

A NECESSIDADE DA CULPA PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

THE NEED OF BLAME FOR CONFIGURING MEDICAL CIVIL RESPONSIBILITY

Jefferson Max Delfino¹

Camila Soares Gonçalves²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo análise da configuração do erro médico e a possibilidade de sua responsabilização civil, ainda que não haja a prova de culpa. Para que tal objetivo seja alcançado, se fez necessário o estudo do Direito Médico no Brasil, o conceito de erro médico e as hipóteses de configuração deste, a importância do diagnóstico do erro médico, assim como a responsabilização do erro médico. Outrossim, foi feito um breve estudo de caso envolvendo o erro médico e quais foram as suas implicações jurídicas. Com base nas análises feitas pode se perceber que se faz necessário a prova da culpa para que haja a responsabilização em decorrência do erro médico. O percurso metodológico adotado foi a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental.

Palavras-chave: Culpa. Direito Médico. Erro Médico. Prova. Responsabilização.

Abstract: This article aims to analyze the configuration of medical error and the possibility of civil liability, even if there is no proof of guilt. For this objective to be achieved, it was necessary to study Medical Law in Brazil, the concept of medical error and the hypothesis of its configuration, the importance of diagnosing medical error, as well as the responsibility for medical error. Furthermore, a brief case study was carried out involving medical error and what were its legal implications. Based on the analyzes made, it can be seen that proof of guilt is necessary for there to be

¹ Aluno do 9º período de Direito da Faculdade de Minas Gerais, email: jeffersonmax48@hotmail.com

² Mestre em Direito Privado pela FUMEC. Especialista em advocacia cível pela ESA OAB/MG e em Direito Tributário pela PUC Minas. Professora da pós-graduação da Escola Superior de Advocacia da OAB MG, PUC Minas, Portal IED (Instituto Elpídio Donizetti), CEDIN e FEAMIG. Também das graduações na Faculdade Minas Gerais (FAMIG), COTEMIG e Alis. Membro da Comissão de Educação Jurídica e Gestão, Empreendedorismo e Inovação da OAB/MG. Palestrante.

accountability as a result of medical error. The methodological path adopted was bibliographic, jurisprudential and documentary research.

Keywords: Fault. Medical Law. Medical error. Proof. Accountability.

1 INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência que deve ser contemporânea à sociedade na qual se apresenta, de modo a acompanhar as evoluções sociais sob pena de tornar-se ineficaz e inapto a reger as relações que se dão entre os pacientes que compõem determinada sociedade. De fato a evolução é de suma importância para toda a sociedade, pois através dela é possível ordenar a vida coletiva, no sentido de promover o equilíbrio das relações sociais.

Sendo a vida o principal bem jurídico tutelado pela nossa Carta Magna, e estando a atividade médica esta ligada a esse bem, em pauta à saúde, já que dela dependem a nossa qualidade de vida, a análise da responsabilidade civil do médico face à possíveis erros que possam ocorrer quando do exercício de sua profissão, erros esses, que podem levar danos fatais e irreparáveis à vida do paciente e, conseqüentemente, a responsabilização daquele que os deu causa.

Ante o exposto o presente estudo parte da seguinte indagação: de que meios de prova se pode valer a vítima do erro médico no caso de responsabilidade subjetiva ou fundada na culpa?

Para tanto, o objetivo geral do presente estudo foi a análise da configuração do erro médico e a possibilidade de sua responsabilização civil, ainda que não haja a prova de culpa.

O presente estudo será desenvolvido em três capítulos. No primeiro capítulo foi abordado o direito médico no Brasil, buscando compreender a evolução histórica e sua aplicação na sociedade.

No segundo capítulo, foi feita uma abordagem acerca do erro médico, trazendo noções gerais e conceituais, bem como suas hipóteses de figuração e como o erro médico encontra-se regulado no ordenamento jurídico brasileiro e no âmbito do CRM.

Por sua vez, o terceiro capítulo buscou analisar o diagnóstico do erro médico, trazendo noções conceituais e sua aplicabilidade na prática médica e jurídica.

Por fim, no último capítulo pretendeu-se fazer um estudo de caso acerca do erro médico e suas implicações jurídicas.

Para tanto, buscou-se no presente estudo uma análise documental, bibliográfica e jurisprudencial, como métodos de pesquisa científica, no intuito de se analisar as divergências existentes acerca do tema.

2 SAÚDE NO BRASIL

2.1 Histórico

Para falar sobre a saúde no Brasil, e conseqüentemente sobre o Direito Médico no Brasil é necessário falar primeiro sobre a filantropia. De acordo com Gilson Carvalho:

As pessoas eram atendidas pelas instituições e médicos filantropos. Paralelamente a isso, o Estado fazia algumas ações de saúde diante de epidemias, como ações de vacinação e/ou de saneamento básico. Assim ocorreu no final do século XIX e início do XX com o saneamento do Rio de Janeiro e a grande campanha de vacinação contra varíola (CARVALHO, 2013, [online]).

