

Jan - Fev 2000

Conselho Editorial

Araken de Assis

Alves Gusmão Caspary

Humberto Theodoro

J. J. Calmon de Paiva

Jose Roberto Gonçalves

Ricardo Kahan

Stênio Calmon Berto

REVISTA SÍNTESE DE

**DIREITO CIVIL
&
PROCESSUAL
CIVIL**

RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO (I)

I – Doutrina

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Luzia Chaves Vieira

“O médico, assim como qualquer cidadão, é responsável por todo o dano causado a outrem, quando sua culpa for comprovada. A culpa, no sentido mais amplo, só existe quando um ato nocivo é produzido por pessoa mentalmente hígida (imputável) e capaz de determinar de acordo com o livre arbítrio”

“A responsabilidade do médico para com a coletividade sempre existiu pelo seu papel transcendente e grave, e a medicina não pode ser comparada a nenhuma outra profissão, pois ninguém tem nas mãos, ao mesmo tempo, a vida e a honra das pessoas.”¹

A existência humana, individualmente considerada, enquanto convivência dos homens em sociedade, constituiu, o centro de irradiação por excelência de todos os bens ou interesses juridicamente protegidos. A vida, a integridade corporal, a honra e a liberdade são bens supremos da pessoa humana, cuja eficiente proteção se faz dever precípua do Estado, na sua ação de preservar as condições básicas de perpetuação da espécie e de manter a ordem e a tranquilidade, indispensável à sobrevivência da humanidade.

Com as recentes descobertas científicas e o espetacular desenvolvimento da tecnologia, aumentaram, por parte do homem, os poderes de domínio sobre a natureza, crescendo, também os perigos de destruição da vida. As atrocidades das guerras mais recentes demonstram, à sociedade, que o crescimento acelerado das ciências e das técnicas não se fez acompanhar de um desenvolvimento paralelo no campo da moral, da ética e do respeito pela vida. A falta de harmonia entre as duas ordens continua existindo, a demonstrar, as incoerências, as contradições inerentes à condição humana.

1. FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. 2. ed., São Paulo: Fundo Editorial BYK Prociencx, 1978.

É que as ciências da natureza, em si mesmas, são neutras para o mundo dos valores. A desintegração do átomo abre perspectivas de salvação ou de destruição total. Cabe à nossa consciência moral e ética saber aplicá-la. Essa decisão pertence ao mundo normativo, vale dizer, ao mundo dos deveres e obrigações. O que "é" e o que "deve ser" são, portanto, as janelas do espírito, em que debruçamos para observar e admirar a realidade.

O médico na sua missão de *prevenir, aliviar, tratar e curar*, está no centro das atividades preservadoras da vida. A sua atividade profissional lida com bens supremos do indivíduo, protegidos pela ordem estatal. Daí a íntima relação entre a Medicina e o Direito.²

O exercício dádivo da medicina, permanece envolvida em uma série de atos que não permitem que se torne exclusivamente privada, pois a vida e a saúde das pessoas são de interesse da coletividade, constituindo com isso bens inalienáveis, e o Estado tem como elemento fundamental a vida e a saúde das pessoas. Com a evolução dos tempos, a falta de legislação disciplinando relacionamento, e a ausência de normas rígidas e regulamentares, que tornem obrigatórios os deveres de um e de outro, não são compatíveis com a realidade social.

O direito médico não pode deixar de estar subordinado à moral médica, na tentativa de uma harmonia, pois se o direito distanciar-se demasiadamente da moral e da ética, iremos criar um positivismo jurídico exagerado que sempre leva a julgamentos impiedosos e a terríveis contradições, os quais não se conciliam com a necessária autonomia da medicina. E a maneira para criar esse fim é justamente a criação de normas, as quais são impostas aos seus membros como forma de obter seus fins necessários. Se criarmos uma legislação específica, dá-se ao médico a capacidade de exercer a profissão em sua plenitude, dentro dos limites da legalidade, estabelecendo, no profissional e na sua ciência, a confiança do indivíduo e da sociedade.

Em situações, como na urgência e na emergência, é que se sente a premente necessidade de certos dispositivos que não deixem dúvidas quanto ao exercício pleno da medicina, pois é ela uma profissão que engloba características das mais diversas, eminentemente pessoais e circunstanciais, que a tornam diferente das demais profissões. É no iminente perigo de vida, que o médico e paciente se encontram mais desprovidos de uma legislação que os ampare. Assim, se um seguidor de uma determinada religião recusa uma transfusão de sangue, quando esse é o único meio de escapar da morte, fica o médico na obrigação de salvar-lhe a vida, enquanto o paciente sente-se no direito de salvar a alma. Uma profissão que penetra na intimidade da vida do indivíduo e se estende à coletividade, necessita de um grande apoio jurídico que lhe dê segurança e garantia no exercício de sua atividade.

