



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ARTHUR DA COSTA LOIOLA

ABORDAGEM JURÍDICA E CRITÉRIOS MODERNOS DE APLICAÇÃO
DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO

SOUSA - PB
2006

ARTHUR DA COSTA LOIOLA

ABORDAGEM JURÍDICA E CRITÉRIOS MODERNOS DE APLICAÇÃO
DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Aurélio Carla Queiroga da Silva.

SOUSA - PB
2006

ARTHUR DA COSTA LOIOLA

ABORDAGEM JURÍDICA E CRITÉRIOS MODERNOS DE APLICAÇÃO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em, _____

BANCA EXAMINADORA

Aurélia Carla Queiroga da Silva
Orientadora

Examinador (a)

Examinador (a)

Sousa - PB
junho-2006

Dedico este trabalho a Deus por sempre ter dado a força que precisei para não fraquejar nos momentos de tormenta; a minha mãe, por todos os gestos de amor carinho cumplicidade. sendo dura nas horas certas e por está sempre presente na minha vida nas horas que precisei. Também dedico ao meu filho por ter suportado a minha ausência; ao meu pai, Katya e meus familiares, pois em nenhum minuto esqueci deles nesses cinco anos de atividades acadêmicas.

RESUMO

A pesquisa científica tem o propósito de discorrer sobre a responsabilidade civil do médico cirurgião, promovendo o debate acadêmico acerca dos critérios modernos para sua aplicação. Através do método exegético jurídico sempre fundamentando os argumentos na doutrina e na jurisprudência dominante, apresenta-se uma visão inovadora sobre o presente tema. Inicialmente, no primeiro capítulo aborda-se a responsabilidade civil em sua forma ampla, trazendo em seus tópicos o conceito da responsabilidade civil, a abordagem da responsabilidade subjetiva e objetiva explicando as teorias que as fundamentam, bem como a teoria adotada pela legislação pátria, e ainda, as espécies da responsabilidade civil, destacando seus pressupostos. O segundo capítulo trata da responsabilidade civil do médico cirurgião, abordando o tema propriamente dito dessa pesquisa, trazendo em seus tópicos a evolução histórica da atividade médica e a atuação médica nos dias atuais. Mostra que a relação do médico com o paciente é de natureza contratual, expondo também a problemática atual em distinguir as obrigações de meio e as obrigações de resultado em relação a atividade médico-cirúrgica. Evidencia-se, ainda, a importância da demonstração da culpa médica pelo paciente nas demandas judiciais, e por último destacando a necessidade do lesado em mostrar o nexo causal entre o fato lesivo e o ato médico, para que exista o dever de reparar. No terceiro capítulo é demonstrado a relevância dos procedimentos cirúrgicos, apontando os cuidados que devem ter os médicos com os procedimentos cirúrgicos em geral, as cautelas básicas que o médico deve adotar no pré-operatório e no pós-operatório expondo o cuidado que o mesmo médico deve ter face as contra indicações cirúrgicas. Por último a pesquisa aborda os critérios mais modernos para a configuração da responsabilidade civil, mostrando os tipos de provas importantes nas ações por erro médico, sua importância e seus requisitos como também sua força probante. Traz esse quarto capítulo a viabilidade da produção antecipada de provas em algumas ações por erro médico, evidenciando este instituto como uma medida liminar. Em seguida, apresenta-se a abordagem de temas de grande evidencia e sua problemática na atualidade como, a quantificação dos danos que mostram a dificuldade que tem os operadores do direito em fixar em pecúlio a extensão do dano decorrente do erro médico, expõe os limites pecuniários e temporais da sentença, os limites a e responsabilidade que o juiz tem que ter em fixar os valores indenizatórios para o médico, destacando também os limites temporais fixados na sentença, quando houver a ocorrência dos lucros incessantes. E, finalmente, mostra as disposições sobre a responsabilidade do médico-cirurgião no Código de Defesa do Consumidor. Assim, observa-se nos quatro capítulos relatados uma ampla e inovadora abordagem sobre o tema, mostrando soluções e conseqüências advindas do erro médico.

Palavras-Chave: responsabilidade civil. médico-cirurgião. culpa médica. dano.

RESUME

The scientific research has the intention to discourse on the civil liability of the medical surgeon, being promoted the academic debate concerning the modern criteria for its application. Through the legal exegetic method always basing the arguments on the doctrine and the dominant jurisprudence, an innovative vision is presented on the present subject. Initially, in the first chapter it is approached civil liability in its ample form, bringing in its topics the concept of the civil liability, the boarding of the subjective and objective responsibility explaining the theories that base them, as well as the theory adopted for the native legislation, and still, the species of the civil liability, detaching estimated its. As the chapter properly deals with the civil liability of the medical surgeon, approaching the subject said of this research, bringing in its topics the historical evolution of the medical activity and the medical performance in the current days. Sample that the relation of the doctor with the patient is of contractual nature, also displaying problematic the current one in distinguishing the obligations from way and the obligations of result in relation the doctor-surgical activity. It is proven, still, the importance of the demonstration of the medical guilt for the patient in the demands judicial, and finally detaching the necessity of the injured one in showing to the causal nexus between the harmful fact and the medical act, so that the duty exists to repair. In the third chapter the relevance of the procedure is demonstrated surgical, pointing the cares that must have the doctors with the surgical procedures in general, cautelas basic that the doctor must adore in the daily pay-operatório and the postoperative one displaying the care that the same doctor must have face against surgical indications. Finally the research approaches the criteria most modern for the configuration of the civil liability, showing the types of important tests in the actions for medical error, its importance and its requirements as well as its probative force. The viability brings this room chapter of the anticipated discovery in some actions for medical error, evidencing this institute as a restraining order. After that, it is presented boarding of subjects of great evidences and its problematic one in the present time as, the quantification of the damages that show the difficulty that has the operators of the right in fixing in savings the extension of the decurrent damage of the medical error, display the pecuniary and secular limits of the sentence, the limits and the responsibility that the judge has that to have in fixing the indenizatórios values for the doctor, also detaching the secular limits settled in the sentence, when will have the occurrence of the incessant profits. E, finally, shows the disposals on the responsibility of the doctor-surgeon in the Code of Defense of the Consumer. Thus, an ample and innovative boarding is observed in the four chapters told on the subject, showing happened solutions and consequences of the medical error.