Um dos grandes marcos da história da saúde, foram a criação das Santas Casas de Misericórdia. De acordo com a Confederação das Santas Casas de Misericórdia do Brasil (CMB) (2016, [online]) o surgimento das primeiras santas casas coincidiu já com o “descobrimento” do Brasil. Elas foram criadas antes mesmo de o país se organizar juridicamente e determinar as funções do Estado – a organização jurídica brasileira ocorreu, de fato, com a Constituição Imperial de 1824.

Antes da Constituição de 1824, algumas das santas casas no Brasil eram: as Santas Casas de Santos (1543), Salvador (1549), Rio de Janeiro (1567), Vitória (1818), São Paulo (1599), João Pessoa (1602), Belém (1619), entre diversas outras. (CONFEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS E HOSPITAIS FILANTRÓPICOS, 2016, [online]).

Entre o ano de 1838 até meados da primeira metade do século XX, no ano de 1940, as Santas Casas transformaram seu propósito, tornando-se entidades filantrópicas. Segundo trecho do site oficial da CMB:

A filantropia distingue-se da caridade pelos seus objetivos. A fim de tornar a ajuda útil àqueles que dela necessitam, os filantropos acreditam ser

necessário mudar-lhes a natureza, dar mais conselhos do que bens. É preciso não só recolher as pessoas, mas dar-lhes orientações que promovam o reerguimento da família e, conseqüentemente, da sociedade. Portanto, ao assistir enjeitados e marginalizados, há a preocupação com o destino destes indivíduos, em torná-los úteis à sociedade. Assim, a caridade cede lugar à filantropia. (CONFEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS E HOSPITAIS FILANTRÓPICOS, 2016, [online])

Com a declaração do fim da escravidão em 1888, o país ficou dependente de mão de obra imigrante para continuar no cultivo de insumos que eram a base da economia brasileira, principalmente o café. Entre 1900 e 1920, o Brasil ainda era refém dos problemas sanitários e das epidemias.

Portanto, para a recepção dos imigrantes europeus, houve diversas reformas urbanas e sanitárias nas grandes cidades, como o Rio de Janeiro, em que houve atenção especial às suas áreas portuárias. Para o governo, o crescimento do país dependia de uma população saudável e com capacidade produtiva, portanto era de seu interesse que sua saúde estivesse em bom estado.

Com a presidência de Getúlio Vargas, houve reformulações no sistema a fim de criar uma atuação mais centralizada, inclusive quanto à saúde pública. O foco de seu governo foi o tratamento de epidemias e endemias, sem muitos avanços, pois os recursos destinados à saúde eram desviados a outros setores – de acordo com o Dr. Dráuzio Varella, parte dos recursos dos IAPS ia para o financiamento da industrialização.

Em 1953, foi criado o Ministério da Saúde. Foi a primeira vez em que houve um ministério dedicado exclusivamente à criação de políticas de saúde, com foco principalmente no atendimento em zonas rurais, já que nas cidades a saúde era privilégio de quem tinha carteira assinada.

A Constituição Federal de 1988 foi à percussora por sedimentar o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo o direito a saúde foi sedimentado no art. 196, da Constituição Federal de 1988, onde está previsto que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Posteriormente o Sistema Único de Saúde passou a ser regulado em 1990, quando foi sancionada a Lei nº 8.080.

Em 2006 é instituído, pela portaria 399/GM de 22 de fevereiro, o Pacto pela Saúde que, assim como as Normas Operacionais anteriores, vem orientando a implantação do SUS, dando ênfase às necessidades de saúde da população e à busca pela equidade social. Pactuado entre as três esferas de governo (Federal, Estadual e Municipal), o Pacto pela Saúde redefine as responsabilidades de cada uma dessas esferas, articulando estratégias dos três componentes: Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto de Gestão.

2.2 Aplicação e evolução na sociedade

De fato a evolução é de suma importância para toda a sociedade, pois através dela é possível ordenar a vida coletiva, no sentido de promover o equilíbrio das relações sociais.

Ou seja, como ele irá conciliar todos estes conhecimentos às necessidades de ordem pública e social. Tudo isto é motivo bastante para se redefinir alguns conceitos, criando-se um espaço de discussão para o Direito da Saúde, pois é inegável que se estes fatos e suas consequências forem discutidos de forma esparsa e aleatória, permitir-se-á a desconsideração do progresso das ciências biológicas e do que isto representa nas aspirações do conjunto de interesses inalienáveis da sociedade.

De acordo com Aristóteles (2010, p.13), o homem se distingue dos demais seres vivos porque é capaz de diferenciar o bem e o mal, o justo do injusto. O filósofo afirma que a prudência e a virtude são conferidas aos homens para que ele não se torne feroz e decida suas ações apenas por amor e por comida. Segundo ele “a justiça é a base da sociedade” (ARISTÓTELES, 2010, p.13).