Assim sendo, a vida e a saúde como bens mais nobres e mais protegidos, e existindo apenas legislação esparsa nos diversos códigos, leis e decretos regulamentando o exercício profissional médico e o comportamento dos indivíduos ante a medicina, sente-se a necessidade da criação de um Direito Médico, autônomo e independente.

2. BURETY, Tarciso, *Op. cit.*, p. XVI.

"Durante muitos séculos, a medicina esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios de Deus a saúde e a morte. Neste contexto, não se responsabilizava o médico que apenas participava de um ritual, talvez inútil, mas dependentemente da vontade Divina. O médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência, médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O ato do médico se resumia na relação entre uma confiança e uma consciência".³ As circunstâncias atuais estão mudadas. As relações sociais se massificaram e intensificaram, distanciando o médico do cliente. A própria denominação dos sujeitos da relação foi alterada, passando para usuário e prestador de serviços, tudo visto sobre uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais e fictícios e mais exigente quanto aos resultados.

Às portas do novo milênio, a medicina, como ciência, surpreende, maravilha, encanta e realiza o inimaginável, diminuindo o sofrimento, curando ou prolongando a vida. Conhecimentos crescem em progressão geométrica e a obsolência ocorre em anos, não mais em décadas.

Por outro lado, o espetacular desenvolvimento da ciência que determinou o aumento de recursos tecnológicos, que foi colocado à disposição do profissional; com eles cresceram as oportunidades de diagnóstico e tratamento e, conseqüentemente, os riscos. A eficácia é o que caracteriza a medicina moderna para a quase totalidade das pessoas que têm acesso a essa medicina moderna.

As expectativas do doente se ampliaram: a seguridade social estendeu o uso dos serviços médicos. E o doente que também é um segurado, confunde facilmente o direito à seguridade com o direito a cura; se esta não ocorre, logo se suspeita de um erro médico.

Acrescenta-se a isso a disposição da mídia de escandalizar o infortúnio, e facilmente encontraremos a explicação para o incremento do número de reclamações judiciais versando sobre o nosso tema. Essas ações são facilitadas porque não dependem da quebra de uma relação de respeito e afeto que existia com o médico da família, pois muitas das vezes hoje o reclamante não teve relação com o médico, ou a teve muito superficial.

A missão do médico é salvaguardar a saúde das pessoas. Seu conhecimento e sua consciência são dedicados ao cumprimento desta missão.

A Declaração de Genebra, da Associação Médica Mundial, impõe uma obrigação ao médico, por intermédio da frase a "*saúde do meu paciente será minha primeira consideração*", e o Código de Ética Médica declara que "*quando estiver prestando cuidados médicos que possam ter o efeito de enfraquecer a condição física e mental do paciente, um médico agirá somente no interesse do paciente*".

A condição peculiar do médico, ao cuidar do ser humano, exige não só profundos conhecimentos científicos mas também uma visão certa e humana. Na combinação dessa dupla exigência a profissão médica revela também o seu caráter artístico. Impõe-se entender o que o médico faz pelo doente como também o que ele deixa de fazer, e,

3. REALE, Miguel, *Código de Ética Médica*. RT 503/47.

muito mais do que isso, a maneira como é feito. Não fosse essa complexidade suficiente para dificultar a localização do acerto ou do erro, há de se considerar o reverso da medalha quando se lembra da resposta biológica do organismo ao desequilíbrio de sua ecologia pela doença complementada pelo psiquismo do paciente, a colaborar, voluntariamente ou involuntariamente, na evolução do processo patológico. Nesse contexto é difícil estabelecer a verdade, o certo, o errado, e muito mais, o que ocorreu de errado, para se poder encontrar o erro médico e imputar culpa àquele que fez o juramento de Hipócrates, escrito há mais de 2.500 anos, por esse notável homem que arrancou dos deuses a arte de curar e a entregou aos homens.