Word-Key: civil liability. doctor-surgeon. medical guilt. damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	10
1.1 Conceito e noções preliminares.....	10
1.2 Teorias de responsabilidade civil: objetiva e subjetiva.....	11
1.3 Espécies de responsabilidade civil.....	13
1.3.1 Responsabilidade contratual.....	13
1.3.2 Responsabilidade extracontratual.....	13
1.4 Pressupostos da responsabilidade civil.....	13
1.4.1. Ação ou omissão.....	14
1.4.2 Culpa ou dolo do agente.....	14
1.4.3 Relação de causalidade.....	15
1.4.4 Dano.....	15
CAPITULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO.....	16
2.1. Evolução histórica	16
2.2 Atuação médica e direito.....	18
2.3 Natureza e características do contrato médico	19
2.4 Obrigações de meio e de resultado.....	20
2.5.Demonstração da culpa	24
2.6 Nexo causal.....	25
CAPITULO 3 A RELEVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS.....	27
3.1 Procedimento cirúrgicos	27
3.2 Cautelas básicas do pré-operatório	28
3.3 Cautelas básicas no pós-operatório.....	30
3.4 Contra-indicações cirúrgicas	31
CAPÍTULO 4 CRITÉRIOS MODERNOS DE APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO.....	34

4.1 Prova do erro médico.....	34
4.1.1 Depoimento pessoal do demandado.....	36
4.1.2 Prova documental.....	36
4.1.3 Prova testemunhal.....	39
4.1.4 Prova pericial.....	40
4.1.5 .Produção antecipada de provas.....	43
4.2 Quantificação dos danos.....	44
4.3 Limites temporais pecuniários da sentença.....	46
4.4 Valor da causa.....	49
4.5 O código de defesa do consumidor e responsabilidade civil do medico.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

A evolução da medicina trouxe consigo diversas inovações nas técnicas e nos procedimentos cirúrgicos para os profissionais que atuam na área médica. Trazendo assim, meios e equipamentos eficazes para diagnosticar e tratar os diversos tipos de patologia. No aspecto jurídico essa evolução acarreta conseqüências para os médicos, saindo esses profissionais mais especificamente o médico-cirurgião da irresponsabilidade absoluta, para ser alvo de infinitas demandas judiciais, ou seja, a evolução trará a responsabilidade civil para o médico-cirurgião, aparecendo assim, caso o médico haja com o culpa *latu sensu* com o seu paciente, o dever de reparar.

Nessa respectiva pesquisa científica tratar-se-á de expor os aspectos jurídicos da atividade médica, mostrando os meios processuais, materiais e administrativos, que possam elucidar a responsabilidade civil do médico-cirurgião no ordenamento jurídico pátrio e destacando, principalmente, os critérios modernos para sua aplicação nos casos concretos.

O tema da responsabilidade civil do médico-cirurgião é um tema novo para o ordenamento jurídico brasileiro, sendo um campo aberto para o exercício da atividade jurídica, trazendo com isso curiosidades e grandes debates doutrinários entre os operadores do direito. A presente pesquisa apresentará os meios mais eficazes de atuação jurídica, principalmente na questão processualística. Assim, utilizar-se-á o método exegético jurídico, recorrendo a pesquisas históricas, doutrinárias e jurisprudenciais que evidenciam, os pensamentos majoritários e as discussões sobre o tema, mostrando também polêmicas em relação a responsabilidade civil do médico-cirurgião.

O capítulo inicial trará um resumo sobre a responsabilidade civil em geral, sendo uma espécie de preliminar antes do início do segundo capítulo, que trará o tema propriamente dito. No primeiro capítulo apresentar-se-á a abordagem do conceito da responsabilidade civil, teoria sobre a culpa evidenciando a responsabilidade objetiva e a subjetiva, trará ainda, as espécies de responsabilidade civil, ou seja, a responsabilidade contratual e extracontratual. E, principalmente, serão expostos os pressupostos da responsabilidade civil, ou seja, ação ou omissão, culpa, relação de causalidade e o dano.

O segundo capítulo discorrerá sobre evolução histórica, a atuação médica e explicará porque a atividade do médico é uma relação contratual. Já no que se refere especificamente a responsabilidade civil do médico-cirurgião, trará explicações de quando ocorre as obrigações de meio e de resultado e a importância desses tipos de obrigações na

cirurgia plástica. Evidenciará a importância da culpa no erro médico e do nexo causal para que esse obtenha o sucesso nas ações indenizatórias contra os médicos-cirurgiões.

O terceiro capítulo elucidará a temática da relevância dos procedimentos cirúrgicos para que se prove a culpa ou a inocência do médico-cirurgião, mostrando a importância da observância de medidas de segurança, que o médico deve ter com o paciente, antes e depois do procedimento cirúrgico, expondo meios procedimentais cirúrgicos do médico, em que este poderá evitar sua culpa, em um futuro ato danoso em uma cirurgia. Mostrará a viabilidade das intervenções cirúrgicas e quando será cabível esse procedimento, observará também qual sua importância jurídica para o médico como também para o paciente.