3 ERRO MÉDICO

Ao longo dos últimos 10 anos o Direito Médico desenvolveu-se e cresceu em importância e representatividade, ao tempo em que duas das mais antigas ciências da humanidade, a médica e a jurídica, entrelaçam-se de forma cada vez mais complexa e indissolúvel, refletindo as mudanças revolucionárias ocorridas na sociedade nas últimas seis décadas.

Justamente em virtude destes avanços o médico é mais cobrado, é mais exigido, perdendo o direito de errar. Ao mesmo tempo, o Direito, necessariamente

conservador, sofre para acompanhar o ritmo da evolução tecnológica e de conhecimento da Medicina, e mais ainda, das transformações socioculturais que acompanham este movimento.

Da mesma forma, avançamos muito (pelo menos no campo teórico) nos conceitos de proteção à saúde e à vida. Desenvolvemos conceitos como o direito à integridade biológica, ao patrimônio genético. A existência humana, individual ou coletiva, será sempre o maior bem a ser juridicamente protegido. E esta proteção é regulada por normas, tutelada pelo Estado, em sua função de organizar a sociedade. Com isso, não apenas novas respostas precisam ser encontradas, mas também velhas perguntas necessitam ser reformuladas.

O mais importante a se ter em mente é não confundir direito médico com direito dos médicos. São coisas distintas. O direito médico é o conjunto de normas jurídicas que regulam as relações entre médicos e pacientes, planos de saúde, clínicas, hospitais, laboratórios, e políticas públicas de saúde.

Nele estão contidos ainda os temas de bioética, ética profissional, biodireito, consentimento esclarecido, etc.; enfim, nele está contido o futuro. Suas implicações se estendem muito além da responsabilidade ética, civil e penal. Penetra no Direito de Família, no Direito das Sucessões, no Direito do Consumidor, e em uma infinidade de outras interações entre pessoas.

Em síntese, viver ficou mais complicado. Há regras impostas pela sociedade que precisam ser conhecidas e cumpridas. Não há como evitar problemas, mas é possível minimizar os riscos de sua ocorrência, através do conhecimento prévio destas regras.

3.1 Conceito de erro médico

A primeira ideia de conceito que aflora dentro do conceito dissertativa em relação no termo jurídico do profissional é fazer com que o próprio causador do dano responda pela reparação do dano.

Quando o ato que causa o dano é realizado pelo agente, sua responsabilidade será direta e este deverá responder pela consequência do seu ato. Trata-se de responsabilidade por fato próprio e deriva diretamente do agente, que foi o causador do dano. O nexo de causalidade e o dano devem ser provados quando a ação ou omissão da pessoa imputada causa prejuízo ou viola direito de outrem.

Em razão do considerável avanço ocorrido na área da ciência médica e ao progresso do avanço tecnológico, a probabilidade de ocorrer o chamado “erro médico” aumentou. De um lado, existe o dano causado à saúde e à vida do paciente e; de outro, um profissional, humano passível de erros, mesmo que todas as medidas cabíveis tenham sido tomadas no realizar de sua atividade.

O presente artigo tem como objetivo a análise da repercussão do erro médico, assunto frequente e controvertido, para fins de responsabilidade civil, penal e constitucional, sob uma perspectiva que não a usualmente utilizada: casos em que o médico, e não só o paciente, será igualmente vulnerável frente aos obstáculos que a aleatoriedade e a abstração inerentes ao organismo humano são capazes de gerar.

3.2 Hipóteses de configuração

Para nosso sistema, é caracterizada como elementos formadores da obrigação de reparar, a existência de uma ação ou omissão da configuração do erro médico, o dano, a culpa e o nexo causal.

O artigo 186 do Código Civil estabelece a regra da responsabilidade civil subjetiva. O agente somente pode ser responsabilizado quando, culposamente, não respeita um dever de cuidado objetivamente devido (sua conduta é ilícita).

Em linhas gerais, a responsabilidade subjetiva é aquela em que além da presença do ato lesivo do agente causador de lesão, do dano lesado e do nexo causal estar estabelecido entre o ato lesivo e o dano ao lesado, tem que se encontrar presente a culpa do agente causador do dano. E, esta culpa, caracteriza-se pela presença no agir deste de dolo ou pela presença só de culpa no sentido estrito, ou seja, de imprudência ou negligência ou imperícia.

Diante da prova do erro, cabe ao médico indenizar a vítima ou seus parentes no caso de falecimento da mesma, e o valor da indenização poderá englobar tanto ressarcimento material quanto moral em seus variados graus de configuração e valores, conforme disposto em legislação específica.

As indenizações por dano moral são sempre fixadas a critério do juiz, diante de seu caráter subjetivo e de acordo com os fatos envolvendo a configuração do ato lesivo, bem como a dor, vergonha ou outras consequências psicológicas que aquele venha a causar na vítima.