A medicina, arte de curar, profissão de amor e respeito ao ser humano, santuário de afeto e compaixão pela dor alheia, receptáculo das grandezas de espírito, divina força dos que buscam mitigar os seus males e altar da fé daqueles que a exercem, vem perdendo a sua altivez e a aureolar seriedade que sempre a envolveu mergulhando no fosso nocivo da incompetência. A altura atingida pelo trabalho, competente e diligente, realizado com o carinho que suas ações exigem, deu ao clínico MIGUEL COUTO condições e autoridade para afirmar: *A medicina é a mais nobre das profissões, se ela decair, é porque os seus cultores enfraquecem.*

O Médico Perante a Justiça

A atitude do médico perante a Justiça é bastante curiosa, pois ao mesmo tempo que demonstra uma atitude de superioridade, por outro lado essa superioridade cai por terra devido a sua ingenuidade, e no condicionamento durante o período acadêmico onde são treinados para acreditar.

Os médicos, na maioria das vezes, sentem-se em posição de superioridade com relação aos leigos em medicina, incluindo advogados, magistrados e promotores. Ele parte do pressuposto, parcialmente válido, que, de medicina entende ele, e que não cabe a outrem avaliar o aspecto técnico de suas ações ou omissões.

Por exemplo, diante de uma nomeação como perito, para avaliar o procedimento de seu colega, se recusa terminantemente, ou pior, como réu, num processo judicial sobre erro médico, as primeiras reações soem ser, sucessivamente, de susto e de indignação. Afinal, estudei durante tantos anos, dei inúmeros plantões, para ter de dar informações a um advogado, que nada entende sobre assuntos médicos?! – brada o profissional furioso.

Os aspectos técnicos da atuação médica são do conhecimento especializado dos profissionais de medicina. Mas, o resultado da aplicação das técnicas médicas interessa aos seus pacientes, a sociedade em geral, a quem o profissional tem o dever moral, ético e legal de prestar contas.

Essa primeira atitude, entretanto, de raiva e indignação esconde dois fatos muito freqüentes atestados por nós: 1. desconhecimento dos mecanismos da Justiça, em função dos quais toda pessoa especializada pode ser chamada a realizar uma perícia ou até mesmo depor, no interesse da sociedade, bem como ser lícito a quem quer que seja acusar alguém de ter cometido um ato ilícito; 2. insegurança, dando ensejo ao medo, na suposição de que uma simples acusação terá conseqüências funestas.

A mídia tem favorecido esse tipo de comportamento; os meios de comunicação têm divulgado erros, faltas e até crimes de médicos, de forma sensacionalista, criando um sentimento negativo, por parte da população, baseado na idéia de que existe uma "máfia de branco", que só deseja enriquecer à margem de qualquer preocupação ética ou de respeito à lei.

É bem verdade que alguns advogados e juristas, desconhecendo não só as regras técnicas da prática da medicina, mas também os padrões de moral, da ética e de civilidade, destratam os profissionais, testemunhas, indiciados ou réus, colocando-os na situação de culpados, antes que se produzam qualquer prova decisiva sobre o fato que se pretende esclarecer, se colocando em poder de superioridade, como se fossem os donos da verdade.

Os interesses econômicos de seguradoras e dos meios de comunicação estão diretamente interessados na deterioração do relacionamento médico-paciente, como meio de estimular a reivindicação do ressarcimento por "erro médico", visando à instituição do assim chamado "seguro médico", como já ocorre em outros países, pago pelo médico e pelo paciente, que cobriria com indenizações os eventuais danos resultantes de insucessos na terapêutica.

Com tudo isso, se forma um círculo vicioso de desconfiança mútua, no qual os médicos, a Justiça e a população em geral envenenam o seu relacionamento, para prejuízo de toda a humanidade.

Reflexos dos Estados Unidos e outros Países no Brasil

Existem seguros indícios de que processos indenizatórios contra médicos mantenham-se em crescimento geométrico nos próximos anos, o que já se observa em alguns estados brasileiros. Os interesses econômicos em jogo são múltiplos, envolvendo poderosas companhias de seguros que se utilizam inclusive de campanhas publicitárias, mostrando a absoluta necessidade de cobertura securitária a todo o médico profissionalmente ativo. A influência exercida sobre o Brasil neste aspecto é evidente e suas conseqüências, estamos iniciando a experimentar.

Em alguns estados americanos, os processos indenizatórios contra médicos cresceram em 600% nos últimos cinco anos. Hoje é uma "indústria" que ocupa inúmeras pessoas, particularmente advogados "especialistas", muito atentos em bem informar sua enorme clientela em potencial, ou seja, todo paciente que consulta um médico ou se submete a qualquer tipo de procedimento. Qualquer complicação relacionada com o ato médico e, principalmente, quando passível de comprovação de negligência, imperícia, imprudência, erro ou dolo, torna-se enquadrável na teoria da responsabilidade civil em que o médico constitui a presa fácil.