O último capítulo discorrerá sobre as questões processuais, fazendo uma abordagem dinâmica e inovadora sobre o tema da responsabilidade civil do médico-cirurgião. Abordar-se-á a questão probatória nas ações de indenização por erro médico, mostrando as provas mais relevantes e cabíveis nessas ações, evidenciando suas características, importância e problemática, nas questões práticas no judiciário brasileiro. Será exposto, também temas de grande polêmica subjetiva, como a quantificação dos danos materiais e morais trazendo meios e explicações para que consigam os operadores do direito, chegar a um valor pecuniário que atenda a extensão do dano sofrido pelo paciente em decorrência do erro médico.

O quarto capítulo vai expor a questão dos limites temporais e pecuniários da sentença, ou seja, mostrará até que idade o lesado poderá receber os lucros cessantes pelo dano sofrido, qual a idade mínima que o lesado deverá ter para receber os devidos lucros cessantes, qual o limite pecuniário e os elementos para que o juiz tenha como aplicar uma sentença justa. Mostrará também a viabilidade do valor da causa nas ações por erro médico. Por último, trará disposições sobre o Código de Defesa do Consumidor que remeterá observações sobre quando será possível a responsabilidade objetiva dos médicos-cirurgiões.

CAPÍTULO 1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Esse capítulo apresenta uma explanação das generalidades sobre a responsabilidade civil, enfocando suas teorias, as espécies de responsabilidade, seus pressupostos dando grande ênfase a culpa em todas as suas formas, e mostrando o dano como elemento fundamental para uma futura demanda judicial.

1.1 Conceito e noções preliminares

Atualmente é verificável a tendência de não deixar irressarcida a vítima de atos ilícitos civis. Observa-se corriqueiramente na prática, pois, os tribunais brasileiros estão abarrotados de ações de indenização das mais variáveis espécies, o que hoje chama-se da indústria do dano. Essa tendência de ressarcir o dano civil entitula-se de responsabilidade civil.

Apesar de ser um tema em alta, os doutrinadores não chegam a um consenso no conceito da responsabilidade civil, tendo os autores diferentes visões sobre o tema deixando o conceito científico de lado, e se restringindo a dar uma interpretação conceitual ampla sobre esse tema de grande importância no atual ordenamento jurídico.

Caio Mário da Silva (1990, p.11) expõe a dificuldade e a não homogeneidade sobre o conceito desse tema, dispondo que “a responsabilidade civil consiste na efetivação da responsabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma”.

Rui Stoco (2001, p.250) dá um conceito mais simplório mais de grande eficiência, expondo que “a noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos”.

Maria Helena Diniz (1999, p.34) conceitua responsabilidade civil, como:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Com o exposto acima, fica claro que o interesse do lesado no ilícito civil é o privado e não o interesse público, ou seja, o ato do agente pode não ter infringido a norma de ordem pública, mas atinge o interesse privado, tendo o causador do dano o dever de repará-lo.

A Constituição Federal regulamentou o assunto em seu texto, dispondo no seu artigo 5º, inciso X:

Art 5º.

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A Constituição Federal de 1988, previu como principal consequência da prática do ato ilícito, a imediata obrigação de reparar para o autor do dano, ficando clara a natureza obrigacional e pessoal do dano, sendo a responsabilidade pressuposto fundamental para que o agente causador do dano tenha ou não a obrigação de repará-lo. Assim, se é violado contrato ou obrigação firmada entre as partes e uma delas descumprir a obrigação assumida, responderá estas pelos prejuízos que causou a outrem, surge assim a necessidade de reparar, podendo essa acontecer de várias formas: multa, indenização por danos morais e materiais, retorno ao estado anterior ao dano, compensação, etc...

1.2 Teorias de responsabilidade civil: objetiva e subjetiva

Conforme o fundamento que se dê a responsabilidade civil a culpa será ou não elemento da obrigação de reparar o dano. Tendo por base, a responsabilidade civil será dividida em duas teorias que evidenciam a responsabilidade subjetiva e objetiva.

A responsabilidade civil baseada na culpa chama-se subjetiva. Pressupondo a culpa como elemento essencial da responsabilidade civil, assim não havendo culpa não existirá o dever de reparar, ou seja, se não a culpa nem culpa não existe o dever de indenizar. É o que dispõe a teoria Clássica, fundamentando a culpa como elemento essencial para a existência da responsabilidade civil.

O nosso Código Civil Brasileiro filiou-se a responsabilidade subjetiva, fica claro no artigo 186 e 927 do mesmo, dispõe:

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

Art. 927. Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Diante do exposto, fica claro que os artigos demonstram que o código civil de 2002, tem por base a culpa e o dolo para que haja a existência da obrigação de reparar, sendo regra necessária para o nosso ordenamento jurídico, sem causar prejuízos para a responsabilidade objetiva.

A Segunda teoria é baseada na responsabilidade objetiva. A casos em que a lei impõe a responsabilidade sem a culpa, ou seja, em casos determinados legalmente haverá a necessidade de reparar o lesado, mesmo que inexista culpa, só necessitando a existência do dano e do nexo de causalidade. A responsabilidade objetiva existe no ordenamento jurídico brasileiro, em leis esparsas e em vários dispositivos do código civil, como por exemplo, os artigos 936, 937, 940, e com destaque ao art. 936, que reza: “Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”.

A responsabilidade objetiva se baseia na teoria do risco que leva em conta que todo dano é indenizável e deve ser responsável por ele quem teve ligação pelo nexo de causalidade, independente de culpa. Aqui só será necessário provar a ação ou omissão danosa, conjuntamente com a relação de causalidade, independente de culpa para que exista o dano.

A responsabilidade objetiva divide-se em pura, é a propriamente dita, ou seja, não necessita da prova de culpa; ou impura, onde a culpa é presumida, aqui só precisando à ação ou omissão e o dano superveniente.

