

O paciente que se sentir lesado e que pretenda ingressar com ação por erro médico poderá, se tiver condições, procurar um advogado particular, ou na impossibilidade financeira procurar a Defensoria Pública para pleitear os danos sofridos advindos do erro médico.

Diante da existência fática e comprovada do erro médico, o Código Civil, trata com severidade casos reais que tragam danos ao outrem.

Está previsto na lei que o médico está obrigado a indenizar os danos decorrentes de sua conduta culposa.

Mas, que danos são esses? São as perdas e danos, a que se refere o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.059, *As perdas e danos devidos ao credor (no caso, o paciente ou sua família) abrangem, além do que efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar.*

Ao tratar sobre o tema indenização Miguel Kfoury Neto afirma que:

A medida da indenização é a extensão dos danos. A culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege aquilia et levissima culpa venit*). Em se tratando da vida humana, não há lugar para culpas “pequenas”[...], a excessiva desproporção entre o grau da culpa e a magnitude do dano autorizará o juiz a reduzir, equitativamente, a indenização (art.944, parágrafo único, do CC)⁸³.

Na questão de valores indenizatórios leva-se em conta o dano moral (que esta voltado para a questão de sofrimento) e o dano patrimonial (deste há que se fazer prova; está especificado abaixo).

O Poder Judiciário leva em conta quanto o paciente ganhava e os seu padrão de vida. Nenhuma indenização será paga para se modificar para mais o padrão de vida do paciente; será para amenizar a sua dor. A indenização não é compensatória, é de certa forma um instrumento de sanção para o outro que é o réu.

Tem-se um valor estipulado para cada tipo de lesão corporal (perda de um dedo, um braço)

A percentagem da fixação, na maioria das vezes, é o juiz quem arbitra. Do mais, segue o que está na tabela da SUSEP.

⁸³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 90

Atualmente foi divulgada uma tabela com valores que foram arbitrados e mantidos relativos à indenização em casos de erro médico.

Em caso de morte após cirurgia de amígdalas, o Tribunal de Justiça arbitrou o valor a pago de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais). Contudo o Superior Tribunal de Justiça arbitrou o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais)⁸⁴.

No caso de paciente em estado vegetativo por erro médico o Tribunal de Justiça arbitrou o valor de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e este valor foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça.⁸⁵

13.1 DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DO MÉDICO QUE FOI CONSIDERADO INOCENTE

É possível o médico que injustamente tenha sido acusado de erro e posteriormente absolvido dos atos a ele imputados demandar ação contra o paciente. Porém essa indenização não é considerada por dano moral.

Em caso de paciente que denigrem a imagem do profissional em redes sociais, o médico poderá ingressar com ação contra o paciente pleiteando os danos morais, lembrando que este direito de demandar cabe a todos.

⁸⁴ Valores referente ao processo Resp 1074251. Disponível em <http://blex.com.br/index.php/2009/cases/47504/10/2015> e no endereço <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4141896/recurso-especial-resp-1074251-sp-2008-0141463-3>. Acesso em 17/10/2015

⁸⁵ Valores referente ao processo Resp 853854. Disponível em <http://blex.com.br/index.php/2009/cases/47504/10/2015> e no endereço <http://oab-ba.jusbrasil.com.br/noticias/1872240/stj-busca-parametros-para-uniformizar-valores-de-danos-morais>. Acesso em 17/10/2015.

CAPÍTULO 14

14 ANOTAÇÕES PROCESSUAIS À INDENIZAÇÃO POR DANO MÉDICO – ELEMENTOS E CONDIÇÃO DA AÇÃO

14.1 LEGITIMIDADE “AD CAUSAM”

Diz o Código de Processo Civil no seu artigo 6º que *ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.*

Esta disposição deixa claro que a pessoa que pretender demandar em juízo deverá demonstrar a sua legitimidade para que possa agir.

A violação deste dispositivo acarretará a extinção do processo sem resolução do mérito, conforme previsto no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

14.2 LEGITIMIDADE ATIVA

No polo ativo, o principal legitimado para ingressar com a ação é o paciente, podendo ser também o familiar próximo, caso queira trabalhar com o dano reflexo.

Se depois de proposta a ação o autor vier a falecer, seu espólio será parte legítima para suceder.

A ação também poderá ser proposta depois do falecimento do paciente. Neste caso os familiares terão legitimidade para a propositura da ação.

Contudo, não basta ser apenas parente, tem que demonstrar que mantinha proximidade com a vítima, como demonstrando que com ela residia, que tinha laços de relacionamento constantes ou permanentes.

A este respeito Nehemias Domingos de Melo citando Fabricio Zamprogna Matielo diz :

A mera ligação de sangue pode ter repercussão nenhuma sobre o aspecto emocional dos envolvidos, ainda quando um deles seja lesado em decorrência de erro médico, como ocorreria, por exemplo, no caso de pai e filho mal se conhecerem até o momento do evento lesivo ao qual se segue a investigação de paternidade⁸⁶.

