

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

LUDIMILA GOMES CAMPOS

SÃO MATEUS – ES
2007

LUDIMILA GOMES CAMPOS

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Samuel Davi Garcia Mendonça.

SÃO MATEUS – ES

Agradeço a Deus por ter me dado força, e em especial a minha família, por ter estado ao meu lado durante esta longa caminhada.

Dedico este trabalho à minha querida família, de quem subtraí horas de convivência em nome de um sonho pessoal, na esperança que um dia ela me compreendesse.

“A defesa é o mais legítimo direito dos homens”

Carlos Bernardo Gonzáles Pecotche

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: ANTECEDENTES	
HISTÓRICOS.....	10
2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA.....	19
3 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL.....	26
4 NATUREZA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	29
4.1 Obrigação de Meio e de Resultado e Características Gerais do	
Contrato Médico-paciente.....	29
5 A CULPA COMO PRESSUPOSTO DO ERRO MÉDICO.....	32
6 DAS CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO	
MÉDICO.....	38
7 ERRO MÉDICO E ERRO DE DIAGNÓSTICO.....	42
7.1 Procedimentos Médicos.....	42
7.2 Erro Médico.....	44
7.2.1 Erro culposo e erro doloso.....	45
7.2.2 Erro escusável e erro inescusável.....	47
7.3 Erro de Diagnóstico.....	49
7.3.1 O atendimento ao paciente.....	57
7.3.1.1 O erro de diagnóstico por informações erradas fornecidas pelo	
próprio paciente – há culpa concorrente?.....	59
7.3.2 Erro de conduta.....	60
7.4 Erro de Tratamento.....	61
7.5 Relação de Causalidade Entre o Erro de Diagnóstico e a	

Responsabilidade Civil do Médico.....	62
8 A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA E DA AÇÃO REPARATÓRIA.....	65
9 CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a sociedade brasileira tem passado por uma revolução de costumes. Com o processo de urbanização e industrialização das grandes cidades, novos empregos surgiram, exigindo profissionais cada vez mais habilitados. A expectativa de vida da população também aumentou, o que se deve, entre outras razões, aos avanços da Ciência Médica. O fenômeno da globalização fez com que os meios de comunicação evoluíssem de tal modo que hoje se pode ter conhecimento imediato de fatos ocorridos em qualquer lugar do mundo.

Dentro desse contexto, surgiu um apelo ao belo e ao saudável como nunca antes visto. As empresas passaram a exigir de seus funcionários, além de excelente qualificação profissional, ótima apresentação e saúde física inabalável; a moda invadiu os lares através da televisão, a qual leva atualmente famílias inteiras a consumirem inúmeras horas de seus dias assistindo programas nos quais se destacam tão-somente pessoas que se enquadram em determinados padrões estéticos e de incontestável saúde física. Assim, a boa aparência e a saúde física passaram a ser requisitos imprescindíveis tanto para uma boa colocação profissional, quanto para uma melhor aceitação social.

Destarte, o culto ao corpo e a luta pela beleza e perpetuação da saúde se transformou numa obsessão, fato este que aliado flagrante falência do sistema de saúde brasileiro, fez surgir uma nova e preocupante realidade: erros médicos cada vez mais freqüentes. A exemplo disto, em entrevista à Revista Veja, o então Presidente da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, Munir Curi, informou que no ano de 1995, cerca de 100.000 cirurgias plásticas foram feitas no país, o que

havia representado um incremento de 100% em relação a média de dez anos atrás.

Sob tal influxo, o número de clínicas estéticas aumentou, elevando igualmente, o número de pacientes que, insatisfeitos com os resultados obtidos com a intervenção cirúrgica a que foram submetidos, buscam alguma maneira de reparar a frustração da expectativa gerada.

Questiona-se, então, acerca da responsabilidade médica no tocante à cirurgia plástica, em face do crescente número de ações judiciais nas quais se busca a reparação por danos sofridos em decorrências de tais cirurgias.

E não é somente isso. Erros médicos os mais diversos têm sido noticiado na mídia. Casos ocorridos pelo mundo a fora, neste País, neste Estado e, como seria óbvio, nesta cidade.

Dessa forma, justifica-se a opção pela feitura da presente monografia, dada a atualidade de seu objeto, bem como a relevância social, técnica e operacional que envolve o tema da juridicalidade do erro médico analisado sobre o prisma específico da responsabilidade civil médica e sua decorrente indenização.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A responsabilidade civil do médico evolui junto com as técnicas e tecnologias empregadas na Medicina, bem como, desenvolve-se de acordo com as legislações vigentes em cada época e sociedade. Desde o início da prática médica, de maneiras diversas, o profissional responde por seus erros e pelas conseqüências deles decorrentes.

O breve histórico a seguir mostrará a relação entre Medicina e Direito, vínculo existente desde as mais antigas codificações elaboradas pelos homens.

É de conhecimento geral das pessoas que, inicialmente, a Medicina era exercida por feiticeiros, magos, curandeiros, sacerdotes, boticários e até mesmo por escravos e barbeiros e, por este motivo, as sanções penais algumas vezes acabavam se confundindo com sanções religiosas.

Nos seus primórdios a prática médica estava invariavelmente relacionada à religião. Assim, o médico era, na maioria das vezes, visto como um mensageiro dos deuses, e, por isto, qualquer ato falho era imediatamente execrado por toda a sociedade, e o médico rigorosamente punido.

Os primeiros traços da responsabilidade civil começam a surgir em um período seguinte no qual passou-se a aceitar a vingança pessoal e a obrigação de indenizar a vítima e seus familiares em pecúnia. Estas primeiras manifestações tinham caráter ao mesmo tempo restitutivo e punitivo, confundindo-se a responsabilidade civil com a responsabilidade penal.

Na seqüência, com o desenvolvimento das sociedades, a responsabilidade civil separou-se da penal, nascendo em decorrência desta divisão 25 primeiras noções de dano individual e de dano social.

O Código de Hammurabi, uma das codificações mais antigas conhecida pela humanidade (2394 a.C.), em seus arts. 215 a 223 elenca um conjunto de regras sobre o médico e o exercício de sua profissão. Assim, sendo a sociedade babilônica dividida em três distintas classes: a classe dos *awilum* composta pelos homens livres, a classe dos *wardum* formada pelos escravos e *amtum* pelas escravas, e a classe dos *muskênum* que formava um grupo intermediário entre as duas outras classes, os médicos deveriam observar condutas e ser punidos, em caso de falha no tratamento, de acordo com o dano causado e conforme classe a que pertencia o seu paciente.

Desta forma, os arts. 215 a 217 versavam sobre a remuneração e as intervenções cirúrgicas, sendo os honorários também variáveis de acordo com a condição social do enfermo (quanto melhor fosse sua condição social, maior deveria ser a sua gratificação).

Já os arts. 218 a 223 informavam os procedimentos a serem adotados em caso de erro médico, ou ainda em caso de insucesso das intervenções. Assim como os honorários, as penas variavam de acordo com a classe social do paciente lesado.

As punições previstas no Código de Hammurabi eram detalhadas e aplicadas aos médicos que por erro cometessem lesões corporais ou provocassem a morte de seus pacientes. Na mesma linha seguiu o Código de Manu, editado dez séculos depois na Índia, determinando regras básicas de conduta médica que deveriam ser rigorosamente observadas por todos os médicos da região.

No Egito os médicos já a esta época gozam de grande prestígio social, pois suas funções muitas vezes confundiam-se com funções sacerdotais. Ainda

assim havia um livro que trazia regras básicas que deveriam ser respeitadas por estes profissionais e que determinava punições apenas em casos de desobediência ao preconizado no livro.

Na Roma antiga (452 a.C.) as funções do médico tinham caráter servil, e seus erros eram punidos de acordo com o disposto na Lei das XII Tábuas. Foi a Lei Aquília Romana (287 a.C.) que trouxe as primeiras noções romanas da responsabilidade civil do médico, prevendo penas pecuniárias para os danos causados por aqueles profissionais. A situação dos médicos começou a mudar apenas no ano de 27 a.C. (Império de Augusto), ano em que a profissão alcançou relativo prestígio, passando a relação médico-paciente a ser vista como um contrato consensual de arrendamento de serviços.

Na Grécia do século VI a.C. eram, em regra, as divindades que cuidavam da profissão médica. Esculápio, deus greco-romano, era o conselheiro dos médicos e aparecia aos doentes sempre à noite, momento em que os curava ou lhes revelava o tratamento mais adequado.

Mas não eram só deuses que cuidavam da profissão e dos enfermos. Em 460 a.C., nasceu Hipócrates que entregou a arte de curar aos homens. Hipócrates é o autor do juramento, adotado em nossos dias pelos formandos e profissionais de Medicina, e que traz as regras de moralidade da profissão¹.

¹ **Juramento de Hipócrates:** "Juro por Apólo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea e ponho por testemunho todos os deuses e todas as deusas, cumprir segundo minhas possibilidades e razão o seguinte juramento: Estimarei como meus pais aquele que me ensinou esta arte, farei a vida comum com ele e se necessário, dividirei com ele os meus bens; considerarei os seus filhos como meus irmãos e ensinar-lhes-ei esta arte sem retribuição nem promessa escrita. Comunicarei os princípios, lições e todo o resto do ensino a meus filhos, dos mestres que me ensinaram, aos discípulos regularmente inscritos e jurados segundo regulamentos, mas nada mais. Aplicarei os medicamentos para o bem dos doentes segundo o meu saber e nunca para seu mal. Não darei um remédio mortal ou um conselho que o leve à sua morte. Tão-pouco darei a uma mulher um pessário que possa destruir a vida do feto. Conservarei pura a minha vida e a minha arte. Não extrairei um cálculo, deixarei esta operação a quem souber praticar a cirurgia. Em qualquer casa onde entre o farei para bem dos doentes, evitando todo mal voluntário e toda a corrupção,

No século VI viveu o médico judeu Asaph que, após vários estudos concluiu e defendeu que a Medicina destinava-se apenas aos homens de elevado caráter. O médico só estaria pronto para exercer suas atividades profissionais no momento em que se declarasse sabedor de todo conhecimento disponível.

No ano de 1170, Maimónides tornou-se médico e chefe espiritual da comunidade judaica e acabou por elaborar um código que, em seus 613 artigos, relacionava diversos aspectos da Medicina judaica. Assim, quando um médico fracassava, a penalidade era a prisão, o açoite ou a morte (era aplicada a pena de talião: "olho por olho, dente por dente"). A oração que leva o nome deste médico judeu reflete a preocupação em se evitar o erro e aprender com a sua ocorrência.

Os médicos, pelo que a História relata, eram severamente punidos por seus erros, causando, constantemente, o descrédito da profissão. Estes profissionais apenas começaram a ser protegidos a partir do século XII.

O Direito Canônico, séculos XIII a XVII, também exerceu forte influência sobre a responsabilidade civil do médico. Para a condenação do profissional médico eram exigidas provas concretas das falhas e exames médico-legais minuciosos dos fatos.

Foi no século XIV, no ano de 1335, por um edito do rei francês Jean I, que a prática médica tornou-se restrita aos graduados em universidades.

Na mesma linha do Direito Canônico, foi promulgado em 1532 o Código Criminal Carolino de Carlos V (no Império Germânico) que exigia pareceres e

abstendo-me do prazer do amor com mulheres ou homens, livres ou escravos. Tudo o que vir e ouvir no exercício de minha profissão e no comércio da vida comum e que não deva ser divulgado conservar-se-á como segredo. Se cumprir integralmente este juramento, que possa gozar a minha vida e a minha arte e desfrutar da glória entre os homens. Se quebrar este juramento, que me suceda o contrário".

exames de profissionais relacionados à área da saúde para que se pudesse julgar e condenar um médico.

Na Idade Média os médicos passaram a ter participação na elaboração das legislações relacionadas à responsabilidade civil médica, constando no corpo destas leis descrições anatômicas de ferimentos e valores das indenizações calculadas de acordo com a gravidade e localização das lesões.

Foi no século XVIII que se passou a diferenciar as falhas decorrentes de imperícia, imprudência e negligência, dos erros originados da falta de recursos tecnológicos, o que acabou por gerar muitas pesquisas e avanços na área da Medicina.

Na França de 1829, foi proclamada pela Academia de Medicina de Paris a responsabilidade moral dos médicos, o que acarretou grandes mudanças na doutrina e na jurisprudência relativas à responsabilidade civil médica.

Tem-se, portanto, que, na modernidade, foi o Direito francês o grande influenciador das noções de responsabilidade civil do médico. Em 1832 o parecer² do Procurador-Geral Dupin determinou que todos os atos médicos que causassem danos a seus pacientes em decorrência de imprudência, ignorância

² FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 4. ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 1987, p. 193-194. Diz o parecer: "O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional é necessário que haja cometido uma falta neste ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão. Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção: basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis".

Ao final afirma Dupin: "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 falhe sob o título de doutor. Não se tiram 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 ela se orgulha e outros que ela renega".

de regras básicas da profissão ou negligência deveriam ser submetidos à apreciação dos Tribunais.

Mas a principal herança deixada pelo Direito Civil Francês foi a configuração do exercício da Medicina como uma obrigação contratual *sui generis*, conforme decisão da Corte de Cassação Francesa datada de 20.05.36.