A legislação específica nos Estados Unidos está consideravelmente avançada. Nos 28 estados americanos que aprovaram a *tort reform*, onde foi introduzida uma série de modificações na lei, uma das quais limitam em US\$ 500 mil dólares a responsabilidade do médico, antes arbitrada em milhões de dólares. Em 1995, nos EUA, houve 3.813 ações contra médicos que tiveram como conseqüência restrições à prática da medicina, segundo a Federação dos Conselhos Estaduais de Médicos daquele país. Ter acesso aos

nomes e históricos dos médicos processados, era uma questão que preocupava o povo norte-americano, já que, somente os hospitais detinham essa informação. Mas pelo menos no estado americano de Massachusetts, isto não é mais problema. Uma decisão do Governador WILLIAM WELD muda significativamente a relação médico-paciente. Ele promulgou uma lei que permite que os pacientes conheçam o perfil de seus médicos. Neste perfil constam informações sobre erro médico, registros criminais e ações disciplinares, além da formação, certificados médicos e habilitações profissionais. As informações são obtidas através de um telefone de discagem gratuita.

Enfim, não existe no momento, no mundo inteiro outra profissão mais visada pela lei que a medicina, chegando a ser uma das mais difíceis de exercer sob o ponto de vista legal. Já se disse até que o exercício médico estaria seriamente ameaçado pelo risco dos pleitos demandados pelos pacientes. O erro presumido é uma das acusações mais frequentes. Ora os doentes culpam o não-consentimento de uma intervenção, ora o médico é citado ante um tribunal por práticas ilegais, como o aborto, mesmo quando a operação se apresenta dentro das exigências da própria lei. Na prática, vem se imputando uma impressionante variedade de erros profissionais, tais como: exame superficial do paciente e conseqüente diagnóstico falso; operações prematuras; omissão de tratamento ou retardamento na transferência para outro especialista; descuido nas transfusões de sangue ou anestésias; empregos de métodos e condutas antiquados e incorretos, prescrições incorretas; abandono do paciente; negligência pós-operatória; omissão de instrução necessária aos doentes, receita ilegível, atestado falso.

Nos países hispano-americanos são mais raros os pleitos contra profissionais da medicina. Na Suécia, essas ações são também excepcionais devido ao respeito tradicional à autoridade e ao alto nível social do médico, impedindo, assim, seja citado diante dos Juizes.

No Japão, os tribunais, já a partir de alguns anos, estão também começando a favorecer de modo excessivo os pacientes.

Na Inglaterra, o aumento dos processos, por negligência médica, é devido a dois fatores, segundo a União de Defesa Médica da Inglaterra: a socialização da medicina, despersonalizando a relação médico-paciente. As duas mais constantes ações legais contra médico são aquelas cujos motivos são negligência e a falta de consentimento.

Na Alemanha se dizia que o médico era uma autoridade indiscutível, porém hoje é considerado um profissional qualquer, que ganha a vida como os demais e deve pagar pelos erros cometidos. Daí o número crescente de demandas. Na Bélgica e na África do Sul comprovou-se também o evidente aumento de lides. No Canadá, o monstro dos pleitos por negligências médicas começa a crescer.

Um dos aspectos que não pode ser esquecido é a mudança do relacionamento entre o médico e o paciente. O laço paternal que existia entre as famílias e os médicos de *cabecreira* transforma-se pouco a pouco numa relação quase impessoal, principalmente nas grandes cidades. Por outro lado, a especialização vai transformando o médico num técnico altamente adestrado e impessoal, que recebe os pacientes transferidos de outros colegas. O Prof. STOLL,⁴ quem afirma: "*Em lugar de velho estilo de cabecreira, o médico de*

hoje em dia parece depender mais de um formidável aparato instrumental, que salva vidas perdidas por seus predecessores. A imagem do pai foi substituída pelo técnico especializado".

Do Ponto de Vista Jurídico

A responsabilidade civil é decorrente da ação humana que tem como pressupostos a existência de uma conduta voluntária, e o dano injusto sofrido pela vítima. Para o que nos interessa, a responsabilidade civil do médico tem como pressupostos: o ato médico, praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo uso social, ou pelo contrato, imputável a título de culpa, causador de um dano.

O médico, assim como qualquer cidadão, é responsável por todo o dano produzido a outrem, quando sua culpa for comprovada.