⁸⁶ Responsabilidade Civil do Médico, p. 212 (Apud Melo, Domingos Nehemias. Responsabilidade Civil por Erro Médico. 2º ed. São Paulo. Editora Atlas, 2013, p.190-191)

Complementando seu posicionamento, assevera ainda: *somente padece moralmente aquele que com a vítima mantém laços estreitos e sofre pela superveniência do episódio danoso, e isso não é lógico em se tratando de pessoa que não despertam recíproco sentimento de afinidade.*⁸⁷

Em caso de que o cônjuge já estava separado de fato do falecido, ele terá legitimidade para a propositura da ação quando esta versar sobre direito alimentar, se fosse credor de alimentos.

14.3 LEGITIMIDADE PASSIVA

O legitimado passivo é aquele que ocasionou o dano. Em se tratando de erro médico, o primeiro legitimado é o próprio médico, seguido do hospital ou clínica (tem-se aí a responsabilidade solidária, uma vez que respondem igualmente. Não haverá denúncia da lide no caso de erro médico, quem for condenado e não teve culpa irá ingressar com ação regressiva).

Quem irá figurar no polo ativo é o paciente, Se no curso do processo ele falecer, o processo não se extingue. A doutrina estabelece que a ação indenizatória é uma ação patrimonial podendo colocar o espólio no polo ativo da ação.

Haverá possibilidade de figurar no polo passivo também o plano de saúde. Neste caso, o plano de saúde se enquadra na condição de fornecedor de serviço, conforme previsto no artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe também o direito de regresso contra o profissional que cometeu o ilícito.

Nas questões que envolvem saúde tem-se que analisar cuidadosamente quem figurará no polo passivo, isso é importante porque irá projetar o valor, o “*quantum*” indenizatório.

14.3.3 Solidariedade entre o Médico, o hospital e o plano de saúde

Ao ingressar com ação indenizatória, figurarão no polo passivo o hospital, o médico e plano de saúde no caso, pois são responsáveis solidariamente. E por serem responsáveis solidariamente, na hora de se pleitear indenização não é necessário mencionar quem irá pagar e o quanto irá pagar cada um. Neste caso o grau de culpa e o grau de atuação de cada no procedimento errôneo serão irrelevantes, haja vista a atuação de cada um ser solidária.

⁸⁷ Responsabilidade Civil do Médico, p. 212 (Apud Melo, Domingos Nehemias. Responsabilidade Civil por Erro Médico. 2º ed. São Paulo. Editora Atlas, 2013, p.190-191)

14.4 ANDAMENTO PROCESSUAL – PETIÇÃO INICIAL

Tudo começa com a petição inicial. Tem-se que se tomar muito cuidado para que sejam feitos todos os pedidos pertinentes na inicial, pois que, uma vez proposta, esta não poderá mais ser emendada para fazer novos pedidos. Pode-se dizer que a petição inicial é uma imagem do que será a sentença, caso o autor da demanda ganhe a causa. Isso porque condicionará o juiz a decidir nos moldes em que foi proposta a ação, não podendo o magistrado julgar *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*.

Ao fazer a apresentação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, deve-se mostrar que não se trata de iatrogenia, mais sim de erro médico

Pede-se também a tutela antecipada, ou seja uma pensão mensal para custeio de tratamento médico.

Ao propor a ação, não se esquecer de pedir a juntada do prontuário médico, que é de suma importância para a demanda como documento principal para a elaboração da petição inicial e a caracterização do erro médico, ou seja, todas as vezes que se for propor a ação tem-se que requerer o prontuário médico para o hospital.

Dependendo também do estado de saúde do paciente, pode-se pedir inclusive o privilégio no andamento processual porque a previsão legal processual indica que as pessoas com mais de 60 anos ou que estejam enfermos tem preferência no andamento processual.

É extremamente importante também requerer a juntada de cópias do consentimento informado para fazer prova.

Requer-se também o sigilo processual em razão da juntada do prontuário médico, os danos patrimoniais dos quais se terá que fazer prova documental, em se tratando de danos morais verificar no Tribunal de Justiça quais são os valores que os juízes estão arbitrando.

Por fim, também é importante requer o bloqueio de bens dos médicos para garantir o pagamento de uma futura indenização.

14.5. COMPETÊNCIA DO JUÍZO

O foro competente para distribuir ação indenizatória de erro médico é: (a) foro do domicílio do autor (artigo 101, I, CDC); (b) foro do lugar do ato ou do fato (artigo 100, V, "a", do CPC); (c) foro de domicílio do réu (artigo 94 do CPC).

Tendo os réus domicílios diferentes, como no caso de se ter hospital em um local, plano de saúde em outro e médico em outro, escolher-se-á dos domicílios dos réus para contra ele propor a ação.