As mudanças mais significativas no instituto da responsabilidade civil do médico aconteceram neste século. Constata-se a cada década um grande aumento das ações indenizatórias e reparatorias, e mudanças drásticas das regras médicas e do instituto em análise, buscando-se sempre o equilíbrio entre a prevenção, a indenização e os direitos individuais e coletivos.

Apenas em 1948, o juramento de Hipócrates foi adaptado aos dias atuais pela Convenção de Genebra, tornando-se a partir deste momento a oração a ser recitada pelos futuros médicos em suas colações de grau³.

No Brasil a primeira faculdade de Medicina foi fundada por D. João VI em 1808 na Bahia. A segunda foi fundada no Rio de Janeiro, e a terceira no Rio Grande do Sul. Durante cem anos, estas foram as únicas escolas médicas existentes no Brasil; hoje este número já chega a 86. O Brasil produz por ano cerca de 8.200 médicos, sendo que apenas 5.000 serão absorvidos pelo mercado, o restante acaba ingressando no mercado de trabalho sem ao menos passar por cursos de especialização. O exemplo mais recente deste quadro foi o

³ **Juramento de Hipócrates atualizado:** "No momento de ser admitido entre os membros da profissão médica, tomo o compromisso solene de consagrar a minha vida ao serviço da humanidade. Manterei perante os meus mestres o respeito e o conhecimento que lhes são devidos. Exercerei a minha arte com consciência e dignidade. Considerarei a saúde do meu doente como minha primeira preocupação. Respeitarei o segredo que me foi confiado. Manterei com toda a possibilidade dos meios de que disponha, a honra e as nobres tradições da profissão médica. Os meus colegas serão meus irmãos. Não permitirei que considerações de religião, de nação, de raça, partido social venham interpor-se entre o meu dever e o meu doente. Guardarei respeito absoluto pela vida humana desde a concepção, mesmo perante ameaças não admitirei fazer uso dos meus conhecimentos médicos contra as leis da humanidade. Faço solenemente estas promessas, livremente, sob palavra de honra".

caso ocorrido no Mato Grosso do Sul, o qual o Dr. Alberto Jorge Rondon de Oliveira sem possuir qualquer tipo de especialização em cirurgia plástica, operou mais de 56 mulheres causando-lhes danos estéticos e morais irreparáveis⁴.

Foi apenas em 1932 que o Brasil normatizou a conduta médica, passando a fiscalizá-la. Desde então são os médicos brasileiros obrigados a observar não apenas normas éticas e morais bem como normas jurídicas a sua profissão inerentes.

Cumprindo a sua obrigação de regular e fiscalizar a profissão, o legislador brasileiro editou, em 11.01/32, o Decreto 20.981. Em 13.09.45, o Dec.-lei 7.955 instituiu os Conselhos de Medicina, que acabaram por ser regulamentados pela Lei 3.268 de 30.09.57. O regulamento interno do Conselho Federal de Medicina e dos Conselhos Regionais foi aprovado pelo Decreto 44.045 de 19.07.58.

É importante aqui, dizer que o sistema legal brasileiro possui uma ordem hierarquizada entre os diplomas jurídicos, sendo estes escalonados em importância e força cogente. Situada no topo de todas as leis está a Constituição Federal, devendo todas as demais normas respeitarem o que nela está contido, não podendo nelas haver qualquer determinação em contrário. O erro médico é tratado por diversos diplomas brasileiros como, por exemplo: art. 37, § 6º, XXI da Constituição Federal; art. 11 do Dec.-lei 20.931/32 de 11.01.32; arts. 159, 1.521 e 1.545 do Código Civil Brasileiro (arts. 186, 932, 933 e 951 do Novo Código Civil⁵); arts. 18 e 129 do Código Penal; art. 29 do Código de Ética Médica, entre diversos outros que podem ser invocados.

⁴ CELIA, Vanda. "Em Busca de Justiça". **Revista Época**. 10.05.99, p. 91.

⁵ O Novo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406 de 10.01.02) entrará em vigor em janeiro de 2003. Embora o ramo da responsabilidade civil precise de uma legislação mais precisa e detalhada, o Novo Código Civil não traz grandes novidades ou alterações sobre o tema.

O que se pode perceber é que independente da fase em que se encontram Medicina e Direito sempre andaram juntos a serviço da humanidade, preocupando-se com os erros médicos irreparáveis e a justa remuneração do profissional. A evolução da sociedade e os avanços tecnológicos fizeram que as exigências sobre os médicos e sua profissão crescessem, reivindicando-se desta maneira, maior eficiência no atendimento ao paciente.

Embora ambas, Medicina e Direito, devam respeitar princípios rígidos de moral, os maus profissionais e o descaso com a saúde pública fazem que falhas gravíssimas tornem-se cada vez mais freqüentes. Cabe ao Direito fazer que os médicos não se esqueçam do Juramento feito nas suas colações de grau, das regras éticas e morais da profissão e das normas civis e penais no sistema jurídico brasileiro existentes.

O Direito nada mais é do que o espelho da evolução moral da sociedade, e a Medicina nada mais é do que a arte de curar, apoiada pela evolução tecnológica e científica de cada época. Sendo assim, cabe "[...] ao Direito a obrigação de regular aquela profissão e responsabilizar e/ou penalizar os profissionais, neste caso, médicos que, por imprudência, Imperícia ou negligência, ou dolo, vierem a causar danos ou prejuízos aos seus pacientes no exercício de sua profissão."⁶

Atualmente, em pleno final do século XX, o instituto da responsabilidade civil médica ainda encontra-se em constante transformação devendo corresponder às necessidades de cada sociedade e às suas inovações

⁶ ROMANELLO NETO, Jerônimo. p. 7.

tecnológicas. Assim citou Giostri⁷: "[...] O instituto da responsabilidade civil, conclui o citado autor (André Tunc), encontra-se em um estado de 'crise': num momento quando ocupa uma importância sem precedentes ele está, também, cercado e penetrado por instituições outras que modificam profundamente suas funções tradicionais, questionando-as, bem como ao seu campo de ação."

A evolução da responsabilidade civil médica não foi rápida e muito menos ordenada, constituindo-se, portanto, em um instituto complexo e mutante. O que se pretende neste capítulo não é detalhar o instituto em tela, mas apenas invocar noções gerais da responsabilidade civil que serão essenciais para a correta compreensão do tema título deste trabalho.

⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. "Obrigação de Meio de Resultado na Responsabilidade Civil do Médico". Curitiba, 1996. 237p. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. Monografia. Universidade Federal do Paraná. p. 32.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

A responsabilidade civil evoluiu junto com as sociedades e com o direito. Desta forma, para os doutrinadores clássicos, a responsabilidade civil tem um conceito restrito relacionado intimamente com o conceito de culpa *lato sensu*.

Repensando o instituto, autores como Josserand, H. de Page e Saleilles acabaram por aproximar a idéia de responsabilidade civil aos resultados causados pelo ato comissivo ou omissivo e ilícito, afastando-o, desta maneira, de seu fundamento clássico. O instituto acabou ganhando um caráter secundário, passando a pressupor uma relação entre dois ou mais sujeitos, que se resolve numa obrigação de reparação quer por existência de culpa, quer por existência de uma norma legal.

Hoje, a grande maioria da doutrina e da jurisprudência, entende como sendo responsabilidade civil a obrigação de reparar um prejuízo decorrente de culpa ou de imposição legal, oposta ao indivíduo que ao dano deu causa. Afirma Giostri⁸:

[...] Como conceito, entende-se que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a outrem, apresentando-se como relação obrigacional cujo objeto é a prestação de ressarcimento. Decorre de fato ilícito, praticado pelo agente responsável (fato próprio), ou por pessoa por quem ele responde (fato de terceiro), ou por alguma coisa a ele pertencente (fato da coisa), ou de simples imposição legal (responsabilidade objetiva) [...].

Pode-se questionar qual seria o interesse da sociedade em ver os danos reparados? A resposta é muito simples. Preocupa-se fundamentalmente

⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. p. 44.

em tentar restabelecer o equilíbrio patrimonial e moral abalado pelo ato ilícito, preservando-se, desta maneira, a paz social.

São inúmeras as classificações da responsabilidade que variam de acordo com o fundamento que lhe serve de sustentação. Citar-se-á apenas os que ainda persistem em nossa legislação e doutrina, começando por se distinguir a responsabilidade moral, penal, civil e administrativa ou disciplinar.

A responsabilidade moral é estranha ao Direito. Fundamenta-se na noção de pecado, condenando o agente sem se preocupar com o resultado. O Estado não tem poder coercitivo para fazer que o agente repare esta espécie de dano. Pode acontecer, no entanto, de o agente se sentir obrigado a restaurar os prejuízos apenas por sua consciência ou por suas convicções religiosas.

A responsabilidade administrativa ou disciplinar é aquela decorrente de falta à regra ética inerente a uma profissão. A não-observância destes deveres morais pode acarretar sanção administrativa e/ou disciplinar prevista e1J1lei regulamentadora da profissão. Cita-se como exemplo o Código de Ética Médica (Resolução 1.246 de 26.01.1988 do CFM), o Código de Processo Ético-Profissional e o Código Internacional de Ética Médica, que trazem normas de comportamento relativas ao exercício da Medicina.

A responsabilidade civil e a penal são decorrentes do mesmo fundamento, qual seja, culpa *lato sensu* (dolo, imprudência, negligência e imperícia) e, embora ontologicamente idênticas, diferenciam-se em seus efeitos. Enquanto o Direito Civil procura restabelecer o estado das coisas antes da ocorrência do fato, o Direito Penal busca a manutenção da ordem social, punindo o agente nos casos em lei expressamente previstos. A responsabilidade civil preocupa-se com o prejuízo patrimonial resultante do ato ilícito; a penal, com a

paz social. Na penal a pena cominada deve ser proporcional à gravidade da infração e à responsabilidade do infrator. Na civil esta proporção se dá analisando-se a extensão do dano causado e o grau de culpa do agente. São institutos que não se confundem (CC, art. 1.525 - art. 935 do Novo Código Civil⁹), embora a sentença do juiz criminal possa influenciar a do juiz cível como será visto posteriormente.

São três as teorias que fundamentam a responsabilidade civil: a Teoria Subjetiva, a Teoria Objetiva e a Teoria do Risco Exacerbado.

A Teoria Subjetiva fundamenta-se na culpa *lato sensu*, ou seja, configura-se com o dolo (vontade dirigida à prática do dano) ou com culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia). Cabe ao lesado comprovar a existência da ação ou da omissão que causou o dano moral e/ou patrimonial.

Deve aqui ser esclarecido que, se o agente causador do dano¹⁰ agiu em legítima defesa, estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever legal, não há, salvo algumas exceções, que se falar em responsabilidade por ato ilícito ou obrigação de indenizar. Assim, por exemplo, quando o médico, mesmo sem ter autorização, faz uma cirurgia de emergência para salvar a vida do paciente, em regra, não se pode falar em lesão corporal ou em qualquer forma de indenização.

⁹ **Art. 1.525, CC.** A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

Art. 935 do Novo Código Civil. A responsabilidade civil é independente da criminal não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

¹⁰ **GIOSTRI assim define o dano:** "é sinônimo de perda, alteração negativa, malefício, infelicidade ou adversidade suportado pela pessoa ou coisa, resultante de uma ação nociva". Ob. cit., p. 43.

A responsabilidade civil do médico está, em regra, nesta teoria fundamentada (CC, art. 1.545 - art. 951 do Novo Código Civil¹¹), e como o ônus da prova, salvo a inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor, cabe ao paciente, muitas vítimas desistem de propor a ação por dificuldades em conseguir documentos (prontuários, fichas de internamento etc.) e testemunhas que possam atestar a existência do ato falho.

Destacam-se a seguir os elementos constitutivos da responsabilidade civil subjetiva: dano, culpa *lato sensu* do agente e nexo de causalidade entre o dano e o ato falho.

Todo aquele que, praticando uma ação ou omitindo-se de praticá-la, infringir um dever legal tem como obrigação o dever de reparar o prejuízo que causou. Ato ilícito é, portanto, violação do direito (absoluto ou relativo) ou dano causado a outrem por dolo ou por culpa, configurando-se como causa geradora da obrigação de reparar. O dano deve ser certo e exigível, podendo ser presente ou haver mero potencial de ser produzido. Não sendo comprovada a sua existência, não se pode falar em dever de reparar ou direito a ser ressarcido.

A responsabilidade do agente pode tanto ser resultante de dolo (vontade dirigida à prática do evento danoso), como pode ser resultante da negligência, imprudência ou imperícia, institutos que serão posteriormente melhor

¹¹ **Art. 1.545, CC.** Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são brigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

Este artigo deixa de existir no Novo Código Civil que estende a responsabilidade civil subjetiva a todos aqueles que, no exercício de atividade profissional, causarem dano ao paciente. O Novo Código Civil, neste ponto, apenas se "adequou" à jurisprudência brasileira que já estendia a responsabilidade civil subjetiva por danos causados aos pacientes, aos anestesistas, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, entre outros.