A culpa, no sentido mais amplo, só existe quando um ato nocivo é produzido por pessoa mentalmente hígida (imputável) e capaz de determinar de acordo com o livre arbítrio.

Se o médico, no exercício de sua profissão, enseja um dano ao paciente, por ele será responsabilizado. Não estamos falando aqui de dolo, que é quando o médico está cometendo um crime como outro qualquer.

O que se deve avaliar com cautela é a existência de negligência, imprudência ou imperícia no desempenho profissional. "*O saber se aprende com os mestres, a sabedoria só com o correr da vida*".⁵

Segundo o art. 159 do Código Civil Brasileiro: *Aquele que, por omissão voluntária, negligência, ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.* O médico que viola um desses deveres pratica uma ação que surge como o primeiro pressuposto de responsabilidade.

A NEGLIGÊNCIA vem do latim *negligere*, que significa desprezar, desatender, não cuidar, desatenção, falta de precaução necessária para executar certos atos e falta de diligência necessária à execução do ato. Nesta razão, a negligência implica em omissão ou inobservância do dever, em realizar determinado procedimento, com as precauções necessárias. A negligência mostra a culpa do agente; IMPRUDÊNCIA é mais que falta de atenção, é a *imprevidência a cerca do mal*, que se deveria prever, porém, não previu; IMPERÍCIA é o que se faz sem o conhecimento da *arte ou técnica*, com o qual deveria se evitar o mal; DOLO é o ato de má-fé, é a vontade do agente em praticar o ato, por alguma maldade ou desvio mental. O agente sabia o risco e quis o resultado: dolo pode ser praticado por ação ou omissão.

A responsabilidade civil, ao contrário da penal, não é apenas individual, mas também de instituições, e se transmite aos herdeiros. Já a responsabilidade penal é pessoal; só pode ser punido quem tenha pessoalmente infringido o Código Penal, aplicando as sanções da lei a mais de uma pessoa, para um mesmo crime quando tenha havido cumplicidade. O que se destaca é que o médico está comprometido com o seu cliente, e com a sociedade, no sentido de proteger a sua saúde; jamais sua atuação poderá se voltar

4. Apud STOLL, S. *Negligência Médica*. In Autor do Livro *Documena Grig*. Tradução Basileia, São Paulo, 1971, p. 4.

5. Cora Coralina - Poetisa Goiana.

contra os que são objetos e objetivo de seu trabalho; não há "espírito de classe" que justifique a omissão do médico, sob pena de cumplicidade, diante de um ato de seu colega, prejudicial à sociedade. Tudo isto é coerente com o espírito do juramento hipocrático, que fazem quando o diploma de médico é concedido.

A relação médico-paciente: a deterioração da relação médico-paciente é responsável por pelo menos 50% dos casos que chegam aos tribunais. Existem os deveres e direitos dos médicos, mas também existem os direitos e obrigações do paciente.

DEVERES E DIREITOS DO PACIENTE: Todo direito implica em obrigação. É muito comum a preocupação em se enfatizar ao direito do paciente esquecendo-se, ao mesmo tempo, alertar sobre suas obrigações. Não há direito que não venha acompanhado de obrigação.

DEVERES DO PACIENTE: a) O paciente recebe orientação por escrito, mas não lê com a devida atenção, omite porque acha difícil ou o faz de maneira errada; b) Outros lêem a bula e acham que a prescrição não foi adequada e que o médico não sabe o seu diagnóstico, tendo em vista que o mesmo não falou o que o paciente gostaria de ouvir, pois acredita estar doente, quando na realidade não está; c) Complementam a medicação por outra, indicada por amigos; d) Desaparecendo os sintomas o paciente suspende o tratamento, por já se considerar curado, não atingindo com isso o tempo necessário para o uso do medicamento; e) Não obedecem aos horários e às dosagens indicadas na receita; f) Não atendem as recomendações; g) Os que dependem do próprio empenho: tabagismo, dieta para diabetes e hipertensos que têm medicamento permanente e não seguem as orientações; h) Pacientes que acham uma desculpa para não aviar a receita. Mudam de médico na esperança de encontrar aquele que fala o que ele deseja ouvir na sua imaginação, por motivos, na maioria das vezes, familiar ou até mesmo social.