3.3 Regulações jurídicas e no âmbito do CRM

A produção de normas jurídicas sobre saúde é feita, de acordo com o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil, pelos Poderes Legislativo (precipualemente) e Executivo (em caráter regulamentar), as normas jurídicas assim elaboradas irão organizar o sistema de saúde brasileiro e condicionar condutas e atividades individuais, coletivas, estatais e comerciais para fins de garantia do direito à saúde.

No nosso cotidiano estão presentes as mais diversas, seja no âmbito pessoal, social ou profissional. Diante das relações jurídicas presentes no cotidiano e que muitas vezes não são reguladas, faz com o que o Direito se adeque a essas situações e torne as meras relações pessoais em norma jurídica. Assim, aconteceu com a Medicina e as relações decorrentes dela, ao decorrer do tempo.

De acordo com Furtado (2009, [online]) "a medicina foi uma das primeiras profissões a serem regulamentadas no Brasil, já em 1808, com o decreto imperial que fundou a primeira escola de medicina no país".

Já "em 1826, regulamentou-se a exclusividade de licenciatura às escolas de medicina" (FURTADO, 2009, [online]). Sendo que, foi somente em 1830, que se fundou a Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro, que tinha como objetivo estabelecer as normas atinentes ao exercício da medicina. (FURTADO, 2009, [online])

De acordo com Furtado (2009, [online]) "nos anos que se seguiram, foram editados vários outros decretos e leis", como o Decreto-Lei 7.955, que depois foi revogado pela Lei 3.268, de 1957, que tratou sobre a criação do Conselho Federal e Regional de Medicina.

4. DIAGNÓSTICO DO ERRO MÉDICO

A civilização suméria floresceu há 6.000 anos em Ur, na Mesopotâmia, sendo a mais antiga manifestação médica conhecida. Na astrologia os distúrbios do corpo eram regidos pela relação entre os movimentos das estrelas e as estações, assim surgiu o diagnóstico.

Ao decorrer dos anos, a análise de se estudar e fazer Medicina foram mudando, variando do modo de cada região e local, cultura e época. No Brasil, a literatura médica define diagnóstico como sendo um processo de determinar e conhecer a natureza de uma doença pela observação de seus sintomas e sinais.

Entende-se, também, que diagnóstico corresponde ao nome com que o médico qualifica a doença de acordo com os sinais detectados. Pode-se analisar uma abordagem de como o diagnóstico do erro médico surgiu para compreender seu fundamento.

O diagnóstico não é um ato isolado, mas sim, um processo. A formulação do diagnóstico deve fundamentar-se também na história clínica passada e presente do paciente.

É preciso diferenciar o erro médico propriamente dito em conceitos de negligência, imprudência e imperícia:

Age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açadas, precipitadas, sem ter cautela. É resultado da irreflexão, pois o médico imprudente, tendo perfeito conhecimento do risco e também ignorando a ciência médica, toma a decisão de agir, assim mesmo. Exemplo de imprudência seria o caso da alta prematura ou a realização de uma operação cesariana sem a equipe cirúrgica mínima necessária.

Negligência, ao contrário da imprudência, é a forma omissiva da culpa. A negligência é a mais fácil de notar no dia a dia, é a omissão no dever de cuidado. Evidencia-se pela falta de cuidado ou de precaução com que se executam certos atos.

Imperícia consiste na execução errada de um ato técnico de determinada profissão ou atividade. Ocorre quando o médico revela, em sua atitude, falta ou deficiência de conhecimentos técnicos da profissão. É a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático.

A imperícia deverá ser avaliada à luz dos progressos científicos que sejam de domínio público e que, em todo caso, um profissional medianamente diligente deveria conhecer, por exemplo, a utilização de técnica não indicada para o caso.

Vale ressaltar que, se quem na inaptidão técnica de uma profissão praticar um crime, mas não exerce a referida profissão, não está sendo imperito, mas sim imprudente.

Tendo em vista a complexidade da definição de um diagnóstico, Irany Novah Moraes (2003, p. 203-204) entende ser necessário que seja a responsabilidade por erro de diagnóstico seja observada sob quatro vertentes, destacando a possível responsabilidade para os dois primeiros tipos de diagnóstico:

O diagnóstico funcional é facilmente feito pelos dados da história clínica bem tomada é às até mesmo só pela queixa do paciente. O diagnóstico sindrômico depende da competência do médico tirar bem a história clínica, interpretando sua evolução a cada alteração no quadro ou sintoma; é mis explicativo do que objetivo e indica como a função do órgão ou a estrutura afetada foi alterada pela doença. O diagnóstico anatômico, o exame físico bem feito, é rico em sinais, e os exames complementares de imagem são modernamente cada vez menos invasivos, e mais exatos com maior precisão, melhor sensibilidade e sempre com progressiva exatidão. O diagnóstico etiológico costuma ser o mais difícil, embora com todo progresso da biotecnologia, pois, de quase mil doenças oficialmente catalogadas pelas organizações internacionais, apenas se conhece a causa de um terço delas. Tudo ser torna difícil quando se procura juntar os dados oferecidos pelo paciente e os obtidos pelos exames físicos e complementares para enquadrá-los em um dos seguintes itens que relaciona todas as causas conhecidas das doenças: 1. inflamação; 2. infecção; 3. infestação; 4. degeneração; 5. neoplasia; 6. alteração metabólica; 7. problema imunológico; 8. envenenamento; 9. traumatismo (químico, elétrico, por radiação nuclear ou raios x); ou por exclusão dos demais resta a confissão da causa desconhecida; 10. Idiopática. (MORAES, 2003, p. 203-204)