Art. 951 do Novo Código Civil. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-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-la para o trabalho.

analisados. É importante salientar que o dano deve ser imputável ao autor; não se podendo identificar o causador do dano, não se tem de quem exigir a reparação.

Para haver o direito ao ressarcimento, ainda é preciso que se demonstre que o dano sofrido está intimamente relacionado à prática do ato omissivo ou comissivo, ou seja, deve ficar clara a existência do nexo de causalidade entre um e outro. Esta relação se dá de tal maneira que o dano reste configurado como conseqüência, ou possível conseqüência, do ato falho.

A Teoria Objetiva teve origem com o impulso desenvolvimentista dado pela Revolução Industrial. Afirma Caio Mário que, neste tipo de responsabilidade, subsiste o conceito genérico de culpa, mas distancia-se da teoria subjetiva no que diz respeito ao *onus probandi*, o que leva H. de Page¹² a concluir que "*a mais mínima culpa é bastante para gerar a responsabilidade*". Baseia-se, portanto, na responsabilidade de reparar os danos independente da comprovação de existência da culpa do agente. Nesta teoria o ônus da prova é invertido, ou seja, quem deve provar que não há nexo de causalidade entre o dano e o ato ilícito ou que houve culpa exclusiva da vítima é o requerido. Foi em nosso ordenamento, consagrada pelo art. 37, § 6º da CF¹³. É em nosso ordenamento prevista apenas em situações específicas como, por exemplo, arts. 1.519¹⁴; 1.520, parágrafo

¹² H. de PAGE, citado por PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997, p. 30.

¹³ **Art. 37, da CF.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art. 43 do Novo Código Civil. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte deles, culpa ou dolo.

¹⁴ **Art. 1.519, CC.** Se o dono da coisa, no caso do art. 160, n. II, não for culpado do perigo, assistirá-lhes-á a direito à indenização do prejuízo, que sofreu.

único¹⁵; 1.528¹⁶ e 1.529¹⁷ todos do Código Civil (arts. 43, 929, 930, 937 e 938 do Novo Código Civil).

É com base nesta teoria que, por exemplo, cidadãos que se sintam lesados por algum serviço falho da Administração Pública contra ela ingressem em juízo pedindo ressarcimento pelos prejuízos causados. Assim, uma pessoa que tropeça em buraco existente em calçada pública por falta de manutenção e sofre algumas lesões, pode ingressar em juízo com uma ação de reparação de danos, inclusive podendo cumular os danos patrimoniais com os morais.

A Teoria Objetiva ainda pode ser, em determinados casos, informada pela Teoria do Risco na qual a responsabilidade é consequência do exercício de atividade perigosa. Havendo dano decorrente desta atividade, basta que o lesado o demonstre, não sendo obrigado a demonstrar o nexo de causalidade nem a culpa do agente. Conclui-se que há um risco determinando a noção de dano.

Em resumo, pode-se dizer que a responsabilidade subjetiva tem por fundamento a existência da culpa em sentido lato. Deve ser lembrado que o fato gerador do dano deve ser imputável ao autor.

Art. 929 do Novo Código Civil. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa no caso do inc. II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

¹⁵ **Art. 1.520, CC.** Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, no caso do art. 160, n. II, o autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido o dono da coisa.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se danificou a coisa (art. 160, n. I).

Art. 930 do Novo Código Civil. No caso do inc. II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inc. I).

¹⁶ **Art. 1.528, CC.** O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 937 do Novo Código Civil. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

¹⁷ **Art. 1.529, CC.** Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas, que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Art. 938 do Novo Código Civil. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Na responsabilidade objetiva basta a caracterização do dano, pois é resultante da idéia do "risco-proveito", não sendo necessária a caracterização de culpa. É, portanto, instituto autônomo, não se caracterizando como exceção à responsabilidade subjetiva como afirmam alguns autores.

Assim, conclui H. De Page, a "[...] irresponsabilidade é a regra, a responsabilidade é a exceção¹⁸".

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, p. 30.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Há ainda uma outra classificação da responsabilidade civil que sobrevive às constantes mudanças do instituto: a contratual e a extracontratual.

Embora não haja sentido em diferenciá-las ontologicamente, é importante aqui noticiar a existência de três concepções que tentam distingui-las.

Na concepção unitária ou monista, defendida por uma minoria de doutrinadores, como Lefebure, há uma unidade fundamental entre estas duas responsabilidades, chegando-se ao extremo de se pregar a fusão de ambas. A responsabilidade contratual restaria absorvida pela delitual, pois o dever contratual e o dever legal se identificariam, sendo uniformes os seus efeitos.

A concepção dualista ou clássica trata a culpa contratual como violação de uma cláusula contratual, e a culpa extracontratual como a violação de uma obrigação legal ou ausência de obrigação preexistente. É, esta última, a teoria acolhida pelo Código Civil Brasileiro (mantida pelo Novo Código Civil Brasileiro).

A concepção eclética afirma que há a criação de um *tertium genus* que estabelece a diferença e semelhanças entre as duas modalidades de culpa. Assim a responsabilidade contratual teria, por óbvio, origem no descumprimento de cláusula contratual ou do contrato como um todo, e na responsabilidade extracontratual o vínculo jurídico passa a existir no momento do ato ou fato que provocou o dano, pois não haveria qualquer contrato prévio.

Serpa Lopes e Caio Mário, entre outros, afirmam que ambas têm a mesma natureza de culpa, diferenciando-se apenas em caráter secundário, técnico ou acidental. Assim, na responsabilidade extracontratual, ou aquiliana (no

art. 159, CC e arts. 186 e 187 do Novo Código Civil¹⁹), incumbe ao reclamante o ônus de demonstrar o dano, a infração e o nexo causal. É, portanto, necessário invocar o dever negativo, comprovando-se o comportamento antijurídico e sua repercussão na órbita jurídica do lesado (para a configuração da culpa deve-se perguntar se o autor do dano agiu ou omitiu-se de agir de forma dolosa ou culposa). Deve-se então demonstrar a existência de uma norma de comportamento (dever de não causar dano, de não lesar) e sua conseqüente infração.

Na responsabilidade contratual (art. 1.056, CC e art. 389 do Novo Código Civil²⁰), Inverte-se o ônus da prova, bastando ao credor apenas trazer prova do descumprimento do avençado. Há presunção de contrato preexistente (expresso ou tácito), do dever de adimplir, do dano e do nexo de causalidade, restando ao faltoso apenas a possibilidade de provar que a razão do descumprimento foi lícita ou demonstrar que houve culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior (causas de exclusão da responsabilidade). Há na responsabilidade contratual o princípio da obrigatoriedade e da irreversibilidade unilateral do contrato, uma vez que é dada a liberdade de contratar de acordo com a conveniência de cada contratante e a liberdade de escolher o conteúdo do

¹⁹ **Art. 159, CC.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Art. 186 do Novo Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (grifo nosso).

Art. 187 do Novo Código Civil. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁰ **Art. 1.056, CC.** Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

Art. 389 do Novo Código Civil. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

contrato e o contratante (art. 156 do Novo Código Civil²¹). Ficando comprovada a inadimplência, resta ao inadimplente por ela responder.

Importante aqui informar que a responsabilidade do médico poderá ser resultante tanto de um contrato como de uma infração à norma de comportamento, dependendo da análise e existência dos elementos retro mencionados subsistentes na relação médico-paciente.

De qualquer forma, a responsabilidade e o dever de indenizar apenas estarão configurados quando identificado o autor da lesão e comprovada a existência do dano e o nexos causal, podendo este ser tanto patrimonial como moral.

²¹ **Art. 156 do Novo Código Civil.** Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Este artigo prevê o estado de perigo como defeito do negócio jurídico, o que pode causar a anulação do contrato. Vê-se a importância desse artigo com relação aos contratos médicos, pois, em casos de urgência ou emergência, muitas vezes a família da vítima é obrigada a assinar e caucionar contratos de grande monta (excessivamente onerosos). A partir da entrada em vigor do Novo Código Civil, em janeiro de 2003, será muito mais fácil questionar a validade de tais contratos assinados em circunstâncias de extremo estresse emocional.

4 NATUREZA CONTRATUAL DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

4.1 Obrigação de Meio e de Resultado e Características Gerais do Contrato Médico-Paciente

Os direitos obrigacionais, em linhas gerais, têm por finalidade a prática de uma determinada ação ou omissão (prestação) do devedor. As obrigações decorrentes dos contratos entre médicos e pacientes dividem-se em obrigações de meio e obrigações de resultado.

São obrigações de meio aquelas em que o médico, ao assistir o paciente, obriga-se apenas a empregar de forma diligente todos os meios e recursos disponíveis para a melhor condução do quadro clínico apresentado, sendo irrelevante a verificação do resultado. Nestes casos o ônus da prova é do credor, ou seja, deve o paciente demonstrar que o médico (devedor) agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

As obrigações de resultado são aquelas em que o devedor se compromete a atingir um determinado objetivo, como, por exemplo, cirurgias estéticas rejuvenescedoras, e anestésias. O que importa é o resultado final e não os meios utilizados. Não sendo atingido o resultado, será o médico considerado inadimplente. Aplicam-se a estes casos os princípios da responsabilidade civil objetiva, restando ao devedor demonstrar que não atingiu os objetivos estipulados por total impossibilidade objetiva. Esta modalidade de obrigação está sendo abandonada pela jurisprudência²² brasileira sobre o fundamento de que não se

²² Erro Médico • Anestésista • Desatenção quando da aplicação dos anestésicos • Edema cerebral generalizado e lesão isquêmica devido à anoxia • Síndrome cerebelar com seqüelas irreversíveis • Culpa comprovada • Responsabilidade solidária do nosocômio - Paciente em estado de coma •

pode exigir que o médico seja absolutamente infalível, posição com a qual a autora concorda. Conforme este novo entendimento, toda obrigação médica passa a ser exclusivamente de meio.

A doutrina divide-se ao tentar classificar a modalidade contratual que envolve a relação médico-paciente. Entre as formas mais citadas, estão o mandato, a locação de mão-de-obra ou de serviços, o contrato *sui generis* (inominado ou atípico), o contrato multiforme (proteiforme, variável ou múltiplo), o contrato de trabalho ou, ainda, o contrato de assistência médica.

A autora entende que a forma mais apropriada é a de um contrato *sui generis*, mesmo que não prevista expressamente em lei. Porém, não se quer, neste momento, ingressar no mérito de cada classificação, importando apenas transcrever a posição de Serpa Lopes, citado por Kfoury²³, "[...] de qualquer modo, pouco importa a natureza do contrato que vincula o profissional e seu cliente, pouco importa que se trate de uma responsabilidade contratual ou extracontratual, de qualquer modo, em se tratando de uma obrigação de meios, ao prejudicado é que incumbe o ônus obrigatório da infringência dessas obrigações."

As principais características do contrato médico-paciente são²⁴:

a) a possibilidade de as partes colocarem cláusulas que atendam suas necessidades desde que em observância com o ordenamento jurídico brasileiro (autonomia da vontade das partes);

Alta precocemente permitida • Médico sócio da pessoa jurídica e membro do corpo clínico do hospital • Inversão do ônus da prova • Encargo do qual o profissional não se desincumbiu • Dano estético e moral • Verba única • Pedido genérico • Valores a serem apurados em liquidação de sentença, por artigos • Parcial provimento do recurso adesivo • desprovimento da apelação dos réus e dos agravos retidos pelos mesmos interpostos. (TAPR - Rel.: Juiz Antonio Renato Strapasson - Primeira Câmara Cível - v.u., j. em 07.12.99) - Íntegra do Acórdão no Anexo A - item 87.

²³ KFOURI NETO, Miguel, p. 56.

²⁴ GIOSTRI, Hildegard Taggesell, p. 97-98.

b) pode ser verbal ou escrito, tácito ou expresso, restando efetivado quando as partes passarem a realizar atos que façam presumir a sua existência;

c) em regra, é *intuitu personae*, pois a escolha do médico deriva de ato de confiança;

d) não havendo um resultado predeterminado, pode ser rescindido a qualquer momento desde que não haja prejuízo a qualquer das partes;

e) será, salvo algumas exceções, sinalagmático a título oneroso;

f) tem forma livre e não formal, respeitadas as normas legais;

g) terá por objeto sempre a prática de atos lícitos;

h) será, em regra, contínuo porque necessária a existência de lapso temporal entre o diagnóstico, tratamento e melhora do paciente ou sua cura, havendo dever de reparar caso haja descumprimento.

Por fim, resta dizer que o tipo de responsabilidade civil, a modalidade do contrato, as obrigações dele decorrentes dependerão da análise de cada caso concreto, determinando-se, após este exame, suas conseqüências práticas.

5 A CULPA COMO PRESSUPOSTO DO ERRO MÉDICO

A culpa *lato sensu* é um dos pressupostos obrigatórios para a caracterização da responsabilidade subjetiva do médico. Lembrando sempre que assente a esta idéia, deve-se proceder à apreciação do vínculo que deve existir entre a conduta viciada pela culpa e o dano produzido (nexo causal).