DEVERES DO MÉDICO: 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) O paciente tem o direito de receber o melhor da medicina, a mais atualizada, toda a sua competência, de maneira humana e respeitosa. O médico deve proceder uma propedêutica cuidadosa, apesar de toda a tecnologia, lembrando que a clínica é soberana e que o paciente é humano e tem sentimentos; c) Respeitar a vontade do paciente; d) Atender ao doente ou ao 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 condições psicológicas para ouvir ou não a verdade sobre o seu estado de saúde; f) É obrigação do médico informar ao paciente sobre intervenção cirúrgica e quais são as suas possíveis seqüelas e conseqüências; g) Orientar o paciente sobre o uso dos medicamentos e quais as reações que podem ocorrer com o uso dos mesmos, e orientar o procedimento no caso de qualquer reação; h) Não discutir por telefone os problemas dos pacientes, 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 televisão sobre o estado de saúde dos seus pacientes; j) No caso de homem público o hospital emitirá um boletim assinado pelo diretor clínico; l) Jamais quebrar o sigilo médico.

CIRURGIÃO: No caso de cirurgia o médico deve esclarecer o paciente e seus familiares exaustivamente de forma calma, tranquilizadora, demonstrando segurança no seu diagnóstico e a necessidade da cirurgia. Após explicar de forma clara e até mesmo em termos leigos, o médico deve esclarecer quais são os riscos, o tipo de tratamento, a mudança necessária de novos procedimentos no decorrer da cirurgia e suas possíveis complicações, seqüelas que podem ocorrer. Após esclarecer o paciente, o médico deve deixar que o mesmo decida sobre o tratamento recomendado ou a cirurgia proposta.

Todas as vezes que houver qualquer risco, por menor que seja, deve haver o consentimento por escrito do paciente. O consentimento do paciente só é dispensável no caso de emergência. Nunca extirpar qualquer órgão do paciente no decorrer da cirurgia, que do qual o mesmo não tinha conhecimento. Os cirurgiões podem montar uma equipe cirúrgica, pela qual responde o chefe da equipe; tanto pelos atos de outros assistentes, como pelos serviços auxiliares de enfermagem (salvo quando os serviços de enfermagem forem comuns, que neste caso o hospital responderá).

O ginecologista atual enfrenta problemas de ordem moral ligados à contracepção, ao aborto, à esterilização cirúrgica e a fecundação heteróloga; nos serviços de urgência o médico depara com o diagnóstico de morte, nos casos de transplante; o psiquiatra pode se ver na necessidade de responder a questões ligadas à responsabilidade penal e à capacidade civil; o investigador clínico poderá ser interpelado a respeito de um novo medicamento; o cirurgião plástico não está isento de responder civilmente por uma operação cujo resultado não satisfizesse seu cliente, principalmente quando a mesma foge do aspecto curativo procurando satisfazer à vaidade e à sofisticação, onde pode existir uma reação orgânica, tendo em vista o resultado depender muito da pele humana e da expectativa do paciente quanto ao resultado.

No caso do anestesista o mesmo ocupa uma posição muito especial, em razão da autonomia que alcançou a sua especialidade, a fim de determinar a sua responsabilidade. A não ser que o cirurgião expeça ordem contrária ao recomendado pelo anestesista. Porém, se foi o cirurgião que escolheu o anestesista responderá pela culpa *in iligendo*. A responsabilidade do anestesista está no: **DIAGNÓSTICO** - Avaliar o risco do anestésico, dar a devida assistência ao paciente, pré e pós-operatório. **TERAPÊUTICO** - Medicação pré-anestésica ineficaz, omissões durante a aplicação. **TÉCNICA** - Uso de substâncias inadequadas, oxigenação insuficiente, sair de perto do paciente enquanto se encontra anestesiado. O anestesista tem uma obrigação de resultado e não de meio, desde que tenha tido oportunidade de avaliar o paciente antes da intervenção, e concluir pela existência de condições para a anestesia, assumindo a obrigação de anestesiá-lo e recuperá-lo.

Existem diferenças entre o clínico geral e o especialista: o clínico geral responde se deixar de chamar um especialista quando as condições o recomendavam e disso havia possibilidade. Se o clínico cumpre as recomendações do especialista, contratado pelo paciente, não responde pelas conseqüências aí advindas, atribuíveis ao especialista. Se o clínico optar por outra indicação terapêutica, responde pelos danos. Os especialistas respondem por todos os seus atos. A assistência em hospitais públicos não tira a responsabilidade nem do médico e nem mesmo do hospital. A assistência em hospitais públicos e particulares, se o doente é levado a um hospital e este recusa a recebê-lo ou, se retarda ao atendimento, com resultado fatal, por motivos burocráticos, constitui falta por

omissão, que incrimina o médico e o hospital. A ausência de médico de plantão é responsabilidade civil do hospital. O hospital tem duplicidade de seus deveres.