Nessa segunda teoria de responsabilidade civil o ônus da prova é invertido. Assim, caso o réu não prove que não tem culpa, terá que reparar o lesado, pois a culpa será presumida.

É importante deixar claro que a responsabilidade objetiva não substituir a responsabilidade subjetiva, ficando a primeira delimitada aos e seus limites especificados na lei. Assim, as duas teorias se conjugam e se dinamizam.

1.3 Espécies de responsabilidade civil

Neste instante da reflexão científica, é salutar a apresentação das espécies de responsabilidade civil. Assim, com base na doutrina competente, percebe-se que existem duas espécies de responsabilidade civil: contratual e a extracontratual. Observar-se-á suas peculiaridades a seguir.

1.3.1 Responsabilidade contratual

A responsabilidade contratual decorre do inadimplemento de uma obrigação contratual de uma das partes, ou seja, de um acordo de vontades feito entre os sujeitos da relação, e uma das partes descumprir este acordo. Aqui o ônus da prova caberá ao credor, tendo ele que provar a ocorrência do dano.

Nesse instituto mostrando o vínculo firmado entre as partes, ou seja, o contrato, que será fácil a condenação do réu, pois, não será necessário provar a culpa. Aqui só será necessário mostrar o inadimplemento contratual e a consequência disto o dano.

1.3.2 Responsabilidade extracontratual

A responsabilidade extracontratual surge da inobservância do dever genérico de não lesar a outrem, como também não causar dano a ninguém. Esse tipo de responsabilidade se consubstancia no ilícito extracontratual que infringe um dever legal genérico.

Nessa segunda espécie de responsabilidade não existirá vínculo entre as partes quando praticado o dano, assim aqui será invertido o ônus da prova, sendo necessário que o lesado prove o dano para que possa pleitear o ressarcimento.

1.4 Pressupostos da responsabilidade civil

Os pressupostos da responsabilidade civil são os elementos essenciais para a existência desse instituto. O artigo 186 do Código Civil evidencia todos esses elementos, como analisar-se-á, a seguir.

1.4.1. Ação ou omissão

Ação pode ser entendida como a exteriorização da vontade do agente. Já a omissão é deixar de fazer o que devia fazer, ou seja, só a omissão quando existe obrigação legal do omissor de praticar fato determinado, e que demonstre que se não tivesse ocorrido a omissão o dano poderia ser evitado.

Há ação ou omissão quando derivar de ato próprio, ato de terceiro que esteja sobre guarda do agente, e ainda pode responder por danos causados por animais e coisas que lhe pertençam. Decorrendo assim o dever de indenizar caso exista culpa do agente.

1.4.2 Culpa ou dolo do agente

A culpa pode ser *latu sensu* que é a forma mais ampla da culpa aqui abarcando o dolo e a culpa *stricto sensu*. Clóvis Beviláqua (1957, p.241) conceitua esse tipo de culpa como “toda violação de um dever jurídico”.

A culpa verificada no artigo 186 do Código Civil é a *stricto sensu*, já que depois ela dispõe sobre o dolo logo após, e evidência indiretamente a culpa *latu sensu*, já que abarca o determinado artigo os elementos essenciais desse tipo de culpa. Clóvis Beviláqua (1957, p.78), conceitua esse tipo de culpa como “toda violação de um dever jurídico”.

A culpa *strictu sensu*, é aquela em que o agente não deseja causar dano a outrem, mas acaba praticando o ato lesivo mesmo sem ter a intenção.

Existem três modalidades de culpa: negligência, imprudência e imperícia. Os conceitos dessas modalidades de culpa são muito parecidos sendo percebido as diferenças nos detalhes, são esses os conceitos.

Negligência é a não observância de normas que nos ordenam a agir com atenção, solicitude e discernimento. Verifica-se que a negligência é caracterizada por uma culpa omissiva.

A imprudência é precipitação ou ato de proceder sem cautela. Mostra-se como uma conduta ativa por parte do agente para a existência da culpa.

A imperícia é geralmente ligada a maneiras de proceder da atividade específica na qual o agente exerce. Para Maria Helena Diniz (1999, p.40) a imperícia é “a falta habilidade ou inaptidão para praticar certos atos inerentes a profissão do agente”.

O dolo é um dos elementos da culpa *latu sensu*. Para Savigny (apud, Gonçalves, p.32)B “consiste o dolo na vontade de cometer uma violação de direito e a culpa na falta de diligência”. Assim, o dolo na esfera civil é a intenção ativa e consciente de causar dano a outrem. Já Washington de Barros (1993, p.414) evidencia que “a responsabilidade subjetiva a mais ligeira culpa produz obrigação de indenizar (*in lege aquilia et levissima culpa venit*)”.

1.4.3 Relação de causalidade

A relação de causalidade se evidencia emnexo de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Caso não exista essa relação de causalidade, não existirá o dever de reparar, ou seja, se houve o dano, mas não existiu relação entre a conduta do agente e o fato danoso não poderá existir o dever de indenizar. No entanto se houve comprovação do nexode causalidade, entre o evento e a suposta seqüela, evidenciará o dano e conseqüentemente a culpa.

1.4.4 Dano

O dano é considerado o elemento mais importante da responsabilidade, pois sem a ocorrência desse elemento não existirá a responsabilidade e conseqüentemente inexistirá o dever de reparar, pois inexistirá o fato danoso. Como pensamento que expressa o nosso Carlos Roberto Gonçalves (2003, p.34) dispõe “se existe violação de um dever jurídico, tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida se não for verificado prejuízo”. Evidencia-se então, que ocorre o dano surge o dever de indenizar, tendo que ser apurado este fato para que o lesado seja devidamente indenizado.