Giostri²⁵ assim explica a culpa

[...] entendida de maneira genérica, vem a ser o fundo animador do ato ilícito, da injúria, da ofensa ou da má conduta imputável. Assim, como requisito do fato lesivo do direito de outrem, assume o papel de elemento específico, favorecendo a passagem para a seara da responsabilidade civil a violação do direito de outrem, causadora do dano. Na culpa, conforme a teoria clássica, podem ser identificados dois elementos: o objetivo - expressado pela iliceidade, pela lesão do direito de outrem - e o subjetivo - representado pelo mau procedimento imputável, ou o fato de prever ou ter podido prever o atentado ao direito de outrem [...].

A culpa *stricto sensu* não se confunde com o dolo. Age culposamente aquele que não observa um dever de cuidado, causando um resultado danoso não querido ou esperado. Age dolosamente aquele que busca diretamente e conscientemente a realização de um fim com intenção de prejudicar direito alheio.

A culpa pode ser consciente, quando o sujeito prevê o resultado, mas espera que este não aconteça ou, inconsciente, quando o sujeito não prevê o resultado embora este fosse previsível.

Delmanto²⁶ gradua a culpa da seguinte maneira

²⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell, p. 56.

²⁶ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Código Penal Comentado. 4. ed. Renovar, 1998, p. 32.

[...] tradicionalmente, a culpa vem graduada em grave, leve ou levíssima, conforme a maior ou menor previsibilidade do resultado e da maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do sujeito. Da culpa levíssima dificilmente pode decorrer a responsabilidade penal, pois inexistente quando o sujeito tomou os cuidados objetivos de que era capaz. Restará, porém, a responsabilidade civil do agente [...].

Em resumo, é grave a culpa quando, embora o autor não quisesse o resultado danoso, comportou-se como se o tivesse querido. Será leve a culpa decorrente de falta de diligência média, ou seja, aquela que um homem normal observaria em sua conduta. E, finalmente, é levíssima a falta resultante de uma conduta que foge aos padrões medianos, mas que seria evitada se houvesse um cuidado especial.

Importante também é noticiar a noção de culpa *in concreto* e *in abstracto*. Naquela há um exame sob o ângulo da negligência, imperícia ou imprudência; nesta compara-se o procedimento do profissional ao do homem normal, pois a reparação do dano nada mais é do que a consequência do grau culpa existente na ação do agente. Portanto, para se determinar, no caso concreto, se o médico agiu ou não com culpa, o melhor é comparar o seu comportamento ao de outro médico colocado frente à mesma situação, fazendo-se, inclusive, um juízo de reprovabilidade daquela conduta danosa.

São três as modalidades de caracterização da culpa médica: negligência, imprudência e imperícia (art. 1.545, CC - art. 951 do Novo Código Civil), rigorosamente observadas pelos juízes brasileiros. Agindo com culpa, independente da modalidade e da gravidade, deverá o médico reparar o dano que provocou.

A negligência (do latim *negligentia*) caracteriza-se por ser um descuido, desleixo, falta de diligência, incúria, desatenção, desídia, falta de cuidado capaz de

determinar a responsabilidade por culpa, omissão daquilo que razoavelmente se faz, falta de observação aos deveres que as circunstâncias exigem.

Assim, são exemplos de negligência, entre outros, esquecer pinça cirúrgica na barriga de um paciente após término de uma cirurgia, proceder a exame superficial, demora de envio a especialista, descaso no pós-operatório, uso de instrumentos contaminados ou não esterelizados, entre outros.

O Código de Ética Médica prevê algumas formas graves de negligência como a omissão de tratamento e o abandono de paciente. O direito do médico escolher seus pacientes não é absoluto, sendo-lhe obrigatório fazer o atendimento nos casos de urgência quando da ausência de outros médicos que possam atendê-lo ou quando for de sua responsabilidade atender em setor de urgência²⁷ e emergência (Código de Ética Médica²⁸, arts. 7º, 35 e 58). Deixar de comparecer a plantão, ou abandoná-lo sem justo motivo (Código de Ética Médicas²⁹, arts. 57 e 36); deixar de informar o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento ao paciente ou a seu responsável (Código de

²⁷ Urgência e Emergência não se confundem. A urgência é um estado patológico que se instala bruscamente em um paciente, causado por acidente ou moléstia e que exige terapêutica médica ou cirúrgica urgente. A emergência é uma situação ameaçadora brusca que, por exemplo, se instala em calamidades públicas e que requer medidas imediatas de correção ou defesa.

Segundo o art. 1º da Resolução 1451/95 do CFM, urgência é a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata. Já a emergência é a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato.

²⁸ **Art. 7º** O médico deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje, salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente.

Art. 35. Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, colocando em risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 58. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo

²⁹ **Art. 57.** Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente.

Art. 36. Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave.

Ética Médica³⁰, art. 59); estando autorizado pelo paciente, não informar a outro médico seu quadro clínico, ou deixar de informar a seu substituto o estado clínico dos pacientes sob sua responsabilidade (Código de Ética Médica³¹, arts. 83 e 84). São apenas alguns entre os inúmeros exemplos de negligência previstos pelo Código de Ética Médica.

A imprudência é a descuidada, descuido, prática de ação irrefletida ou precipitada, resultante de imprevisão do agente em relação ao ato que podia e devia pressupor, ou, ainda quando o médico age com excesso de confiança desprezando regras básicas de cautela. São situações em que o médico atua sem a devida precaução, e que acabam por expor o paciente a riscos desnecessários. Normalmente a imprudência caracteriza-se por um *fare* (ato comissivo), enquanto a negligência se caracteriza por um *non fare* (ato omissivo).

Assim, é imprudente, por exemplo quem opera um paciente sem seu preparo adequado ou quem diagnostica ou prescreve medicamentos por telefone (Código de Ética Médica³², arts. 39 e 62); quem efetua procedimentos sem esclarecimento e consentimento prévio do paciente ou de seu responsável, salvo iminente perigo de vida (Código de Ética Médica³³, art. 46); quem se opõe à realização de conferência médica solicitada pelo paciente ou seu representante

³⁰ **Art. 59.** Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

³¹ **Art. 83.** Deixar de fornecer a outro médico informações sobre o quadro clínico do paciente, desde que autorizado por este ou seu responsável legal.

Art. 84. Deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade, ao ser substituído no final do turno de trabalho.

³² **Art. 62.** Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência e impossibilidade comprovada de realizá-la, devendo, nesse caso, fazê-la imediatamente cessado o impedimento.

Art. 39. Receitar ou atestar de forma secreta ou ilegível, assim como assinar em branco folhas de receituários, laudos, atestados ou quaisquer outros documentos médicos.

³³ **Art. 46.** É vedado ao médico: efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo iminente perigo de vida.

legal (Código de Ética Médica³⁴64, art. 64), ou, ainda, quem desrespeita a dignidade humana, assumindo um risco que deveria ser compartilhado com o paciente e com a sociedade, não esclarecendo novas técnicas ou pesquisas que no paciente serão utilizadas (Código de Ética Médica³⁵, art. 123).

A imperícia (do latim *imperitia*) é a falta de prática ou ausência de conhecimento que se mostram necessários ao exercício de uma profissão ou de uma arte. É ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imaestria para a prática de determinados atos, no exercício da profissão, que exigem um conhecimento específico.

Assim, quando o médico delega atos a pessoas não habilitadas para exercer a Medicina, ou é conivente com atos médicos ilícitos, resta configurada a imperícia (Código de Ética Médica³⁶, arts. 30 e 38). Também há a imperícia do próprio médico, que, muitas vezes, se confunde com a imprudência e, embora alguns autores entendam que não pode ser imperito o médico diplomado, a autora do presente trabalho acredita ser plenamente possível a atribuição de imperícia ao médico que, por exemplo, não era especialista em uma determinada área e mesmo assim atendeu a pacientes, agindo como se especialista fosse. Não é mera incapacidade para a realização daquele ato, mas imperícia por não conhecer especificamente a especialidade em que resolveu atuar. É importante frisar que o médico não é obrigado a saber tudo, mas é obrigado a se manter em

³⁴ **Art. 64.** Opor-se à realização de conferência médica solicitada pelo paciente ou seu representante legal.

³⁵ **Art. 123** Realizar pesquisa em ser humano, sem que este tenha dado consentimento por escrito, após devidamente esclarecido sobre a natureza e conseqüências da pesquisa. Parágrafo único. Caso o paciente não tenha condições de dar o seu livre consentimento, a pesquisa somente poderá ser realizada, em seu próprio benefício, após expressa autorização de seu representante legal.

³⁶ **Art. 30.** Delegar a outros atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 38. Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina, ou com profissionais ou instituições médicas que pratiquem atos ilícitos.

constante atualização, mesmo porque a Medicina é uma área dinâmica que sofre constantes alterações devido aos avanços tecnológicos.

Por final, vale transcrever o entendimento de Anibal Bruno³⁷ que, ao analisar a imperícia, afirma "[...] que há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e regras da sua ciência, chega a uma conclusão falsa, possa, embora, advir daí um resultado de dano ou perigo."

O limites entre imprudência, imperícia e negligência são extremamente tênues, podendo haver casos em que acabem interligadas ou confundidas, tendo por resultado o início a uma ação penal e/ou de uma ação cível. Por isso, conclui KFOURI³⁸, "[...] para a caracterização da culpa não se torna necessária a intenção, basta a simples voluntariedade de conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns."

Assim, deve o julgador reconstruir os fatos com os elementos que a ele foram entregues pelas partes, não bastando a simples observação dos aspectos e conceitos legais que envolvem o caso concreto. Sempre, tendo em mente que ao demonstrar a culpa do profissional médico, deve-se, conjuntamente, evidenciar claramente o nexo de causalidade entre esta e o dano sofrido pelo paciente porque, inexistindo o nexo, não se pode falar em responsabilização do profissional.

³⁷ BRUNO, Anibal. Direito Penal - Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 472,v.1.

³⁸ KFOURI NETO, Miguel, p. 57.

6 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

As causas excludentes da responsabilidade civil são também, em geral, fatos que excluem a ilicitude penal, ou seja, são fatos atípicos ou de exclusão da antijuridicidade:

a) Legítima defesa (art. 25, CP e art. 160 I, CC - art. 188, I do Novo Código Civil³⁹). Age em legítima defesa quem, com o uso moderado dos meios necessários, repele agressão, injustiça, atual e iminente, a direito seu ou de outrem. Importante lembrar que haverá responsabilidade se terceiro for atingido, embora podendo haver ação regressiva contra o agressor (art. 1.520, parágrafo único, CC - art. 930 do Novo Código Civil).

b) Estado de necessidade (CP⁴⁰, art. 24). Consiste na ofensa de direito alheio para remover perigo iminente, quando as circunstâncias o tornam absolutamente necessário e quando não exceder o limite necessário para a

³⁹ **Art. 25, CP:** entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Art. 160, CC. Não constituem atos ilícitos:

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

II - A deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo eminente (arts. 1.519 e 1.520).

Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 188 do Novo Código Civil. Não constituem atos ilícitos:

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

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

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

⁴⁰ **Art. 24, CP.** Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

remoção do perigo. Cita-se como exemplo o médico que sacrifica a vida de um feto para salvar a vida da mãe.

c) Exercício regular de direito e cumprimento de dever legal (CP⁴¹, art. 23, III). O dever legal é decorrente de qualquer tipo de norma legal, seja ela penal, civil, administrativa etc. Para restar caracterizada deve ter sido conduzida em estrita obediência aos limites do dever, caso contrário pode configurar abuso de direito ou seu exercício irregular ou anormal.

d) Fato da vítima exclusivo ou concorrente. A culpa da vítima, quando exclusiva, elide a causalidade entre o dano e o fato. A culpa concorrente gera uma responsabilidade bipartida, fazendo que cada um responda proporcionalmente à sua parcela de culpa.

e) Fato exclusivo de terceiro. Figura ao lado do caso fortuito e força maior como expressão de "causa estranha". Para a doutrina em geral, somente exonera a responsabilidade quando afasta totalmente o nexos de causalidade. Exemplo: prejuízo causado a pacientes por pessoas estranhas ao corpo clínico de um hospital.

f) Caso fortuito ou força maior (art. 1058, CC - art. 393, do Novo Código Civil⁴²). Caso fortuito e o fato imprevisível provindo da natureza sem qualquer

⁴¹ **Art. 23, CP.** Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

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

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

⁴² **Art. 1.058, CC.** O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957.

Parágrafo único. O caso fortuito, ou força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.

Art. 393 do Novo Código Civil. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

intervenção humana. Na força maior o agente não tinha possibilidade de evitar o resultado danoso ainda que previsível. Na prática são figuras que se equivalem. Consistem no fato necessário, cujos efeitos era impossível evitar ou impedir. Não basta que tenham sido um mero imprevisto para o médico; devem ser excepcionais para ele e para outras pessoas que, se colocadas em seu lugar, também não poderiam prevê-lo ou evitá-lo. Cita-se aqui a iatrogenia⁴³, por exemplo, queda de cabelos em pacientes submetidos à radioterapia, que não se confunde com efeitos colaterais de prescrição inadequada.

g) Renúncia à indenização não exonera da responsabilidade, porém é meio de extinção da obrigação. É ato jurídico unilateral, não receptício e irrevogável que importa na abdicação de um direito sem transferi-lo a outrem.

h) Ausência do nexo de causalidade. Como já foi esclarecido, não havendo o nexo causal entre o dano e o fato, não há o que se falar em responsabilidade civil.

i) Erro e ignorância (CP⁴⁴74, art. 21). o erro é a falsa representação da realidade e, quando inevitável, isenta da pena. A ignorância pressupõe total desconhecimento a respeito de determinada matéria.

j) Cláusula de não indenizar. Embora discutível a sua validade, alguns autores afirmam que, se bilateralmente ajustada, com vantagens paralelas e compensadoras em benefício do renunciante, e se não contrariar a ordem pública, é válida como causa de exclusão da responsabilidade civil, mas nunca eximirá da responsabilidade penal.