Em relação ao SUS, a ação pode ser ajuizada em face da municipalidade, ou seja, na Vara da Fazenda Pública onde houver.

Caso não exista Vara da Fazenda Pública, ajuíza-se na vara civil, por se tratar de competência cumulativa, porquanto algumas regiões acumulam competências e pode-se distribuir a ação na Vara Civil comum.

Caso seja o Estado quem administra o hospital, distribuir a ação contra o Estado.

Como já está pacificado, inclusive em relação à judicialização da saúde, no caso de medicamentos, a ação acaba sendo distribuída na Vara da Fazenda Pública, quando se falar de SUS ou de qualquer outro hospital Municipal ou Estadual.

No caso de hospital particular conveniado com o SUS, se for no lugar onde há Vara da Fazenda Pública, propõe-se na Vara da Fazenda Pública pois embora seja um hospital particular, também é conveniado com o SUS. Distribui-se a ação na Vara da Fazenda Pública.

Se for hospital particular não há complicação nenhuma, será distribuída a ação judicial em razão do lugar, ou seja na Vara Civil, ação indenizatória por danos morais e materiais

Pode-se ingressar com as três ações simultaneamente. É importante frisar que o resultado de uma não influenciará nas outras.

Há casos em que o médico é absolvido no procedimento administrativo, e condenado no civil, ou até mesmo entre o juiz civil e o juiz penal, o que o juiz geralmente faz, aguardando a sentença penal, é suspender a ação civil e esperar a sentença da ação penal. Pode-se ter então as 02 ações simultaneamente mais a representação no Conselho Médico.

14.6 PROIBIÇÃO DE DENUNCIÇÃO A LIDE

Tratando-se de reparação de danos morais e materiais decorrentes da prestação defeituosa de serviços médicos não cabe a denúncia à lide (artigo 88 CDC) porque, ao se falar em Código de Defesa do Consumidor, presume-se que seja uma ação mais célere, sendo que, no caso do hospital em relação ao médico e plano de saúde, pode-se propor ação de regresso diante da condenação, uma vez que a obrigação é solidária.

14.7 REFLEXÕES SOBRE AS PROVAS

Toda a vez que se propuser ação judicial contra o hospital e também contra o médico, a responsabilidade é objetiva. Não se precisa provar a culpa do hospital, mas em relação ao médico é obrigado a provar a negligência, imprudência ou imperícia, como já mencionado no tópico acima.

14.7.1 Do Ônus da Prova e Perícia

A inversão do ônus da prova estabelecida no artigo 06º VI, do Código de Defesa do Consumidor, na teoria é muito falada, mais na prática não é assim que acontece porque, no caso, em se tratando de erro médico, o juiz ao sentenciar muitas vezes aplica o artigo 330 do Código de Processo Civil que diz que cabe ao autor provar o seu direito.

Muitas ações são julgadas improcedentes porque o autor não fez prova ou da negligência, ou da imprudência ou da imperícia.

O fato de acionar o hospital, que tem responsabilidade objetiva, e na mesma ação figurar, no polo passivo o médico, obrigatoriamente deve-se colocar a prova de que o médico errou. Se assim não se fizer, correr-se-á riscos de ser indeferido o pleito.

Está prova se dará através de laudo pericial, podendo, inclusive, se houver a facilidade de se ter um médico para fazer quesitos e apresentar um laudo feito por ele para apresentar na petição, o que na prática isso é praticamente impossível de se conseguir.

Por se tratar de uma questão técnica, via de regra esta comprovação só se dá através de uma perícia realizada por um perito nomeado por um Juiz. O Juiz quando vai analisar o caso é leigo. Não entende de medicina; ele entende da parte do Direito mas não da parte da medicina. Então, é importante que tenha um perito da sua confiança para que elucide as questões técnicas envolvendo a boa prática médica.

15 CONCLUSÃO

Desde os primórdios, o termo erro medica já era bastante discutido. O médico, em um primeiro momento pagava com o erro com o próprio corpo e ao passar do tempo esta pena passou a ser paga em pecúnia.

Ao falar em erro médico, a idéia inicial seria que o erro é única e exclusivamente do profissional médico, mais não é bem assim.

Por ser tema abrangente, o erro médico engloba o erro do profissional da medicina, o erro paramédico e o erro extra médico.

No tocante a responsabilidade civil do médico, está só será configurada quando o médico agir com dolo ou culpa e existindo entre elas um nexos causal, ou seja, que a conduta do médico foi omissa, devendo ser provado que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

São muitos os deveres e direitos dos pacientes. Os médicos, além de seus deveres possuem também os seus direitos.

Não basta que o paciente acuse, ele terá que provar a conduta culposa do médico, tendo em vista que a responsabilidade do médico é subjetiva. O médico está amparado pelas excludentes de responsabilidade.