E fato que o erro ocorre em todas as profissões, o problema é que o profissional da saúde lida com vidas humanas em situações extremas, e alguns casos será preciso apurar os caos de forma isolada mais detalhadas, caso a caso, dos avanços da tecnologia que será possível ou não nas hipóteses para se chegar a um diagnóstico esperado pela ciência médica, a um tratamento eficaz, resultando em um tratamento sem imperícia, negligência ou imprudência injustificável.

Considerado o erro medico no exercício de suas tarefas como o desvio do objetivo decorrente da ação ou omissão, poderá ser ainda de natureza dolosa ou culposa, como se pode observar na jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. HOSPITAL E MÉDICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALHA EXISTENTE. ERRO DE DIAGNÓSTICO. DEVER DE INDENIZAR. CABIMENTO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. FIXAÇÃO DO QUANTUM. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DANO ESTÉTICO. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. Na condição de fornecedores de serviços, a responsabilidade civil dos hospitais e clínicas médicas é objetiva quando se circunscreve às hipóteses de serviços relacionados ao estabelecimento propriamente dito, a teor do art. 14, caput, do CDC. Ao contrário, a responsabilidade do próprio médico, como profissional liberal, é de natureza subjetiva (art. 14, § 4º, do CDC), cumprindo, pois, averiguar se houve o ato culposo do profissional. 2. Demonstrado que houve falha na prestação do serviço do hospital, erro no diagnóstico médico, que agiu com negligência, bem como o nexo de causalidade entre os serviços oferecido pelo apelado e o dano sofrido pelo autor, impõe-se a procedência do pedido indenizatório. 4. A indenização pelo dano moral é devida quando a prática da conduta ilícita ou injusta ocasionar na vítima vexame, constrangimento, humilhação ou dor. Assim, se a conduta atingiu a esfera psicológica da

vítima, surge o dever de indenizar, a esse título. 5. O quantum indenizatório arbitrado a título de danos morais deve atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se, no caso concreto, a extensão e a gravidade do dano, as condições da vítima, a capacidade econômica do agente, além do caráter punitivo-pedagógico da medida. De igual modo, não pode ser fonte de enriquecimento ilícito. 6. Se não restou demonstrado que se o atendimento adequado fosse prestado anteriormente, o procedimento cirúrgico adotado teria sido realizado por videolaparoscopia, a qual é menos evasiva, e não pela laparotômica, como de fato ocorreu, não há que se falar em dano estético. 7. Apelos não providos. (Acórdão 1219798, 00093160920168070001, Relator: ARNOLDO CAMANHO, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 4/12/2019, publicado no DJE: 13/12/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078/90, trata da relação jurídica de consumo entre as partes, médico e paciente e as hipóteses de responsabilidade civil, desta decorrente. Tão logo, o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor clarifica:

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.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL, (BRASIL, 1990)

Conforme o dispositivo legal acima mencionado constata-se que, cabe ao paciente afetado provar o dano e o nexo causal, vez que, a regra adotada é a da teoria objetiva, onde não se discute a existência de culpa, e tão somente a presença dos elementos: dano e nexo de causalidade.

Verifica-se que o §4º do referido dispositivo que traz a exceção à teoria objetiva, no que tange a responsabilidade dos profissionais liberais, a qual deve ser investigada mediante a verificação de culpa, sendo neste caso empregada a teoria da responsabilidade subjetiva.

Dado o exposto, conclui-se que em se tratando do dano ocasionado pelo médico no exercício do seu labor, vez que empregada a teoria da responsabilidade subjetiva, a demanda terá solução com respaldo na legislação consumerista.

De acordo com Jeronimo Romanello Neto (1998, p.37) o "erro, derivando de uma apreciação subjetiva em um caso cientificamente duvidoso ou com opiniões diferentes na doutrina médica, não pode causar responsabilidade ao médico".

Baseiam-se, para tanto, no entendimento de que o diagnóstico cuida-se de operação delicada e que nem sempre está revestida de todas as condições.

Pelo exposto, ao se balizar entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, percebe-se que, pelo menos a imprecisão do trabalho médico, decorrente de crassa falha da identificação da patologia ou do tratamento a ser adotado, quando trazer relevante repercussão moral ao paciente, é seguramente indenizável.