Existem duas espécies de dano: material e moral.

O dano material é o ato lesivo que atinge o patrimônio da vítima diretamente ou indiretamente. Já o dano moral é aquele dano que atinge interesses não patrimoniais, sendo a lesão tendente para o lado psicológico do lesado. No entanto, em uma demanda judicial pode ser pedido na petição inicial danos morais e materiais conjuntamente, caso o dano tenha tido essa extensão.

CAPITULO 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO

Este segundo capítulo, evidencia a responsabilidade civil do médico cirurgião, dando contornos gerais sobre o tema, mostrando a evolução histórica da atividade médica, atuação médica e direito, natureza e características do contrato médico, obrigações de meio e de resultado, demonstração da culpa médica e a importância do nexo causal para uma futura reparação por erro médico.

2.1. Evolução histórica

Desde os primórdios o homem corre em busca da evolução da medicina, aperfeiçoando e criando tratamentos para uma vida e existência mais saudável para toda a sociedade.

Durante toda a existência humana, o homem se deparou com diversas doenças, patologias e alterações estéticas e físicas no corpo humano, tendo assim buscado incessantemente a perfeição da medicina, chegando aos dias atuais em temas que no século passado ninguém nem sonhava nessa hipótese, como: a busca do genoma e a clonagem humana, a codificação do DNA humano, e cada vez mais, os médicos aparecem com novas surpresas.

Segundo cientistas a mais antiga história médica conhecida é datada em 2980 a.C., no Egito Antigo. Há relatos que na antiguidade os chineses foram precursores da medicina alternativa muito utilizada nas sociedades orientais daquela época.

Verifica-se que a procura da evolução da medicina sempre existiu e conjuntamente com ela veio as devidas responsabilidades de seus profissionais, assim, surgindo deveres que de início não existiam. No início da idade antiga a responsabilidade médica não existia o fator culpa, ou seja, só existia uma reação de vingança da população, decorrente dos erros advindos do exercício de sua profissão, não existindo nessa época apuração do presumível erro médico. Sendo a própria pessoa que se achava lesada ou seus familiares que tomavam medidas contra o médico, podendo ser essa sanção de cunho financeiro ou punitivo.

Surge assim a necessidade do Estado normatizar o exercício da medicina e a responsabilidade das punições aos seus profissionais, para esta profissão não ficar sujeita a grandes injustiças .

O primeiro ato normativo estatal que se tem conhecimento foi na Mesopotâmia com o Código de Hamurabi, e quem desrespeitasse suas regulamentações, seria severamente punido, fica claro no texto descrito por Irany Novah de Moraes (1998, p.355)

Se um medico abriu um tumor ou tratou com faca uma ferida grave ou curou um olho doente ele recebera dez ciclos de pratas se o paciente for um homem livre, cinco ciclos de pratas se for um descendente de plebeu, dois ciclos se for um escravo. Se um medico abriu um tumor ou tratou com faca uma ferida grave, e isso causou a morte de uma pessoa., se o medico fez o paciente perder o olho, então suas mãos serão cortadas, se se tratar de um homem livre. Se tratar do escravo de um plebeu, ele deverá fornecer outro escravo. (Trecho do Código de Hamurabi, Mesopotâmia, 1700 a.C.)

O Direito Romano adota uma postura que até hoje vem servindo de base a muitas legislações modernas, atualmente, chama-se de restituição de valores pelo dano causado no caso concreto, na época chamava-se composição tarifaria. Surge aqui também a *Lex Aquilia Damno*, sendo ela a precursora do surgimento da culpa com elemento fundamental da responsabilidade civil, nessa época só poderia ser indenizado quem conseguisse provar a culpa médica. Em Roma, havia outros tipos de penas para os médicos, caso fosse provado sua culpa, como: pena de morte e deportação dependendo da qualificação do dano.

A Grécia foi de grande importância no sentido filosófico para o tema, lá foi onde surgiu o juramento de hippocrates, que até hoje é usado como juramento de responsabilidade e ética médica, nas formaturas da área de saúde.

Na Idade Média ocorreram grandes inovações com as universidades, sendo essas estruturadas para formar especialistas na área. Surge também as corporações médicas que visavam defender os interesses dos médicos.

Na Idade Moderna a academia de medicina de Paris no ano de 1829, proclama que a única responsabilidade que teria o médico era moral, não podendo ele pagar danos que viessem a ter seus pacientes após ou durante o procedimento cirúrgico, exceto, em casos que fique evidente a culpa ou dolo do médico. Para os defensores dessa tese, a principal fundamentação, era que haveria enriquecimento sem causa do suposto lesado, por conta da indeniza;ao paga pelo medico devido o suposto dano que ele causou. Ficou conhecida essa responsabilidade, como, “Eufemística”.

Essa foi a situação, em relação à responsabilidade civil do médico na Europa até meados do século XIX, e só após essa etapa turbulenta o Estado veio a incorporar uma tendência a indenização, tanto por danos morais como por danos materiais, por conta de seus erros médicos, evoluindo até o estado normal, no tocante a responsabilidade civil do médico.

2.2 Atuação médica e direito

Em tempos não muito distantes, o exercício da atividade médica era intocável, por lidar com vidas os profissionais que exercem essa atividade já chegaram a ser considerados como seres sagrados, uma espécie de semi-deuses. Com as transformações tecnológicas advindas no século XX e sua gradativa evolução até os dias atuais, deram um novo prisma, em relação a temática da Responsabilidade Civil do Médico. Tendo os operadores do direito uma visão mais crítica sobre o tema, e tentando tomar as devidas medidas processuais, quando o médico tentar sair impune de erros absurdos, cometidos no exercício da sua atividade.