⁴³ KIMSER, citado por ROMANELLO, p. 60, assim define iatrogenia "é a alteração patológica provocada no paciente por tratamento de qualquer tipo".

⁴⁴ **Art. 21, CP.** O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Como se pode ver, as causas que excluem a responsabilidade civil são poucas e, entende-se, que quem deve trazer aos autos as provas das causas liberatórias de culpa é quem delas possa se aproveitar, ou seja, do médico acionado a ressarcir danos por paciente lesado.

7 ERRO MÉDICO E ERRO DE DIAGNÓSTICO

7.1 Procedimentos Médicos

São diversas as fases que envolvem a relação médico-paciente, consideradas desde o primeiro contato no consultório, ou hospital, até o fim do tratamento e, se possível, a cura do enfermo. Pode-se, no entanto, dividi-las em dois grandes grupos: o do diagnóstico e o do tratamento.

Em regra, é muito difícil estabelecer o que é procedimento necessário e o que é procedimento inútil. Assim, por exemplo, quando um médico, antes de diagnosticar, exige uma série de exames não há como determinar, na grande maioria das vezes, se eram desnecessários. Pode o médico estar pecando pelo excesso de zelo mas, provavelmente, não estaria agindo ilicitamente (observados os limites do bom senso).

As fases do tratamento médico, às vezes, se confundem, não sendo nítido onde começa uma e termina outra. Importa neste tópico noticiar apenas esta dificuldade prática de se diferenciar cautela, excesso de zelo e ilicitude.

Da mesma sorte vale lembrar a complexidade do corpo humano que pode tornar algo normal em uma patologia e vice-versa. Afirma Giostri⁴⁵ "[...] tanto a doença quanto a saúde poderiam afetar aquelas possibilidades de sobrevivência, ou seja, afetar as potencialidades de cada um; a doença seria vista como uma condição negativa, uma causa de destruição, já que, em geral, aquela tem como consequência o enfraquecimento do organismo."

⁴⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell, p. 187.

Portanto, o médico trabalha com fatores complexos, com reações muitas vezes imprevisíveis, devendo o profissional saber lidar com tais situações a ponto de poder controlá-las na maioria dos casos, devendo ter sempre em mente os limites da ética médica, da moral e da legislação brasileira.

Observa Matielo⁴⁶

[...] A ciência médica impõe ao profissional limitações por vezes intransponíveis, não obstante o inegável avanço da tecnologia. O homem também tem seus próprios limites, variáveis consoante a conjugação de inúmeros aspectos endógenos (habilidade inata, perspicácia, inteligência e outros) e exógenos (qualidade do ensino, equipamentos disponíveis etc.), do que resulta a aptidão final do médico para a execução desta ou daquela tarefa. As limitações são diferentes de um para outro indivíduo, e conhecê-las é o primeiro e fundamental passo para a prevenção de erros em Medicina. Quem é consciente do alcance do seu saber e das potencialidades de que é dotado tem muito mais facilidade em perceber com exatidão o ponto a partir do qual a atuação estará adentrando em área de extremo risco para as condições técnicas e pessoais naquele momento. Assim, grande parcela dos acidentes e erros poderia ser evitada mediante adequada avaliação do caso concreto, riscos e benefícios que se contrapõem antes da intervenção do facultativo [...].

Conclui-se que não basta, portanto, saber os limites materiais à disposição do médico, mas deve-se levar em consideração os limites subjetivos do profissional e principalmente do paciente, uma vez que estas são causas extremamente relevantes na hora da avaliação, diagnóstico e tratamento. Evitam-se os erros sabendo lidar e administrar estes limites.

⁴⁶MATIELO, Fabrício Zamprogna, p. 94-95.

7.2 Erro Médico

As expectativas do que se constitui um bom ou um mau resultado variam em função da avaliação de cada caso concreto, podendo ir desde a morte do paciente, da simples minimização de seu sofrimento, de uma mera expectativa de vida, até a cura total.

Costumeiramente, pacientes e seus responsáveis confundem a não-realização de suas expectativas com erro médico, chegando a procurar o Ministério Público, CRMs e autoridades policiais para formalizar pedido de providências. Compreende-se que estas pessoas, muitas vezes, estão desesperadas com a doença ou com a situação em que seus entes queridos se encontram, mas não se pode admitir que esta visão deturpada do procedimento médico cause o descrédito da profissão e, principalmente que acabe por condenar profissionais sérios e idôneos.

Quer-se neste trabalho demonstrar em que medidas pode restar reconfigurado o erro e, por consequência, a responsabilidade civil do médico quando o resultado obtido não é o esperado. Será, em regra, a ue determinará, por exemplo, a imprecisão do diagnóstico, tornando clara a tênue linha entre culpa *lato sensu* e a imprevisibilidade.

Neste ponto, deve estar claro que se entende por erro médico a falha no exercício da profissão, com resultado diverso do pretendido, decorrente de ação ou omissão do médico ou demais profissionais da sua equipe

7.2.1 Erro culposo e erro doloso

O Código Penal Brasileiro traz claramente, em seu art. 18⁴⁷, as noções de culpa e dolo. Será crime doloso aquele no qual o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo indireto). Será culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia, elementos já estudados neste trabalho.

Welzel, em seus estudos, já afirmava que todas as ações dos crimes dolosos não poderiam ser produzidas sem a vontade dirigida àquele fim. O dolo, assim foi dividido: dolo natural e dolo normativo. Será dolo natural para a doutrina finalista, quando o agente agiu com vontade e consciência de voltadas à realização do dano, mesmo sem ter conhecimento da sua ilicitude. Será dolo normativo, para a doutrina clássica, além da vontade e consciência de realizar a conduta, a consciência da sua ilicitude (é esta a orientação adotada pelo Código Penal Brasileiro). Portanto, para o legislador brasileiro, o conceito de dolo compreende um elemento cognitivo (conhecimento do fato que constitui a ação típica) e um elemento volitivo (vontade de realizá-la), restando à consciência da ilicitude pertencer à noção de culpabilidade.

Há ainda o dolo eventual quando o agente conscientemente admite e aceita o risco de produzir o resultado. Poder-se-ia imaginar a hipótese de um médico que, mesmo sabendo que a operação era desnecessária e que poderia provocar a morte de seu paciente, procede de má-fé à intervenção e acaba por

⁴⁷ **Art. 18, CP.** Diz-se o crime:

I – doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II – culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

matar o enfermo. Nestes casos, o agente prevê o resultado como provável ou possível, mas aceita ou consente sua superveniência. Aproxima-se, portanto, da culpa consciente, dela diferenciando-se apenas porque nesta o agente não assume o risco de produzir o resultado danoso.

Há outros inúmeros tipos de dolo, mas não interessa a este trabalho elencá-los, pois o dolo (independente do tipo) raramente é observado nos casos de erro médico.

Importante ainda noticiar a existência do erro de tipo e do erro de proibição. Será erro de tipo aquele que versa sobre elementos da conduta típica (quando pela falsa representação da realidade o agente comete um crime). Tem por efeito a exclusão do dolo (CP⁴⁸, art. 20). Será erro de proibição aquele que ocorre sobre a ilicitude da ação ou omissão e que, sendo relevante, terá por efeito a exclusão ou atenuação da culpabilidade (CP⁴⁹, art. 21).

O dolo, bem como os erros retro mencionados, tem grande influência no estudo da responsabilidade penal dos médicos, podendo influenciar também na determinação do quantum indenizatório na responsabilidade civil.

⁴⁸ **Art. 20, CP.** O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

§ 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tomaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

§ 2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

§ 3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

⁴⁹ **Art. 21, CP.** O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

7.2.2 Erro escusável e erro inescusável

O erro médico é aquele que deriva de ação ou omissão culposa ou dolosa do médico.

Em linhas gerais erro escusável é aquele que era inevitável, ou seja, mesmo que o agente tivesse tomado todas as cautelas o dano ocorreria. Já o erro inescusável é aquele que poderia ser evitado pelo agente se tivesse tomado cautelas diversas e necessárias antes de agir é, portanto, evitável.

Moraes, citado por Giostri⁵⁰, entende que "[...] se o erro só pode ser estimado, pelo resultado, o médico só deve responder pelo que depende exclusivamente dele, e não da resposta do organismo do paciente [...]", considerando estranha a atitude de alguns juízes que têm diferenciado erro médico e erro profissional.

O erro médico, sem dúvida alguma engloba o erro profissional, portanto, não se pode concordar com a posição de magistrados que os diferenciam. Também não se pode aceitar a tese de que o médico só deve responder por aquilo que depende exclusivamente dele, pois, embora o corpo humano, muitas vezes, possa ter reações imprevisíveis, outras tantas vezes terá reações que, mesmo inesperadas, poderiam ser previsíveis, devendo o médico, com estas saber lidar. Nestes últimos casos não por que se falar em erro escusável, quando outro médico colocado na mesma situação poderia tê-la resolvido ou evitado.

Erro profissional seria aquele que decorre de falta não imputável ao médico, ou seja, é consequência das limitações materiais e tecnológicas na

⁵⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell, p. 207.

Medicina, bem como da impossibilidade de se precisar o diagnóstico, entre outros fatores que levam o médico a escolher condutas incorretas ou imprecisas. Não se confunde o erro profissional com a culpa *stricto sensu*, pois o erro profissional não é resultado da falta de observação das regras e princípios que a Medicina sugere⁵¹.

Assim, todos os erros relativos às limitações da Medicina, da natureza humana, ou ainda advindos de informações erradas fornecidas pelo paciente seriam, para alguns doutrinadores, erros escusáveis. Para a autora deste trabalho considerar como escusável todos erros decorrentes destes fatores não caracteriza erro desculpável, como se demonstrará oportunamente. Em alguns casos poderiam ser evitados se determinadas cautelas fossem tomadas antes da ação ou da omissão.

Ramos⁵² elenca critérios utilizados para caracterizar o erro escusável, são eles:

[...] que o mau resultado tenha advindo de conduta do paciente, e não do médico; que não tenha havido imprudência ou negligência do médico assistente; que o mau resultado tenha sido conseqüente a um erro de diagnóstico possível do ponto de vista estatístico; que neste diagnóstico tenham sido usados meios e métodos habitualmente empregados; que o tratamento feito tenha sido o habitual para este diagnóstico; que a evolução do caso se tenha processado dentro das expectativas.

Determinar se o erro era realmente escusável não é uma tarefa da mais fáceis, portanto, não se pode aceitar estes critérios como absolutos, pois só a

⁵¹ RT 570/348. Há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e regras de sua Ciência, chega a uma conclusão, embora, possam, daí, advir resultados de dano ou de perigo.

⁵² RAMOS, Pedro Lúcio Tavares. **Erro Médico - Aspectos jurídico e médico-legal**. RT 625, nov./1997, p.415-419.

análise do caso concreto poderá realmente dizer se estas são causas de possível erro escusável, erro inescusável ou culpa concorrente.

7.3 Erro de Diagnóstico

As possíveis faltas dos médicos dividem-se, segundo autores como Antônio Chaves⁵³, em duas categorias, uma relativa aos deveres da humanidade e outra relativa à técnica médica.

Seriam faltas relativas aos deveres de humanidade, por exemplo, recusa de socorrer um doente em perigo; o abandono de doente; a falta de informação ao paciente de sua condição de saúde; a falta de autorização do paciente ou de seus representantes para realização de procedimentos médicos; falta do dever de salvaguarda; violação do segredo profissional, entre outras.

Com relação às falhas de técnica médica seriam elas divididas em erro de diagnóstico; erro de tratamento; faltas em intervenções cirúrgicas; erro de prognóstico; falta de higiene e erros cometidos por outros profissionais pertencentes à equipe médica.

Para se estudar o erro de diagnóstico é importante primeiramente transcrever algumas definições, já o diferenciando de prognóstico.

Thomas Stedman⁵⁴ define diagnóstico como sendo a "*determinação da natureza de uma doença*", podendo ser ele

a) clínico: quando é feito a partir de estudos dos sinais e sintomas de uma doença.

⁵³ CHAVES, Antônio. "Responsabilidade das Clínicas, Hospitais e Médicos". **Jurinforma**, Internet (<http://www.iurinforma.com.br/artigos>).