5. DA CONFIGURAÇÃO DO ERRO MÉDICO

A configuração aparece quando o médico, por ação ou omissão, assume procedimento de risco para o paciente sem respaldo científico ou esclarecimento à parte interessada. Como se viu, o exercício da medicina pode causar um dano ao paciente por imprudência, negligência ou imperícia.

5.1 A responsabilização do erro médico

O Código Civil Brasileiro é claro ao dispor que a vítima ou sua família podem fazer jus a uma indenização. Veja o que os artigos 186 e 927 do Código Civil dizem sobre isso:

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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002)

Desta forma, para a configuração do erro médico é necessário que se prove que: a conduta (ou omissão) do médico causou a lesão ou dano; o médico agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

Diante de três elementos essenciais: o dano; a culpa; e os nexos causais entre o dano da vítima e o ato culposo do agente podem analisar tal conduta.

5.1.1 O dano

O dano ao projeto de vida atinge legítimas expectativas que a pessoa tinha com relação à própria existência, variando de uma frustração de menor alcance até a própria perda de sentido pela vida.

A conduta do agente deve comprovadamente causar dano ou prejuízo à vítima. Seja qual for a espécie de responsabilidade, sem a existência de um dano real, efetivo e concreto, não há que se falar em responsabilidade civil, pois sem ele não há o que reparar.

De acordo com França:

[...] atualmente, essa teoria [a da responsabilidade subjetiva] começa a ser contestada, por várias razões: a imprecisão do conceito de *culpa* pelo seu cunho teórico e caracterização imprecisa, o surgimento da responsabilidade *sem culpa*, o sacrifício do coletivo em função de um egoísmo individual sem imputabilidade nos tempos atuais e a socialização do direito moderno. (FRANÇA, 2020, 291)

Diante do erro médico, a vítima ou a sua família poderão ser indenizadas em razão de dano material, moral e até mesmo em caso de dano estético.

A indenização por danos materiais está relacionada com os gastos que o paciente teve para custear o procedimento, despesas com outros serviços médicos para resolver o problema ocasionado pelo erro, remuneração por um trabalho que poderia estar executando e outros custos relacionados com a situação que depende de cada caso. Como exemplo, os custos pré, durante e pós o tratamento, com novo meio transporte, alimentação, etc.

Já os danos morais referem-se a todo constrangimento moral que o paciente passou durante e pós o tratamento. Ou seja, a violação a um dos direitos da personalidade previstos no artigo 11 do Código Civil, como por exemplo, a violação do direito ao nome, à imagem, a privacidade, à honra, à boa fama, à dignidade etc.

Maria Helena Diniz enquadra o dano moral advindo do erro médico como direto, ou seja, é a:

[...] lesão a um interesse que visa satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (vida, integridade corporal, liberdade, honra, decoro, intimidade, sentimentos afetivos e a própria imagem) ou nos direitos da pessoa (nome, capacidade, estado de família). (DINIZ, 2015, p. 86)

Diferencia-o, outrossim, do dano moral indireto que envolve interesse não patrimonial, como a perda de um bem de valor afetivo.

Por sua vez, Teresa Ancona Lopes (1999, p. 24) conceitua dano moral objetivo como aquele que produz impacto em dimensão moral, no meio social; e o

subjetivo, como o próprio *pretium doloris*, que consiste no próprio sofrimento da alma em resposta a ofensas em seus valores íntimos.

O direito de receber por danos estéticos também é assegurado pela justiça. Essa indenização está vinculada a toda e qualquer deformação ou alteração que afete a aparência do paciente de forma negativa ou fora do esperado. Quando o erro médico envolve lesões graves ou morte, o profissional que executou o procedimento pode responder na justiça pelo crime de lesão corporal ou homicídio culposo.

5.1.2 A culpa

A culpa se caracteriza quando o causador do dano não tinha intenção de provocá-lo, mas por imprudência, negligência, imperícia causa dano e deve repará-lo. Já o dolo consiste na vontade de cometer a violação de um direito. Refere à responsabilidade dada à pessoa por um ato que provocou prejuízo.

Atualmente, um exame abrangente das diversas hipóteses de responsabilidade objetiva existentes em cada ordenamento jurídico revela, em muitos deles, o seu distanciamento da própria noção de risco e a sua afirmação como simples responsabilidade independente de culpa. (SCHREIBER, 2015, p. 250).

5.1.3 O nexu causal

Em suma, o nexu causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que pode-se concluir quem foi o causador do dano. A responsabilidade civil dos médicos, enquanto profissionais liberais, serão subjetivas, cabendo à vítima comprovar não só o dano e o nexu causal, mas também a culpa do profissional.

No entendimento de SCHREIBER:

Embora tal fenômeno seja geralmente descrito como uma lamentável atecnia judicial, mais realista parece a constatação de que os tribunais têm simplesmente se recusado a dar ao nexu causal um tratamento rigoroso e de consequências aflitivas como o que fora, anteriormente, reservado à culpa. A postura eclética das cortes no que tange à aferição da relação de causalidade revela, de fato, que os magistrados têm se preocupado mais com os resultados concretos a serem alcançados, que com a técnica empregada em seus julgamentos. (SCHREIBER. 2015, p. 250-251).