A medida que a sociedade evolui, vem com ela a conscientização de seus direitos e deveres. Verifica-se atualmente que o judiciário está abarrotado de demandas por erro médico, isto deve-se ao maior acesso da população, ao conhecimento e aos órgãos públicos. Vale salientar que, esse acesso ao conhecimento ainda é ínfimo no Brasil, por isso a população mais carente é vítima de erro médico e, ainda, não sabe como ter o devido acesso a justiça, principalmente pela falta de conhecimento dessas pessoas

Todas as classes sociais são vítimas do mau exercício da atividade médica, mas por inocência da população a muitos médicos que saem impune por erros médicos, ou pelo lesado não ter conseguido provas suficientes da culpa do médico, ou por ter o brasileiro ainda tem o costume de ver o médico como amigo da família. Fica claro que se tornando o médico amigo do paciente, tendo com ele uma relação familiar, será quase impossível que o lesado entre com qualquer ação indenizatória contra o médico. Com isso, as atitudes da população, acaba por consagrar grandes impunidades, como é observado todos os dias nos meios de comunicação.

Atualmente, é evidente que as instituições que fiscalizam a atividade médica não tem dado as devidas punições aos médicos que não tem o devido comprometimento com o exercício da sua atividade, mostrando-se injusta e corporativista com profissionais que por sua mal formação, assolando os tribunais brasileiros, com a xerox do mal uso do

exercício da sua atividade. Como é demonstrado, a melhor alternativa para a sociedade é o pedido em demanda judicial, para ter o seu direito visto e reparado. Tendo o suposto lesado o dever de ser reparado quando ficar provado o devido erro médico.

2.3 Natureza e características do contrato médico

Durante muito tempo houve discussão em torno da natureza jurídica da relação médico-paciente, principalmente por conta do antigo Código Civil que colocava a responsabilidade do médico na seção das responsabilidades extracontratuais. Essa discussão não se admite mais, pois seria extremamente difícil provar o erro médico nas relações extracontratuais. Principalmente, por conta do corporativismo médico que fragiliza muito o paciente nas demandas judiciais por erro médico. Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor e o advento do Código Civil de 2002, venho a ser considerada a responsabilidade civil do médico uma relação contratual.

No atual Código Civil a responsabilidade civil do médico se encontra na seção das responsabilidades contratuais. Assim existindo a culpa do médico na relação contratual, existirá também o dever de indenizar pelo descumprimento da obrigação .

Fica claro que existindo a inexecução do contrato e ocorrendo o ilícito contratual existirá o direito do lesado de buscar a recomposição pecuniária. Assim, quando houver resultado diverso do esperado , a culpa desse resultado vai derivar do contrato feito entre os sujeitos dessa relação. E evidente que na relação médico paciente existe presença de requisitos essenciais de um contrato, como: bilateralidade, onerosidade e comutatividade, ou seja, será acordado entre s partes o preço, objeto do procedimento cirúrgico e a forma de cumprimento da obrigação.

A responsabilidade médica contratual é matéria pacífica tanto pela doutrina como pela legislação atual. Como dispõe, Maria Helena Diniz(2005,p.236), “Realmente nítido é o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente será de natureza delitual, quando o medico cometer ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão”.

A jurisprudência atual tem o mesmo entendimento, como mostra o seguinte acórdão:

Desinteressa saber se o paciente teve contato ou não com o médico. No momento em que o médico assumiu o mister de fazer a cirurgia, há um contrato implícito com outras pessoas, ele assumiu o dever de empregar

todo o seu conhecimento e o mínimo de cuidados que um cirurgião que se preza deve ter. (TJRS-Processo nº597141803 – 6ª Câmara Cível – Rel. Décio Antonio Erpen – 30/09/98).

O marco inicial da relação médico-paciente é quando o paciente solicita ao médico a prestação de seus serviços médicos, podem estes contratos serem firmados, tanto na forma verbal como na forma escrita, tendo as partes que cumprir com as especificações determinadas a cada, exposta no contrato. O médico com o resultado acordado e o paciente com o referido ônus cobrado.

O contrato escrito não era muito usado, por conta disso era muito grande a quantidade de pacientes que não ingressavam com as ações judiciais por erro médico, devido a fragilidade de provas para esta ação. Com o advento da responsabilidade médica contratual e as infinitas ações por erro médico, tornou-se uma necessidade para ambas as partes o contrato ser escrito. O contrato firmado oralmente tem muita usualidade, principalmente com pacientes mais leigos.

O contrato médico é atípico e inominado, para vigorar não será necessário ter forma especial, sendo as condições do contrato, acordada entre as partes.

Esse tipo de contrato dá a ambas as partes, direitos e deveres, mas o médico carrega a maior responsabilidade devido ser o alvo das demandas judiciais, as principais obrigações do médico são, assumir os riscos inerentes de todo procedimento cirúrgico e atingir os objetivos firmados no contrato, deve o médico agir com a devida presteza, dando informações aos pacientes sobre os riscos inerentes da determinada cirurgia, ter a devida responsabilidade na conduta dos exames pré operatório, pois caso não o faça, responderá os profissionais pelos eventuais resultados negativos, ou seja, ser culpado por algum resultado diverso do esperado. Por isso, é sempre bom guardar a cópia do contrato, pois caso seja necessário será importante meio probatório em uma futura demanda judicial.

2.4 Obrigações de meio e de resultado

Grande problemática existe nas disposições doutrinárias que tratam das relações entre médico-cirurgião e paciente, no tocante, a obrigação de meio e de resultado.

Para Fabricio Zamproga Matielo (1998, p.53) obrigações de meio é “a que vincula o profissional a aplicação diligente de todos os recursos disponíveis para a melhor a condução possível do caso clínico, que será alvo de seu préstimos”.