⁵⁴ STEDMAN, Thomas Lathrop. **Dicionário Médico Ilustrado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996, p. 353-354 e 1.053

b) diferencial: quando é feita a determinação de qual, de uma o mais, doença com sintomas semelhantes é a que sofre o paciente, por meio de uma comparação sistemática e dos achados clínicos.

c) laboratorial: quando se procede a estudo químico, microscópico, microbiológico, imunológico ou patológico de secreções correntes, sangue ou tecidos.

d) por exclusão: quando se origina da exclusão das doenças às quais pertencem apenas alguns dos sintomas do paciente, sobrando apenas uma doença indicada por todos os sintomas.

e) patológico: é feito a partir das lesões presentes, podendo inclusive ser realizado pós a morte.

f) físico: é resultante do exame físico do paciente, podendo também ser complemento da anamnese⁵⁵ e dos exames laboratoriais.

g) pré-natal: o próprio nome já diz, são exames e diagnósticos realizados antes do nascimento da criança, que utilizam métodos disponíveis para reconhecimento de doenças e anomalias *in utero*.

h) neonatal: é a avaliação sistemática do recém-nascido quanto à evidência de doença ou anomalias.

Prognóstico, para este Dicionário, é "[...] a previsão da evolução e/ou resultado provável de uma doença [...]", é a opinião ou julgamento feito, antes do tratamento, das perspectivas de desenvolvimento da enfermidade.

Para o Dicionário Médico Blakiston⁵⁶, diagnóstico é "[...] a arte de determinar a natureza de uma doença ou a conclusão a que se chega na

⁵⁵ Anamnese é a informação acerca do princípio e evolução de uma doença até a primeira consulta com o médico.

identificação de uma doença". Nada mais é do que a "distinção entre moléstias de caráter similar mediante a comparação de seus sinais e sintomas".

Neste mesmo dicionário consta que prognóstico é a "[...] predição da provável evolução e do desfecho de uma moléstia, lesão ou anomalia do desenvolvimento em uma paciente, baseada no conhecimento geral de tais condições, bem como em dados específicos e no juízo clínico de cada caso particular".

O Dicionario Terminológico de Ciências Médicas⁵⁷ traz a definição de diagnóstico como sendo "[...] parte da Medicina que estuda os meios ou métodos necessários para verificar a natureza de um estado mórbido. Procura de sinais e sintomas de uma moléstia". Assim, prognóstico seria predizer a "evolução de doença, ou caso clínico".

Ao analisar estas definições pode-se afirmar que um diagnóstico correto seria aquele feito pelo médico considerando todos os sinais, manifestações e sintomas apresentados pelo paciente, bem como levando em consideração a anamnese, sem, contudo, influenciar o enfermo na descrição da evolução da doença.

Portanto, o ato de diagnosticar deve ser extremamente sério, além de se configurar em um trabalho eminentemente intelectual (raciocínio clínico), sendo o prognóstico uma fase complementar à do diagnóstico. Por este motivo, deve-se buscar a maior precisão possível ao se diagnosticar, evitando-se desta maneira, criar ansiedades desnecessárias no paciente.

⁵⁶ OSOL, Arthur (Org.). Dicionário Médico Blakiston. 2. ed. São Paulo: Andrei Editora, p. 315 e 853.

⁵⁷ CARDENAL, L. **Dicionario Terminológico de Ciências Médicas**. 6. ed. Barcelona -Madrid: Salvat Editores S.A., 1958, p. 924 e 976

Pode-se, então dividir o erro de diagnóstico em evitável e inevitável. Serão inevitáveis quando decorrentes das próprias limitações da Medicina, ou seja, são inúmeras as doenças ainda não catalogadas e outras tantas das quais não se conhecem as causas, os avanços tecnológicos às vezes não se mostram suficientes para determinar um correto diagnóstico. Não constituem faltas graves, portanto, não são puníveis.

Maior atenção deve-se dar aos erros de diagnóstico evitáveis, pois estes sim, envolvem a responsabilidade civil e/ou penal do médico. São erros que teriam sido evitados se todas as precauções necessárias (como realização de exames clínicos, laboratoriais, físicos etc.) tivessem sido tomadas.

O erro de diagnóstico evitável traz complicações às vezes seríssimas ao paciente, que vão desde dificuldades emocionais, até realização de tratamento errado que acarreta conseqüências graves e tantas vezes irreversíveis à saúde do paciente, podendo levá-lo, inclusive, à morte.

Moraes⁵⁸ afirma que

[...] todas as doenças têm três tipos de diagnóstico: etiológico, anatômico e funcional. O primeiro indica a causa da doença, o agente animado, físico ou químico responsável; o segundo, também chamado de topográfico, refere-se ao local, tecido, órgão ou segmento atingido, e o último, o funcional, às alterações da função em conseqüência da doença. É preciso lembrar que a Classificação Internacional das Doenças distingue cerca de novecentos códigos, sendo que muitos deles com muitas especificações, significando vários graus da mesma doença, o que faz que se estime existirem cerca de seiscentas doenças, das quais dois terços seguramente são de causa desconhecida. Nos casos em que não se sabe definir causa da doença pode-se usar a expressão diagnóstico nosológico: noso, do grego, significa doença. Assim, indica-se a entidade nosológica como aquela que classifica a doença e não a causa [...].

⁵⁸ MORAES, Irary Novah. **Erro Médico e a Lei**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 165.

Na Itália e na França, os tribunais têm entendido que o erro de diagnóstico é um erro brando, pois, via de regra, é percebido com brevidade e, por este motivo, não configura culpa capaz de engendrar a obrigação de ressarcimento. Não se pode aceitar este tipo de posicionamento, pois um erro no diagnóstico evitável pode, inclusive, retirar a possibilidade de cura.

É bem verdade que, na maioria das vezes, este erro é facilmente percebido e corrigido antes de causar lesões mais sérias mas, por exemplo, se o médico diagnostica como uma simples gripe uma meningite e o paciente morre dias depois, não há como dizer que é um erro brando, mas é sim, um erro que leva com certeza à responsabilidade civil e/ou criminal do médico. Então, será o médico responsável nos casos em que os erros forem injustificáveis e evitáveis ou até mesmo grosseiros.

Branco⁵⁹ afirma talvez seja o diagnóstico "[...] o momento mais importante da intervenção médica, pois um erro neste momento poderá prometer não só a possibilidade de cura, como também poderá trazer danos não previsíveis para aquela situação". Pode, então, além de ser evitável ou inevitável, acarretar, segundo este autor, mais duas fases. A primeira é a não-identificação da doença, que, se tratada em sua origem, é curável, mas depois de decorrido certo lapso temporal torna-se incurável. A segunda fase é a do diagnóstico de doença evidentemente inexistente ou distinta, causando danos sérios ao paciente. O erro grosseiro é, sem dúvida alguma, passível de ressarcimento e responsabilização. Já aquele erro que deriva de casos cientificamente duvidosos ou com opiniões diversas na doutrina médica, não pode ser ensejador da responsabilização médica.

⁵⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico**. RT/Fasc. Civ., a. 1985, v. 733, nov./1996, p. 53-75.

Assim, recomenda-se calma ao médico no ato em que estabelecerá o diagnóstico, porque a pressa ou desídia no atendimento ao paciente pode levar ao erro e, portanto, à responsabilização. No entanto, nos casos em que há perigo de vida ou sofrimento intenso, pode o médico tomar medidas urgentes e necessárias, não precisando esperar o resultado dos exames, desde que apoiado em diagnóstico clínico de probabilidade e no bom senso, sempre visando à realização de condutas na busca de proteção da vida do paciente.

Lembra Romanello⁶⁰ que "[...] a boa-fé não poderá ser usada pelo médico como desculpa, nem tampouco sobre erros manifestos e grosseiros sobre assuntos e técnicas ensinados e admitidos pela sociedade médica no geral".

São exemplos de erro de diagnóstico⁶¹ a operação de cesariana realizada em mulher com gravidez psicológica diagnosticar como simples indisposição um acidente vascular cerebral, quando o paciente já sofria de problemas cardíacos graves e tinha colesterol altíssimo; tratar uma arterite química como se fosse fratura; proceder à intervenção cirúrgica em caso de litíase ureteral, pensando ser apendicite, sem realizar exames prévios básicos; aplicar tratamento de uma doença que o paciente não tinha e não tentar descobrir qual era a enfermidade que o acometia; diagnosticar de forma leviana ou inexata, quando os exames indicam claramente a existência de outra moléstia; diagnosticar AIDS, quando na realidade as amostras de sangue foram trocadas etc.

⁶⁰ ROMANELLO NETO, Jerônimo, p. 56.

⁶¹ Vale noticiar aqui o uso das laparotomias exploradoras como forma de elaboração: de diagnóstico. Esta prática, muito embora seja usada por inúmeros médicos, vem sendo condenada por se constituir um risco desnecessário ao paciente uma vez que devem apenas ser utilizadas como indicação de um diagnóstico já Formulado e não inverso.

Importante aqui transcrever o que ensina Mattosinho-França, citado por Moraes⁶², sobre a hierarquia dos diagnósticos.

[...] É parte do ensino médico a pressuposição da doença única, segundo a qual todo o cortejo sintomatológico é interpretado como decorrente de um único estado mórbido. Tal postura é verdadeira em alguns casos, especialmente em quadros agudos e em pacientes jovens. No entanto, em quadros de longa evolução e em pacientes de grupos etários mais avançados, a associação de mais de uma entidade nosológica é quase a regra. Acresce ainda que os maiores recursos laboratoriais e de visualização de imagens disponíveis, bem como os exames necroscópicos, permitem o diagnóstico de quadros associados, clinicamente mudos ou pouco aparentes, insuspeitados ao exame clínico. Daí o conceito de doença principal e doenças acessórias ou secundárias.

O diagnóstico emitido tem que ser certo: a sapiência de seus termos ou o prestígio de quem o emite não são prova da correção do diagnóstico. A técnica usada para a verificação do acerto é a correlação dos resultados obtidos pela observação, segundo métodos diferentes. São correlações clínico-cirúrgicas, clínico-laboratoriais, clínico-radiológicas e anatomoclínicas. A concordância de resultados entre duas ou mais técnicas permite assim aquilatar o diagnóstico.

Na vigência de doenças múltiplas, os diagnósticos devem ser hierarquizados para efeito de correlação. Apenas os diagnósticos da doença principal podem ser correlacionados, ficando os diagnósticos sem correspondência clínica para a categoria de acessórios ou secundários.

A correlação anatomoclínica é a que mais elementos de certeza fornece para a verificação do acerto do diagnóstico clínico ou cirúrgico, funcionando muitas vezes como metrônomo da arte diagnóstica no âmbito hospitalar. Impõem-se, entretanto, criteriosa hierarquização dos diagnósticos anatômicos e clínicos, respeitando-se os pontos de vista e raciocínios dos praticantes das várias especialidades envolvidas.

A hierarquização diagnóstica em correlação anatomoclínica foi introduzida pelo Mallory Institute of Pathology no início do século, permitindo a correlação diagnóstica mesmo em casos complexos. Estes têm que ser analisados individualmente, valorizando todos os elementos clínicos e laboratoriais, na prática dos exercícios anatomoclínicos. A mesma conduta deve ser usada nas correlações clínico-cirúrgicas, clínico-laboratoriais e clínico-radiológicas [...].

Conclui o referido autor que:

⁶² MORAES, Irany Novah, p. 170.

[...] É errôneo julgar-se, que pela sua complexidade ou alta tecnologia, um certo elemento diagnóstico tenha precedência sobre o exame clínico. Somente a correlação dos elementos e sua hierarquização permite aquilatar o grau de certeza dos diagnósticos finais emitidos, independentemente da tecnologia empregada, ainda que complexa [...].

Portanto, para se obter a proximidade da certeza, ou a própria certeza diagnóstica, deve o médico conjugar e correlacionar todas as providencias preliminares, quais sejam, a coleta de dados, exploração completa dos sintomas apresentados e interpretação dos dados obtidos previamente através dos diversos exames solicitados.

Embora os avanços da Medicina possibilitem a diminuição dos erros de diagnóstico eles são extremamente comuns. Para que o médico se responsabilização, é necessário que mantenha atualizados todos os dados do paciente, ou seja, tudo o que utilizou como base para determinação do diagnóstico, o tratamento indicado e as prescrições recomendadas.

Afirma Moraes⁶³ que "[...] é explícita a fragilidade da segurança do diagnóstico. Este, para ser exato, deve ser genérico, pois até hoje são desconhecidas as causas de, pelo menos, um terço das doenças catalogadas o que deve ser ressaltado é que o médico não pode errar a conduta, embora dispondo de diagnósticos genéricos e de probabilidade."

Por fim, vale ressaltar que, quando um médico prescreve um medicamento ou tratamento e outro médico prescreve outra medicação ou outra forma de execução do tratamento, sendo os dois aceitos para aquele determinado caso pela literatura e prática médica, não se está a falar em erro de diagnóstico ou de tratamento, pois cada profissional é livre para ter sua preferência e seu

⁶³ MORAES. Irany Novah, p. 223.

método, sendo vedada a limitação, através de estatutos e regimentos, da escolha dos meios de estabelecimento do diagnóstico e de execução do tratamento (Código de Ética, art. 16).

7.3.1 O atendimento ao paciente

A relação médico-paciente, não muito tempo atrás, era toda embasada na confiança. Hoje, em regra, o que se tem são contratos impessoais formados entre o profissional e o seu "cliente", desenvolvendo-se, desta forma, de modo mais complexo e exigente.