Da Responsabilidade Contratual e Extracontratual

É comum fazer-se na doutrina a distinção entre responsabilidade por violação de obrigação derivada de um negócio jurídico, cujo descumprimento descaracteriza o fato ilícito civil gerador do dano, e a responsabilidade delitual ou extracontratual, que abstrai a existência de um contrato previamente celebrado e decorre de um ato ilícito absoluto, violador das regras de convivência social e causador de um dano injusto. A primeira encontra-se fundamentada no art. 1.056 do Código Civil:⁶ não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos; a segunda, encontra-se no art. 159 do Código civil: aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Apesar de regras legais que lhes atribuem diferentes consequências, a distinção está sendo abandonada pela moderna doutrina, que nela não vê maior utilidade, fazendo residir o fundamento único da responsabilidade civil no contato social.

Caminha-se para um sistema de unificação do sistema. Porém, enquanto não houver a adaptação legal a esses novos princípios, devemos admitir, para o plano expositivo, que a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário. Ela pode ser contratual e extracontratual.

CONTRATUAL: Quando o profissional é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente. Neste caso o autor lesado pelo descumprimento, basta provar a existência do contrato, o fato do inadimplemento e o dano, com nexo de causalidade, o ônus da prova será do médico em demonstrar que no decorrer do tratamento houve uma causa estranha a ele, tendo em vista que usou todos os meios necessários para o bom diagnóstico e tratamento. Caso o médico consiga provar que usou todos os meios, inverterá o ônus da prova, pois nesse caso o cliente que terá de provar que o médico não usou os meios necessários.

EXTRACONTRATUAL: É o médico Servidor Público, onde são obrigados a receber os segurados das instituições de Saúde Pública, bem como o médico contratado por empresa, para prestar assistência médica a seus empregados. Nesses casos o atendimento é obrigatório. O autor deve provar ainda que o médico causador do dano, agiu com negligência ou imperícia, desincumbindo o réu dessa prova. Na prática é o que chamamos de obrigação de resultado ou de meio.

OBRIGAÇÃO DE RESULTADO: O médico se comprometeu a realizar um certo fim, prometeu resultado. Se o médico prometeu resultado, se obrigou ao resultado final, neste caso independe o autor de provar as razões que o médico não chegou ao resultado. Com exceção de caso fortuito ou força maior.

OBRIGAÇÃO DE MEIO: O paciente lesado deverá provar conduta ilícita do obrigado, isto é que o médico não agiu com atenção, diligência ou perícia. A natureza da obrigação médica, quando de caráter negocial, deve determinar o momento do nascimento deste contrato. De acordo com MARIA HELENA DINIZ “o médico que atende a um chamado determina desde logo o nascimento de um contrato com o doente ou com a pessoa que o chamou em benefício do enfermo”. Quando consideramos a responsabilidade dos médicos como de natureza contratual, deve-se analisar se a obrigação que daí decorre é de meio ou de resultado, porque destes conceitos advêm consequências diversas num eventual litígio judicial. Sendo a obrigação de meio, o profissional deve empenhar-se de todas as maneiras, segundo seus conhecimentos técnicos ao seu alcance para atingir um resultado, sem no entanto, ficar vinculado à sua obtenção. Já a obrigação de resultado requer do profissional o alcance de um fim, sem o qual ter-se-á o descumprimento contratual, salvo caso fortuito ou força maior.

O Prontuário como Defesa do Médico

O prontuário médico é o mais importante de todos os documentos, tendo em vista, estar contido no mesmo toda a realidade do acompanhamento do paciente, resultado de exames, indicação de medicamentos, bem como outras informações de suma importância para desvendar a verdade. O prontuário deve ser:

SIGILOSO: Privacidade do paciente. Somente poderá ser fornecido com autorização Judicial. O prontuário médico deve estar sempre atualizado e de preferência com letras em manuscrito, por um período de cinco anos.