O autor formulador da teoria das obrigações de meio, Demogue (apud, KFOURI NETO. 2001, p. 168), expõe que: ”Há obrigações de meio quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado”

Fica claro que nesses conceitos os autores tentam mostrar, que na obrigação de meio o médico deve usar todo o seu conhecimento e recursos possíveis, a fim de dar o melhor tratamento possível ao paciente. Nesse tipo de obrigação o paciente só quer a melhora do seu quadro clínico e se for possível a cura da sua patologia. Com isso o médico deve dar o seu máximo para satisfazê-lo e quando o faz, ou seja, quando ele usa todos os métodos eficazes para satisfação da obrigação com o paciente, nunca poderá ele ser culpado pela ocorrência de um eventual dano a este, pois deu o seu melhor.

A justificativa mais plausível para a existência da obrigação de meio é a liberdade da atuação médica, pois se o médico em toda relação tivesse que dar o resultado específico, ou seja, a cura de todas as patologias, sua atividade correria grande risco de cair na exclusão, devido o grande risco inerente a essa atividade. Por exemplo, um paciente tem câncer e terá que fazer cirurgias, para ver se melhora o seu estado clínico. O médico dará o seu melhor para conseguir a recuperação do paciente, mas o câncer em estagio avançado, o procedimento cirúrgico pode não surtir efeito nenhum, não podendo o paciente entrar com indenização, pois aqui a obriga;ao e de meio.

Os tribunais pátrios compartilham o mesmo entendimento da doutrina, como esta exposto, abaixo:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. INSUCESSO DO TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. INDENIZAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO IMPROVIDO. A assistência médico-cirúrgica dá-se por meio de contrato de prestação de serviços, no qual a obrigação assumida é de meio e não de resultado. O insucesso do tratamento não é decisivo para autorizar a indenização, que é devida quando a morte do paciente seja fruto da culpa ou do dolo do profissional.

Sendo assim, objeto desse contrato, a atuação zelosa e tecnicamente correta do médico cirurgião, e caso ele não tome esses devidos cuidados dará a demonstração de

culpabilidade em seu proceder, ficando evidente o erro médico e, conseqüentemente, vislumbrando ao lesado o direito de ser ressarcido pelos eventuais danos ocorridos.

A maioria dos profissionais que atuam na área da cirurgia médica, tem a obrigação de meio, principalmente, os cirurgiões gerais e os reparadores.

A obrigação de resultado é aquela em que o médico assume com o paciente, antes da intervenção cirúrgica, o dever específico de atingir certo objetivo, descumprindo o contrato quando não atingir esse fim, ou seja, aqui não importará os meios usados mas sim, o resultado final. Só desaparecendo a obrigação quando a finalidade acordada entre as partes for cumprida, sendo o resultado final fator primário no contrato e a culpa fator secundário para que exista a obrigação do medico de reparar.

Para os doutrinadores Pamplona e Gagliano (2005, p.227), a obrigação de resultado existe quando “o devedor se obriga não apenas a empreender a sua atividade, mais, principalmente, a produzir o resultado esperado pelo credor”.

Os tribunais brasileiros, tem o mesmo entendimento da doutrina, como fica exposto no acórdão abaixo:

INDENIZAÇÃO – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – CICATRIZES QUE AFETARAM A PACIENTE – RESPONSABILIDADE DO MÉDICO CIRURGIÃO E DA CLÍNICA DE CIRURGIA PLÁSTICA DE SUA PROPRIEDADE – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS CONSISTENTE NO VALOR DE CIRURGIA REPARATÓRIA E DANOS MORAIS FIXADOS EM 50 (CINQUENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS – SENTENÇA REFORMADA – APELO CONHECIDO E PROVIDO – Cumprido ao médico provar que o resultado contratado e pretendido foi alcançado, nos limites da ciência médica atual, o que não foi provado; inaplicável ao caso o disposto no art. 333, I, do CPC, pois a autora é hipossuficiente na relação médico-paciente. Quem detém o conhecimento e, supostamente, a perícia neste caso é o profissional médico contratado, pelo que é de se aplicar o disposto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Em se tratando de cirurgia plástica o que importa é o resultado e que se este poderia ser alterado por questões outras que independessem da atuação do médico, como é o caso da cicatrização, o paciente deveria ter sido amplamente informado das chances de superveniência de resultado indesejado, sendo que ao médico é quem deveria provar que se desincumbiu deste dever. (TAPR – AC 0156986-6 – (10574) – 6ª C.Cív. – Relª Juíza Anny Mary Kuss – DJPR 15.09.2000)

A forma mais comum de atuação do médico-cirurgião é a cirurgia plástica, existindo duas espécies desse procedimento cirúrgico, o estético e o reparador.

A cirurgia estética é um procedimento cirúrgico em alta nos dias atuais, sendo de resultado a obrigação assumida pelo médico-cirurgião. Por conta disso será mais comum as demandas judiciais contra o médico cirurgião esteticista, pois, a finalidade aqui é específica, e caso não atinja o acordado no contrato a reparação será inevitável.

As cirurgias estéticas estão ligadas a motivos psicológicos, para melhorar a aparência física do paciente, por isso, o fim no contrato é determinado, concreto e perfeitamente definido. Esse tipo de cirurgia plástica, não a preexistência de dano, mais, uma transgressão ao senso comum de beleza, tanto na ordem física como funcional, e as vezes só perceptível ao próprio paciente que não se sentido bem com o seu corpo, recorre ao cirurgião estético. Exemplos desses tipos de cirurgias plásticas, são: embelezamento de nariz, cirurgia de silicone, entre outras.