No Brasil, a população, por ignorância ou mesmo por não contar com um eficiente sistema de saúde só procura o médico quando já possui um quadro mórbido em desenvolvimento, não há, portanto, o hábito da prevenção. O ato de prevenir poderia por si só aumentar as possibilidades de cura (quando a doença não pudesse ser evitada apenas pela prevenção), pois estar-se-ia diagnosticando a doença em seu estado inicial, podendo desde já curar o paciente ou, pelo menos, interromper o desenvolvimento da doença ou diminuir seus efeitos. Assim, é de ser sempre considerada a velha máxima de que "prevenir ainda é o melhor remédio".

Portanto, independente dos tempos e da existência, ou não, da prevenção, a atividade curativa dos médicos é por si só, freqüentemente, impregnada de valores morais, bem como está destinada a persistir enquanto existirem doenças, isto é, para sempre.

Samuel W. Bloon, em 1965, ao analisar esta questão, já afirmava que o doente sofre as influências do grupo familiar a que pertence; o médico, por sua vez, está sujeito às regras institucionais, às decisões do seu órgão de classe e de seu vínculo empregatício. Ambos, então, estariam inseridos num contexto mais abrangente, que é o da comunidade. Quando ocorre o insucesso da cura, face às repercussões que tem na sociedade, esta relação passa a ensejar a aplicação do Direito, que surge em um momento seguinte para viabilizar a vida comunitária, compondo e prevenindo conflitos.

Assim, o atendimento ao paciente deve ser, dentro das possibilidades (meios disponíveis), o mais completo possível, ou seja, não se recomenda fazer a pessoa que apresenta sinais e sintomas de uma doença esperar dias ou meses para que se realize a consulta, pois a possibilidade de cura não é compatível com uma longa espera. Ao atendê-lo seja em clínicas particulares, seja em hospitais públicos, deve o médico saber ouvi-lo e principalmente saber procurar na anamnese e exames complementares o correto diagnóstico. O médico não deve ser omissos, nem tampouco esconder informações do paciente ou de seus representantes.

O atendimento bem feito evita, muitas vezes, a revolta dos familiares e do paciente quando o resultado pretendido não é alcançado, pois o médico desta maneira demonstra não ser o doente apenas um objeto, mas uma pessoa com a qual ele, médico, se preocupou e pela qual fez tudo que estava ao seu alcance para curá-la. Assim agindo, o médico acaba com um contrato impessoal, desenvolvendo uma relação de confiança.

7.3.1.1 O erro de diagnóstico por informações erradas fornecidas pelo próprio paciente - há culpa concorrente?

Já foi dito anteriormente que a maioria dos doutrinadores não aceita como sendo erro de diagnóstico aquele advindo de informações erradas fornecidas pelo paciente e, naquela ocasião, a autora deste trabalho insurgiu-se contra este posicionamento.

Imagine-se a seguinte situação, o paciente se excede ao relatar a gravidade de seus sinais e sintomas (sem ter a intenção de enganar o facultativo) e o médico, por pura negligência, não solicita os exames que poderiam verificar o que seria verdade e o que seria mentira, acabando por declinar um diagnóstico errado de doença mais séria do que aquela que realmente o paciente tem e, por consequência, determina um tratamento incorreto que causa lesões sérias à saúde do paciente. O médico neste caso deve ser responsabilizado civil e/ou criminalmente, pois, agindo com total falta de cuidado, causou danos graves à saúde do paciente.

Não se pode aceitar a isenção total de responsabilidade tanto civil criminal do médico nos casos em que o paciente prestou-lhe informações incompletas ou errôneas e este tinha, através de certos exames, como preencher tais lacunas ou se encontrar a verdade. Assim, quando o médico recebe uma informação do paciente que irá influenciar diretamente na obtenção do diagnóstico ou na realização do tratamento, sendo possível a confirmação por exames complementares, tem ele obrigação confirmar tal condição.

Por mais que a relação médico-paciente deva se pautar também em uma relação de confiança, não se pode dar a um leigo a credibilidade de 100%

em determinadas informações pois, apesar do paciente conhecer muito bem o seu corpo, geralmente está pela enfermidade abalado física e/ou psicologicamente, podendo inclusive criar falsas realidades. É o médico quem estudou para tentar compreendê-lo e, se possível, curá-lo e, portanto age com culpa o médico que por negligência, imprudência ou imperícia causar danos ao paciente por não ter investigado informações importantes relatadas pelo paciente.

Pode-se, ainda, vislumbrar situações onde se concretize a culpa concorrente. São casos em que tanto o médico como o paciente agiram com culpa. Nestas situações, afastada a culpa exclusiva da vítima, será a responsabilidade pelos danos mitigada, devendo cada um responder proporcionalmente nas frações da indenização, ou, em não havendo como determinar o grau de culpa de cada um, deverá o valor da indenização ser reduzido à metade (segundo entendimento majoritário da jurisprudência pátria).

Conclui-se, então, que pode sim, o médico ser responsabilizado quer individualmente, quer de forma concorrente, por informações erradas das fornecidas pelo paciente, pois ao médico são impostos os deveres de prudência e diligência.

7.3.2 Erro de conduta

Restou demonstrado que, embora sendo, muitas vezes, o diagnóstico genérico, não pode o médico se conduzir de maneira errada no tratamento e nas demais fases do procedimento médico. Portanto, incorreria em erro de conduta o médico que realizasse exames desnecessários, que procedesse a intervenções cirúrgicas inúteis, entre outros exemplos. Deve o médico, a cada passo dado no

tratamento, corrigir, se necessário, o diagnóstico dado, sendo consenso entre os profissionais que o erro de diagnóstico é admissível, mas o de conduta não.

7.4 Erro de Tratamento

Distingui-se o diagnóstico do tratamento por ser esta fase posterior à diagnóstica na qual o médico utilizará indistintos meios para chegar à cura ou promover alívio na dor do enfermo, devendo, no entanto, ter a autorização, quando não for caso de urgência, do próprio doente ou de quem por ele seja responsável para dar início à sua execução.

Nesta fase é recomendável que o facultativo redobre os seus deveres de prudência e de assistência, uma vez que nela será avaliada a sua perícia de forma objetiva e, um simples erro, aqui pode ser ainda mais letal do que o erro de diagnóstico. Por este motivo, aceita-se com mais facilidade o erro de tratamento do que o de diagnóstico sendo aquele o que apresenta o maior número de reclamações judiciais por culpa *stricto sensu*.

A maioria dos casos de que se têm notícia são referentes ao erro quanto à escolha da terapêutica utilizada, uso de equipamentos e técnicas inadequados, má atuação dos auxiliares da equipe médica, má conservação dos instrumentos utilizados, falta de condições gerais de higiene, entre outros.

Apesar de o médico ser livre para determinar os caminhos a serem seguidos na busca da cura, não pode ele fugir daquilo que é cientificamente recomendado para o caso que lhe está sendo apresentado, ou que se omita de tomar providências mínimas esperadas de qualquer médico que em seu lugar se encontrasse.

Importante salientar que, se o tratamento tiver sido correto e observados todos os padrões médico-científicos, sobrevindo dano igual ao causado por erro por uma reação totalmente inesperada e imprevisível do organismo da pessoa, não se pode falar em responsabilidade do profissional, pois não há nexos de causalidade entre a sua conduta e a produção do dano.

Por fim, deve-se lembrar que o erro de tratamento pode ser resultante de um erro de diagnóstico (e quando há este erro é quase regra que aquele também acabe ocorrendo), situação esta que pode agravar ainda mais a responsabilidade do médico imperito, negligente ou imprudente.

7.5 Relação de Causalidade entre o Erro de Diagnóstico e a Responsabilidade Civil do Médico

Como já foi exposto neste trabalho, para se caracterizar a responsabilidade civil subjetiva do médico é necessário, além da demonstração a culpa *lato sensu* e da existência do dano, comprovar-se o nexos de causalidade entre a conduta dolosa, negligente, imprudente ou imperita e a lesão experimentada pela vítima. Portanto, só haverá dever de indenizar se a relação de causa e efeito restar efetivamente demonstrada.

Assim havendo um dano, mas não sendo ele consequência da ação culposa do médico, não há o que se falar em dever de reparar ou indenizar, pois não há efeito sem causa.

Albaladejo, citado por Kfoury⁶⁴, especifica o alcance do nexo de causalidade "[...] ao indicar que este deve ser entendido não necessariamente no sentido daquilo que tenha provocado direta, imediata e exclusiva mas sim do que, ainda que produzido pela concorrência de vários fatores, uns mais próximos e outros mais remotos, seja possível estimar-se, de um ponto de vista social, que definitivamente procede do ato em exame".

Muitas são as discussões e teorias existentes sobre o conceito de causa, podendo-se aceitar, hoje, como sendo causa a razão determinante da vontade destinada à realização de um fim, apenas sendo objeto de apreciação no Judiciário quando gerar direitos e obrigações.

São teorias da causa: a equivalência das causas (*sine qua non*), a e adequada e danos e direitos imediatos. A primeira é uma teoria objetiva a qual afirma que, "[...] na hipótese de dano resultante de causas múltiplas, sucessivas, poderiam aparecer como a verdadeira causa do dano, tanto todas elas em conjunto, e ao mesmo tempo, como cada uma delas isoladamente."⁶⁵. Mesmo depois de ter sido reformulada, esta teoria foi afastada pelos doutrinadores por ser ampla demais e poder dar causa inúmeras injustiças.

A teoria da causalidade adequada é de cunho subjetivo, ou seja, que "[...] quanto maior a probabilidade de que determinada causa se apresente, de geradora de um dano, tanto mais adequada pode ser ela considerada com relação àquele mesmo dano"⁶⁶. Foi também afastada por restar a determinação da causa subordinada à existência de condições e circunstâncias conhecidas tão-somente pelo agente do ato ilícito no momento do dano.

⁶⁴ KFOURI NETO, Miguel, p. 93.

⁶⁵ GIOSTRI. Hildegard Taggesell, p. 135.

⁶⁶ GIOSTRI. Hildegard Taggesell, p. 137.

A teoria da interrupção do nexa causal ou da relação causal imediata é outra tentativa de pôr fim a esta polêmica. Afirma esta teoria que a interrupção do nexa de causalidade *"toda vez que, tendo um resultado como normal e certo na seqüência dos acontecimentos, este resultado não se verificasse, em função do surgimento de uma outra circunstância"*⁶⁷(causa estranha). É a teoria adotada pela maioria dos ordenamentos jurídicos, embora também gere dúvidas sobre a real extensão do que seria a causa estranha.

Na prática, recomenda-se aos magistrados que observem o procedimento médico como um todo para tentar nele vislumbrar a relação causal o que, diga-se de passagem, não é u.ma tarefa fácil, pois nem, sempre a causa que deu origem ao dano é evidente ou clara⁶⁸, principalmente quando envolvidos atos médicos cujos erros não sejam grosseiros ou nítidos.

Assim, ao se analisar um erro de diagnóstico deve um juiz da mesma maneira. Se o erro foi gritante como por exemplo, diagnosticar um dente inflamado como tumor maligno sem realizar nenhum exame anterior ou posterior e dar início um tratamento visando pôr fim ao câncer e deste tratamento sobrevierem lesões sérias à saúde do paciente, tem-se por evidente o nexa de causalidade. Já naqueles casos em que houve erro de diagnóstico, mas este não foi grosseiro ou evidente, deve o magistrado usar de toda a cautela possível ao proceder o julgamento, pois o nexa causal não será tão aparente e, para determiná-lo ou restar comprovada a sua existência, deverá o juiz utilizar-se de critérios práticos que o levem a uma decisão justa, deixando de lado as teorias abstratas.

⁶⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesell, p. 139.

⁶⁸ Importante noticiar a existência do nexa positivo que é aquele quem tem por consequência a criação de direito e o nexa negativo que ilide ou dilui a atributividade do direito.

8 A PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA E DA AÇÃO REPARATÓRIA

Embora o próprio Código Civil⁶⁹ utilize muitas vezes os termos prescrição e decadência indistintamente, são institutos que, apesar de muitos semelhantes, diferem em diversos aspectos.

A prescrição é considerada pelo Código Civil como meio de defesa, de exceção ou mesmo de criação de um direito, tendo por fundamento o decurso de tempo (arts. 161 e s. do CC e arts. 189 a 206 do Novo Código Civil), não podendo os seus prazos serem alterados por acordo entre as partes.

Chama-se prescrição aquisitiva ou usucapião a aquisição de direito real sobre coisa móvel ou imóvel por decurso de tempo com regras expressamente fixadas em lei. Assim, por exemplo, adquirir-se-á bem imóvel por usucapião extraordinário, nos termos do art. 550 do CC⁷⁰, quando houver posse mansa, pacífica, contínua, exercida com *animus domini* por decurso de 20 anos sem interrupção e sem oposição de terceiros, dispensando-se a prova do justo título e da boa-fé. Este tipo de prescrição caracteriza-se por ser causa criadora de um direito e não interessa a este trabalho.