DA PRESCRIÇÃO CIVIL: O Código do Consumidor em seu art. 27, estabelece o prazo de cinco anos, a contar da ciência do dano, para prescrição da pretensão à reparação dos danos oriundos de prestação de serviços, pelo princípio de que a lei nova revoga ou derroga, total ou parcial, a lei anterior naquilo que passa a disciplinar (art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, assim a Lei nº 8.078 de 11.09.1990, derogou o art. 177 do Código Civil, no tocante às indenizações decorrentes de erro médico. Assim, o prazo era de 20 anos, para danos pessoais, em se tratando de erro médico, foi reduzido para cinco anos, por se tratar de prestação de serviços. A hipótese é de decadência, pois trata-se de perecimento de direitos subjetivos em via de constituição. Sendo assim, o prazo extintivo é de cinco anos, contados da data do conhecimento do dano e de sua autoria. A prescrição deve sempre ter um prazo razoável para o benefício das próprias partes. O que é verdadeiramente lógico em nossa opinião.

Veja-se, nesse aspecto, as palavras do Prof. VICENTE RAO:

“A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundado na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de PORTA LIS, ‘o homem que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso do seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo às incertezas. Na ordem da natureza só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humani-

6. CAMALLO, Yussel Said (Org.). *Constituição Federal, Código Civil e Código Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 283.

7. Prof. Cláudio do Couto e Silva

*...dado, quer er mudar, através do sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças.*⁸

Conclusão

A melhor prevenção do erro médico é a plena tomada de consciência, por parte do médico, de que ele existe e pode trazer conseqüências sérias para o doente e também para si. Não tenho aqui a pretensão de ter esgotado o tema. Espero sim, ter aberto mais uma janela para que o erro médico seja visto por múltiplas facetas e com o que a magnitude exige. Espero que o assunto traga aos profissionais da medicina a necessidade de rever constantemente o exercício da magnífica profissão que abraçaram, em busca permanente das modificações, advindas de novas verdades, com a constante transformação.

Existem temores de que os tribunais são leigos cientificamente para julgar os feitos médicos com precisão e equidade. A lei não entrava o progresso de nenhuma ciência; ao contrário, ela a ampara e protege. O que realmente compromete o progresso da medicina é a irresponsabilidade médica. Os tribunais não são leigos nem incompetentes; pois quando os juízes avaliam as faltas dos médicos, manifestam-se depois de ouvirem os próprios médicos – os peritos, que são, na verdade, os olhos da lei. Finalmente, embora não haja na medicina a exatidão fria da matemática, sempre existe um critério de previsibilidade, a fim de se afastarem os erros considerados evitáveis. Que os médicos se confortem: “o exercício de sua arte não está em perigo; a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a humanidade não serão comprometidas pela falta de um homem que lhe falhe sob o título de doutor. Não se sacam conclusões e dificilmente se conclui partindo do particular ao geral, e de um fato isolado, a casos que não oferecem nada de semelhante. Cada profissão encerra, em seu meio, homens dos quais se orgulha e outros que ela renega” (*apud* Nerio Rojas, *op. cit.*). É muito importante que o médico dê a devida atenção ao paciente e o trate com humanidade e respeito, ouvindo as suas aflições e os seus anseios, para que com esse ato o paciente ao sair do consultório médico tenha a certeza de que foi bem tratado.

Bibliografias

- AGUIAR, Jr. e ROSADO, Roy. *Responsabilidade Civil do Médico*. In Revista Jurídica, jan/1997, p. 122.
- ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9. ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.
- CAMALI, Yussef Said. *Dano e Indenização. Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- CRAWAUGH, J. *Reformas de leis estaduais impõe limites nos Estados Unidos. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*. 4. ed., Forense, 1996.
- Código Civil Brasileiro

Código Penal Brasileiro

- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 9. ed., Belo Horizonte: Forense, 1994.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *1936 – Direito Médico*. 2. ed., São Paulo: Fundo Editorial BYK-Prociencx, 1978.
- Jornal Abracege, diversos números de 1990/1998.
- JURANDIR, Sebastião. *Responsabilidade Médica Civil Criminal e Ética*. In Associação Médica Brasil. vol. 31, nº 5/6, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL de Justiça do Rio de Janeiro ap. 4.486/93. Rel. Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves.
- KFOURI, Miguel Neto. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- LERSCH, Cristine Shneider. *Revista Consulex*, ano II, nº 13, jan/1998.
- MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Lei*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- REALE, Miguel. *Código de Ética Médica*. São Paulo: RT 503/47.
- REVISTA VEJA. Vários artigos 1990/1999.

Lucia Chaves
Vieta

Especialista em Direito Processual Civil e doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidad del Museo Social Argentino e Universidad do Sul de Santa Catarina, atualmente é professora no Centro Universitário do Triângulo – Uberlândia/MG

8. RAO, Vicente. *O Direito e a Vida do Direito*, vol. I, tomo II, Max Limonad, 1952, p. 428.