5.2. Momento que fica caracterizada a morte em decorrência do erro

A morte do paciente causada pela falha na prestação de serviços em um aspecto geral caracteriza responsabilidade civil subjetiva do Estado, fundada na inobservância do dever de cuidado do profissional médico - por imprudência, imperícia ou negligência -, e gera indenização por danos morais.

Ao recomendar uma ação de indenização por engano médico há de se trabalhar esses elementos da obrigação civil, pois são elementos caracterizadores do erro médico. Diante deles, havendo a descrição jurídica médico/paciente e comprovação de que houve uma conduta ilícita do médico, ou seja, uma conduta voluntária, onde se tem um acontecimento - comissiva -; ou uma conduta negativa - deixou de fazer, - ou, ainda, omissiva - age precipitadamente sem a cautela e imprudência. Estar-se-á diante de uma ação, de um comportamento que gerou um ato ilícito, tendo o nexo causal.

Segundo o entendimento de Miguel Kfouri 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. (KFOURI NETO, 2018, p.114 apud MACEDO, 2015, [ONLINE])

Para que haja o direito de receber uma indenização, os familiares terão que provar que um dano sofrido sucedeu por culpa do seu causador. A culpa aqui mencionada abrange tanto a culpa lato sensu³ quanto a culpa stricto sensu⁴.

A vítima que se submete a um tratamento de saúde está amparada pelo Código de Defesa do Consumidor. E se no atendimento ocorrer um erro médico, o serviço foi irregular. Sendo assim, o paciente ou seus familiares poderá recorrer aos seus direitos por lei.

Alguns procedimentos médicos podem levar o paciente à morte ou deixar alguma sequela que pode comprometer para sempre à execução de alguma atividade na vida de uma pessoa.

Se o erro médico for devidamente comprovado pela justiça, o profissional e o hospital vinculado ao atendimento precisam se responsabilizar com indenizações por dano material, moral e estético para a vítima ou familiares, consoante será abordado a seguir.

³ Diz-se que o responsável por um ato ilícito agiu com culpa, ou tem culpa, independente de seu ato ter sido doloso ou culposo. Portanto, no sentido amplo, culpa tem dois significados: dolo, ou culpa no sentido estrito. (RESOLUÇÃO CNSP Nº 341/2016).

⁴ Caracteriza-se quando o agente causador do dano praticar o ato com negligência ou imprudência. Já o dolo é a vontade conscientemente dirigida à produção do resultado ilícito.

6. RELATO DE UM CASO VERÍDICO DE ERRO MÉDICO E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Em recente decisão a décima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão prolatada pelo juízo da Vara da Fazenda Pública, que condenou o Estado de São Paulo ao pagamento de indenização no montante de R\$ 40.000,00 a título de danos morais, conforme extrai-se da ementa abaixo colacionada:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Estado de São Paulo. Erro médico. Indenização por danos morais. Esquecimento de agulha no quadril da autora durante procedimento cirúrgico. Evento danoso, nexos causal e falha do serviço público bem demonstrados nos autos. Indenização devida. Sentença que julgou procedente o pedido e arbitrou a indenização em montante adequado à consecução dos objetivos de compensação e dissuasão, sem propiciar indevido enriquecimento dos autores. Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1040503-30.2016.8.26.0602; Relator (a): Antonio Carlos Villen; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/04/2019; Data de Registro: 08/04/2019)

Conforme extrai-se do inteiro teor da Apelação Cível 1040503-30.2016.8.26.0602, O Estado de São Paulo foi condenado em razão de médicos da rede pública de saúde terem esquecido agulhada no quadril da parte autora após essa ter passado por uma cirurgia (SÃO PAULO, 2009).

Em sede de apelação o Estado de São Paulo, por meio de seus procuradores, alegaram que para que houvesse a condenação, deveria a parte autora ter provada a culpa por parte dos agentes públicos. Assim, destacaram que em nenhum momento da prestação de serviços houve a ocorrência de negligência, imperícia ou imprudência. (SÃO PAULO, 2009)

Conforme o relator do caso Desembargador Antônio Carlos Villen, diante das provas acostadas nos autos não assiste razão as alegações da apelante. Tendo em vista, que os documentos que foram acostados nos autos são suficientes para comprovar o dano causado a apelada (SÃO PAULO, 2009).

Para fundamentar o seu voto a favor da condenação da parte apelada o Desembargador Antônio Carlos Villen (SÃO PAULO, 2009) citada o autor Celso Antônio Bandeira de Mello, explicando que quando a administração tiver uma atuação deficiente, como no caso em comento, tal situação será justificativa para a condenação do Estado.