Denomina-se prescrição extintiva ou liberatória o perecimento do direito de ação pela inércia de seu titular. Tem início no momento em que o direito é violado, e fundamento de ordem pública no interesse do favorecido. Doutrinadores, como Caio Mário da Silva Pereira, chegam a afirmar que é o

⁶⁹ A confusão foi mantida no texto do Novo Código Civil, embora tenha sido reservado o capítulo II (arts. 207 a 211), do Título IV, Livro III, exclusivamente ao instituto da decadência.

⁷⁰ No Novo Código Civil esta espécie de usucapião está prevista no art. 1.238, tendo o decurso de tempo diminuído para 15 anos ou 10 anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviço de caráter produtivo.

próprio direito que se extingue pois, considerada a ação como um elemento externo do direito subjetivo, não pode mais esta ser exercida e, por conseqüência, extingue-se o próprio direito. Não se pode tê-la por posição, mesmo porque, embora perdido o direito de ação por uma via, existindo outra ainda não prescrita, pode-se por esta exercer o direito. Modernamente tem-se entendido que a prescrição nada mais é do que a convalidação de uma lesão individual em favor de um interesse social.

Em regra, entende-se que a prescrição atinge direitos de natureza patrimonial e por isso não se opera *pleno iure*, só podendo ser conhecida pelo juiz se solicitada pela parte que possa dela aproveitar sem prejuízo de terceiros (art. 166 do CC e arts. 193 e 194 do Novo Código Civil⁷¹). É, portanto, lícito invocá-la em qualquer instância, independentemente se há boa ou má-fé do prescribente. Se aceita em alguma situação de direito de natureza extrapatrimonial, embora não haja consenso, entende-se que pode ser conhecida de ofício pelo juiz.

Pode a prescrição ser interrompida ou suspensa, nos termos dos arts. 168 a 176 do Código Civil (arts. 197 a 204 do Novo Código Civil). As causas interruptivas acontecem depois de iniciado o prazo prescricional. Finda a causa, o prazo reinicia-se do zero, salvo exceção com relação à Fazenda Pública prevista na Súmula 383 do STF. Faz-se importante aqui destacar que, segundo o Novo

⁷¹ **Art. 166, CC.** O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes.

Art. 193, Novo Código Civil. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

Art. 194, Novo Código Civil. O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz.

Art. 3º Novo Código Civil. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de 16 (dezesseis) anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Código Civil (art. 202), o prazo prescricional só poderá ser interrompido uma única vez, independente do número de causas que surgirem. São exemplos de causas interruptivas (art. 172 do CC e art. 202 do Novo Código Civil): a citação válida do devedor mesmo que determinada por juiz incompetente, se realizada dentro do prazo processual; por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; por qualquer ato incompatível com a prescrição extrajudicial antes de findo o prazo.

A suspensão e o impedimento do prazo prescricional têm origem nas mesmas causas. Finda a causa, na contagem do prazo prescricional deverão somar-se os períodos anterior e posterior ao evento suspensivo ou impeditivo. É exemplo de causa de suspensão ou impedimento o casamento (sociedade conjugal segundo o Novo Código Civil), pois entre cônjuges não corre a prescrição enquanto houver o vínculo conjugal (art. 168, I do CC e art. 197, I do Novo Código Civil).

É ainda aspecto da prescrição extintiva a possibilidade de ser renunciada expressa ou tacitamente se não causar prejuízos a terceiros (art. 161 do CC e art. 191 do Novo Código Civil), após o advento de seu termo final; cita-se, como exemplo, o pagamento de dívida já prescrita. Lembrando ainda que, quando iniciada contra uma pessoa, continua em favor de seus sucessores (*accessio temporis*) - art. 165 do CC e art. 196 do o Civil.

Importante dizer que não prescrevem, entre outros, os direitos de personalidade (vida, honra, moral etc.), aqueles ligados ao estado das pessoas (filiação, estado civil etc.), faculdades legais quando não tolerado que um terceiro adquira direito a estas contrárias (faculdade que tem o proprietário de utilizar coisa sua, o próprio direito de propriedade etc.). Assim poderão ser sempre argüidos por suas ações próprias, o fato independe de tempo decorrido.

Conclui-se, portanto, que a prescritibilidade é a regra, e a imprescritibilidade a exceção.

Questão importante em se tratando de responsabilidade civil do médico é o confronto entre a prescrição quinquenária prevista no art 27⁷² do Código de Defesa do Consumidor e a prescrição vintenária prevista no art. 177⁷³ do Código Civil (lembrando que, pelo Novo Código Civil, a prescrição passa a ocorrer em dez anos, se a lei não fixar prazo menor – art. 205⁷⁴). Qual deve ser invocada?

A norma contida no CDC é de ordem pública e revogou o art. 177 do Código Civil⁷⁵. Se o requerente se vale do CDC para escolher o foro ou para inverter o ônus da prova, por exemplo, deve-se, por óbvio, à causa aplicar a prescrição quinquenária, entendimento que se mantém mesmo após a entrada em vigor do Novo Código Civil, pois há uma lei, o CDC, que fixa prazo menor de prescrição.

No entanto, a jurisprudência ainda não é pacífica sobre o assunto, principalmente em se tratando de erros médicos ocorridos antes da vigência do CDC. Sustentam algumas decisões que, para os casos ocorri antes da promulgação do CDC, não pode a prescrição quinquenal aplicada por ser impossível a retroatividade da lei nova.

⁷² **Art. 27, CDC.** Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, inciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria".

⁷³ **Art. 177, CC.** As ações pessoais prescrevem ordinariamente em vinte anos, as reais em dez anos entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

⁷⁴ **Art. 205 do Novo Código Civil.** A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

⁷⁵ Indenização – Agravo de Instrumento – Ação de reparação de danos – danos materiais e morais decorrentes de erro médico – decisão interlocutória que entendeu ser a prescrição vintenária e não quinquenal – pleito de reforma do *decisum* – procedência argumentativa – recurso provido – A prescrição vintenária estabelecida pelo Código Civil (art. 177) – foi revogada pelo art. 27 da Lei 8.078/90, dispositivo este que caracteriza norma de ordem pública cogente. (TAPR - Rel.: Juiz Eduardo Fagundes – Oitava Câmara Cível – Agravo de Instrumento 0166125-6 – Foz do Iguaçu – Ac. 12.414 – v.u., j. em 27.08.01 – DJ 14.09.01). Integra do acórdão Anexo A item 85.

Pode-se, em termo gerais, resolver o problema da retroatividade lei nova com o seguinte raciocínio: O prazo estabelecido pela nova lei (CDC) começou a fluir a partir de 12.03.90 (180 dias após a publicação), ou seja, a partir desta data, para os casos ocorridos sob a égide do Código Civil, o requerente teria cinco anos (até 12.03.95) para propor a competente ação indenizatória e, se não o fez neste tempo, é porque prova mente já não tinha mais interesse. Decorrido este prazo, há inquestionável prescrição⁷⁶.

A entrada em vigor do Novo Código Civil em janeiro de 2003 não altera esse entendimento⁷⁷, pois, mesmo o prazo prescricional tendo sido reduzido para dez anos, o CDC continuará sendo plenamente aplicável aos casos de responsabilidade civil do médico.

A decadência ou caducidade é instituto muito semelhante ao da prescrição, mas com esta não se confunde em seus fundamentos e efeitos. Pela

⁷⁶ O art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil adotou a Teoria de Roubier (aplicação imediata da lei nova) e de certa forma, confirma este entendimento:

Art. 6º, LICC. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá entretanto salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivas e a execução do ato jurídico perfeito.

⁷⁷ Embora o art. 206 do Novo Código Civil traga alguns prazos prescricionais que importam ao estudo da responsabilidade civil dos médicos, planos de saúde e instituições hospitalares, o entendimento sobre a prevalência do CDC nas ações indenizatórias ou reparatorias por erro médico, não se altera.

§ 1º Prescreve em um ano:

II - a pretensão do segurado contra segurador, ou a deste contra aquele, contado prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão.

§ 2º Prescreve em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentícias, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º. Prescreve em três anos:

II- a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento ilícito;

V - a pretensão de reparação civil;

IX- a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, ressalvadas as disposições de lei especial;

§ 5º Prescreve em cinco anos:

II- a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado do prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandatos;

III- a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

decadência extingue-se um direito pelo seu não-exercício nos prazos legalmente ou por convenção fixados, prejudicando, assim, todas as ações possíveis. A lei determina um prazo para o exercício do direito de ação; findo este prazo e não exercida a ação, configura-se a decadência.

Os prazos decadenciais são requisitos fatais do exercício do direito. Tem a decadência motivo e interesse de ordem pública podendo, por consequência, ser suscitada por quem dela possa se favorecer, ser declarada de ofício ou ainda ser argüida pelo Ministério Público. Não pode, portanto, ser interrompida, impedida, nem suspensa (art. 207 do Novo Código Civil). Nasce junto com o direito material e é irrenunciável.

A decadência não corre contra (art. 198, I do Novo Código Civil): os absolutamente incapazes (art. 3º do Novo Código Civil); contra os ausentes do País em serviço público da União, Estados ou dos Municípios; contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Em suma, tem-se a prescrição e a decadência como institutos hábeis a garantir a segurança das relações jurídicas, pois fazem que as obrigações e direitos por estas criados não se eternizem.

Feitas estas breves considerações sobre os institutos da prescrição e da decadência, pode-se concluir que as ações de indenização e reparatorias contra médicos, hospitais e estabelecimentos similares, em regra, prescrevem em cinco anos nos termos do art. 27 do CDC, quando não afetam direito adquirido da vítima.

Importa lembrar que, se o demandado for a União, os Estados e os Municípios (responsabilidade civil objetiva), a prescrição reger-se-á pelo art. 1º do

Decreto 20.910⁷⁸ de 06.01.32, que fixa o prazo para ingressar em juízo no limite máximo de cinco anos (prescrição quinquenal) contados do evento lesivo.

⁷⁸ **Art. 1º do Dec. 20.910/32.** As dívidas passíveis da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual, ou municipal, seja qual for a natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do fato do qual se originam.

9 CONCLUSÃO

É notória a apertada relação existente entre as duas ciências abordadas neste estudo: a Medicina e o Direito.

O Direito regula condutas já previstas em normas jurídicas. A Medicina contém um conhecimento acumulado, cujo desdobramento traduz-se em condutas ou procedimentos a serem observados pela classe médica, trazendo, assim, um agir concreto do médico no tratamento de seu paciente objetivando a obtenção da cura.

Nesse contexto, está a despontar naturalmente um entrelaçamento da norma técnica (ou de procedimento terapêutico) com a norma jurídica, pois o médico não é um Deus, ele pode e deve ser julgado por suas ações no exercício profissional. E, é justamente aí que entra o Direito, fixando os parâmetros concernentes às conseqüências jurídicas das condutas do profissional da Medicina, tanto nas searas da responsabilidade civil e penal, quanto no campo ético-profissional, diante dos Conselhos Regionais e Federais de Medicina.

O mesmo ato profissional médico pode ensejar três ordens de apuração da responsabilidade médica: a) na ordem ético-disciplinar - por meio de um procedimento administrativo junto ao CRM; b) na ordem penal - através de um processo criminal; c) na ordem civil - por intermédio de um processo civil (ação de indenização por danos morais e/ou patrimoniais).

Por fim, impõe-se considerar que, nos termos da lei civil, a responsabilidade civil independe da criminal para sua caracterização (art. 1.525 do CC e art. 935 do NCC).

Destarte, o tema da responsabilidade civil por erro médico deve ser cuidadosamente estudado, não apenas pelos operadores do direito, mas também pelos próprios médicos, haja vista o grau de desinformação, tanto no sentido de desconhecimento acerca da real possibilidade de responsabilização, como errônea crença de que com o avanço da medicina ficará comprometido com a idéia da responsabilização. Havendo dano, qualquer que seja ele, haverá sempre a possibilidade de responsabilidade civil e sua decorrente indenização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848** – 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal, Brasília, DF, dez. 1940.

BRASIL. **Lei nº 10.406** – 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Brasília, DF, jan. 2002.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico**. Fascículo da Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 733, p. 53/75, nov. 1996.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CARDENAL, L. **Dicionario Terminológico de Ciências Médicas**. 6. ed. Barcelona-Madrid: Salvat Editores SA, 1958.

CELIA, Vanda. **Em Busca de Justiça**. Revista Época. São Paulo, p.91, mai. 1999.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade das Clínicas, Hospitais e Médicos**. Disponível no site: < <http://www.iurinforma.com.br/artigos> > Acessado em 12 ago. 2007.

DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto e DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Código Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: Renovar, 1998.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 4. ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 1987.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Obrigação de Meio de Resultado na Responsabilidade Civil do Médico**. 1996. 237p. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. Monografia. Universidade Federal do Paraná.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Lei**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OSOL, Arthur (Org.). **Dicionário Médico Blakiston**. 2. ed. São Paulo: Andrei Editora, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RAMOS, Pedro Lúcio Tavares. **Erro Médico - Aspectos jurídico e médico-legal**. Fascículo da Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 625, p. 415-419, nov. 1997.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. 1996. 280 p. Dissertação de Mestrado em Direito Civil – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

STEDMAN, Thomas Lathrop. **Dicionário Médico Ilustrado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996.