Embora a responsabilidade do hospital seja objetiva em relação aos seus funcionários e defeitos no serviço prestado respondendo independente de culpa e prova, quando se tratar de erro com o médico, o hospital só será condenado quando a culpa do médico for provada. Se não for provada não há que se falar em indenização, se for provada, responderá independentemente de culpa.

A responsabilidade civil se traduz em reparação em dinheiro. A vítima ou seus familiares procuram uma quantia que compense aquele dano. Esta é a reparação civil. É uma sanção de natureza pecuniária em dinheiro, pagar uma quantia que o Judiciário arbitra a guiso de reparação do dano.

Também há a responsabilidade penal. O médico pode ser processado por homicídio culposo, lesão culposa.

As especialidades que apresentam um contencioso mais numeroso, casos mais recorrentes, mais frequentes, são na área da anestesia e cirurgia plástica, seguidas de outras áreas.

A maior parte das demandas envolvendo médico/paciente se resolveriam em um boa relação médico/paciente, com o médico explicando ao paciente o que aconteceu, qual foi a

orientação que ele tomou, aquele consentimento informado antes de dar início ao tratamento; atenção, dedicar ao paciente um pouco mais de tempo, olhar o paciente nos olhos e saber que ele não só uma doença, é um doente; então, respeitá-lo como ser humano. Se isso tudo for levado a risca o numero de demandas certamente diminuirá.

A justiça é demorada, mas com ética e dignidade é possível sim se obter uma justa indenização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACH, P.; SMALL, S. D. **Prevenção de erros médicos**: lições a partir de sistemas de informação. BMJ, p.759-63, 2000. v.3

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico**: uma abordagem constitucional. São Paulo: Atlas, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004

BITTAR, Carlos Alberto et al. **Responsabilidade civil médica, odontológica, hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. 1. ed. Bauru: Editora Edipro, 2010

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**: obrigações: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. v. 2

COSTA, Fábio Silva. **Tutela Antecipada**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v.7, p.29.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2014.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica**. As obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. **Erro médico e a perda de uma chance.** Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=aZmW4Xgf0Ug>. Acesso em 29/09/2015

KFOURI NETO, Miguel; COUTRI, Marcos Vinicius; SILVA, Viviane Soares de Macedo. Entrevista à TV Justiça [27 jan.2014]. Entrevistador: Breno Nogueira . São Paulo, 2014. 1 arquivo (25:41 min.).

JUSBRASIL. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=INDENIZA%C3%87%C3%83O+POR+DANOS+MORAIS+DECORRENTES+DE+ERRO+M%C3%89DICO>

_____. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6267001/apelacao-civel-ac-3404495-pr-0340449-5/inteiro-teor-12394336>. Acesso em 10/10/2015

LEAL, Rosemiro Pereira. Antecipação de tutela. Fundado receito de dano irreparável na antecipação de tutela no processo civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 06, p. 54, jul/ago. 2000.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico.** 2. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MINOSSI, J. G. Prevenção de conflitos médico-legais no exercício da medicina. **Rev. Col. Bras. Cir.** v. 36, n.1, p. 090-095, 2009.

MINOSSI, J. G.; SILVA, A. L. Aspectos médico-legais da cirurgia para hérnia inguinal. **Rev Col Bras Cir.** v. 32, n.4, p.214-7, 2005.

MOTA, Claudinéia Onofre de Assunção. Aspectos destacados da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19730/aspectos-destacados-da-teoria-da-responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance-no-direito-brasileiro/5#ixzz3okeoUDJY>. Acesso dia 16/10/2015

OAB – Seccional Bahia. Disponível em: <http://oab-ba.jusbrasil.com.br/noticias/1872240/stj-busca-parametros-para-uniformizar-valores-de-danos-morais>. Acesso em 17/10/2015

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

SANTA CASA NÃO FOI CONDENADA POR ERRO MÉDICO. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de janeiro de 2009. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-jan-21/santa_casa_tupa_nao_foi_condenada_erro_medico. Acesso em 11/10/2015

SANTOS, L. S. C. Análise do erro médico em processos ético-profissionais: Implicações na Educação Médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**, v. 31, n. 3, p. 223-228, 2007.

SOUZA, Luanda Alves de. Dano moral por ricochete. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14522. Acesso em 15.10.2015.

TJA. Disponível em: <http://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3683319/apelacao-civel-e-remessa-ex-officio-ac-303307>. Acesso em 17/10/2015

STJ. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4141896/recurso-especial-resp-1074251-sp-2008-0141463-3>. Acesso em 17/10/2015

TARTUCI, Flávio. Direito Civil. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Editora Método, 2014. v. 2

VADE MECUM JURÍDICO. 7. ed. São Paulo: Editora RT, 2015.

ANEXOS