[...] se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos. (MELLO, 2010, p. 998 *apud* SÃO PAULO, 2009)

Outro ponto a se destacar na decisão é acerca da configuração do dano moral ainda que o dano tenha sido em decorrência de ato culposo. De acordo com o Desembargador Antônio Carlos Villen, em razão o objeto esquecido no quadril da parte apelada, gera a esta um abalo psicológico ainda que os agentes públicos não tenham agido com dolo. E em razão dessa situação é passível a condenação do Estado de São de Paulo ao pagamento de indenização a título de danos morais (SÃO PAULO, 2009).

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que viver em sociedade é uma necessidade cada vez mais complexa para o Direito, dada a variedade das relações jurídicas criadas em seu meio.

Porém, não há como evitar problemas, mas é possível minimizar os riscos decorrentes sua ocorrência por meio do conhecimento prévio das regras relacionadas ao tema. A medicina e o direito se entrelaçam quanto ao assunto que tem relevância na vida profissional do médico, como agente ativo, e na do profissional do Direito, que estuda suas implicações legais.

Nesse contexto, as relações jurídicas estão no cotidiano da vida pessoal, profissional e social dos cidadãos. A partir do momento que relacionam-se com outras pessoas, físicas ou jurídicas, há a manutenção consciente ou inconscientemente uma relação jurídica.

Em razão disso, entende-se que os direitos e deveres dos profissionais e instituições de saúde, assim como de toda a população que utiliza esses serviços, devem ser conhecidos e disseminados. A profissão exige diligência, muito empenho e devoção dos profissionais, sendo assim um dos ofícios mais complexos.

Porém, do ponto de vista jurídico, exercer a medicina significa operar diariamente com direitos fundamentais protegidos em lei, tais como: a integridade física e mental, a dignidade da pessoa humana, a saúde e a vida das pessoas.

Conclui-se que para a caracterização da responsabilidade civil em razão do erro médico se faz necessário a comprovação da culpa, que poderá ser comprovada por meio do diagnóstico médico ou por meio de outros exames capazes de demonstrar o dano e o nexo de causalidade.

REFERENCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Brasília: UnB, 1999.

BRASIL. **Código Civil, 2002**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. Estud. av. 27 (78) • 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142013000200002>. Acesso em: 24 maio 2020.

CONFEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS E HOSPITAIS FILANTRÓPICOS. **A história de misericórdia das Santas Casas**. 2016. Disponível em: <https://www.cmb.org.br/cmb/index.php/institucional/quem-somos/historico>. Acesso em: 15 mar. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 29.ed.São Paulo: Saraiva, 2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça (4. turma). **Apelação Cível 1219798**. Relator: Desembargador: ARNOLDO CAMANHO, 4 de dezembro de 2019. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&

buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1219798. Acesso em: 22 mar. 2021.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 17. Ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2020.

FURTADO, Alceu Eduardo Indalencio. Regulamentação da medicina? **Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 de novembro de 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2411200909.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 9. ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

LOPES, Teresa Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

MACEDO, Viviane. Erro médico: Consequências e responsabilidade civil. **Jusbrasil**. 2015. Disponível em: <https://vivimac.jusbrasil.com.br/artigos/253929282/erro-medico-consequencias-e-responsabilidade-civil>. Acesso em: 24 abr. 2021

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MORAES, Irary Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade civil dos médicos**. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira. 1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (10. turma). **Apelação Cível 1040503-30.2016.8.26.0602**. Relator: Desembargador: Antonio Carlos Villen, 4 de abril de 2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=12385930&cd Foro=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_4c13971870b648faba08074976f5e94b&g-recaptcha-response=03AGdBq27UX72GdHd4pgLGEJVGXRB9A5ift6-2eHtw8MhXsdsR4ZA-zjB_loHjKQ_Yu-6pArEMBGCLQwVLNNH6ujunb75xs2wcqh0QSWvbaCq5dnx9f1W-0ZSnWixZf-pLkpgXgD6SooNT2Z6IA3Y_6SNDLiveLG6uJfymGO7RvXilHHwkGOxUic1Ctl_v9Hws5wBuHS3V_o0TQelhLWqYMM3oYUJ-A-ffivgteERWfnnh0kkv0GQfTOOaGsR0Wd8l5q3TIOZWKc_OErJrwMY187db1rpA0u0P oTby6xhUfoY_uPRmBBctob-jrkdrZVYcOL-n6Np0__3GIWZiKxC1nKh1iceAmlpTXwg3Nk-qN-mcKxQu2o0okh2kJqjGvicz1JmY8DqGMq5rJj4noe0KOeqQg-EMo4bkb35z3m-mDedNtWkJhZjQK8mcoTwfmx6Pg2ye5Jt21Vf_f85U6UV8_SezG9UjsAAi0rVljktHOvA

5-qgsL-q3iUXFF8JR4pgIKRrBJgYmpDtPf49NDRYsjlmz3WpntT7KdA. Acesso em: 12 mai. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. *6.ed. São Paulo: Atlas, 2015.*