O paciente que recorre à cirurgia estética tem por finalidade aperfeiçoar a sua estética física, não podendo ele alegar insatisfação da prestação médica, numa ação decorrente de erro médico, se o resultado é aceitável ao caso concreto. Assim, só terá procedência nas ações decorrente de responsabilidade civil do médico cirurgião, o erro médico que tiver um resultado grosseiro, ou seja, muito diferente do que foi acordado entre as partes, então existirá o dever de indenizar por parte do médico. Esse é o entendimento dos nossos tribunais:

Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia plástica, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um problema estético. Interessa-lhes, principalmente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória pelo resultado não alcançado (TJSP – Apelação Cível 227.747-1 – São Paulo – 1ª. Câmara Civil – Relator Guimarães e Souza – 15.07.95 – M. V.)

Em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relatado pelo Desembargador Humberto de Mendonça Manes, também cuida de mau resultado decorrente de cirurgia plástica nos seios e no abdômen: o resultado não foi satisfatoriamente atingido e a paciente perdeu um dos mamilos. Extrai-se da ementa:

Se a obrigação é de resultado, e não de meio, àquela vincula-se o médico. Prova dos autos não conclusiva quanto à culpa e à ocorrência de força maior. Procedência do pedido, para condenar o réu ao pagamento das despesas necessárias à realização de novas operações de reparação das lesões. Verba que se concede de dano estético, arbitrada, no caso, de 50 pias nacionais de salário.

O outro tipo de cirurgia plástica é a reparadora, essa tem por finalidade dá uma melhora a uma patologia, são feitas por uma necessidade física ou funcional do paciente. Esse tipo de cirurgia e de extrema necessidade para o paciente, geralmente, por isso é feito em caráter de urgência e com alto risco de não conseguir o resultado esperado pelo paciente, mas é a tentativa da medicina para que o paciente volte ao seu estado físico normal.

Diferente da cirurgia estética, a obrigação gerada na relação entre paciente e médico na cirurgia reparadora será a de meio, já que nesse tipo de intervenção cirúrgica o médico deve agir com total presteza, usando todos os meios necessários para a cura da patologia. Agindo assim não importará o resultado para fins de demanda judicial, pois, o médico agiu com a determinada prudência médica.

Com o exposto, fica evidente que na cirurgia reparadora a pretensão médica e trazer o paciente para as exigências físicas e orgânicas normais, inerentes a todo ser humano. Exemplo: a retirada de hemangiomas pelo corpo do paciente, retirada de sinais cancerígenos, cirurgia de lábios leprosingos.

Excepcionalmente verifica-se que pode haver conversão de obrigação de meio em obrigação de resultado, dependendo só do acordo entre o médico e o paciente.

2.5. Demonstração da culpa

Como já vimos no primeiro capítulo deste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da responsabilidade subjetiva, em relação a culpa, o mesmo entendimento foi acolhido em relação a responsabilidade civil do médico-cirurgião.

Para a existência do dever de reparar na responsabilidade subjetiva, será necessário a demonstração da culpa, sendo esta a premissa principal para a verificação da ocorrência do dano e a subsequente reparação, ou seja, é necessário a comprovação do ato lesivo para que se verifique a culpa do agente.

O código civil de 2002, expressa seu entendimento acerca do assunto, quando expõe no artigo 186 a matéria, o caráter subjetivo da responsabilidade civil do médico. No entanto diante de tantas mudanças legislativas foi necessário o legislador adotar também a teoria da responsabilidade objetiva, nos determinados casos legais. Na responsabilidade objetiva não é necessário demonstrar a culpa, nos casos previstos em lei, sendo aqui só

preciso a constatação de um binômio conduta, versus, danos sofridos. Para que surja o dever de indenizar o lesado.

Fica claro que a responsabilidade médica surge pelo regime contratual estabelecido entre paciente e médico, acontecendo qualquer infringência do contrato será necessário a prova da culpa médica seguida de dano ao paciente.

A culpa médica, designa vinculação do médico ou resultado lesivo por intermédio de uma determinada conduta imprudente, negligente ou imperita, ou por dolo do médico, onde ele responderá além da esfera civil, respondera pelos danos causados na esfera penal, mais a culpa *latu sensu* sempre será necessário para evidenciar o dano das demandas judiciais. Vale salientar, que o médico não terá sua responsabilidade determinada pela profundidade da culpa, mas sim pela simples constatação desta, sendo a profundidade da culpa um elemento subjetivo probatório que facilitará para o juiz na hora de fixar a condenação e reparação do dano ocorrido. Desta forma o entendimento de nossos tribunais, confirma este posicionamento:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização. Erro médico. Culpa grave. Honorários profissionais. Danos estético e moral. Em se tratando de pedido de indenização por cirurgia plástica mal sucedida, provada a culpa, fica o profissional obrigado a restituir ao paciente os honorários, bem como a reparar os danos decorrentes do erro médico. Se em ação de indenização houve pedido de reparação pecuniária por danos morais e estéticos decorrentes de defeitos da cirurgia e outro para pagamento de despesas com futura cirurgia corretiva, atendido a este, inadmissível será o deferimento do primeiro. (TAMG - AC 110.111-3 - 4ª C - Rel. Juiz Mercêdo Moreira) (RJTAMG 46/130).

Existem casos em que o erro médico pode ser comprovado por omissão “negligência”, apesar da maior constatação da culpa, na ação “imprudência ou imperícia”. Aqui o erro é constatado em casos que o médico devia tomar atitudes básicas inerentes a sua profissão e não toma e sem elas acaba vindo o resultado diferente do esperado e do acordado do contrato causando direto ou indiretamente o ato lesivo.

2.6 Nexo causal

Como visto no capítulo anterior o nexo causal é pressuposto da responsabilidade civil, não podendo ser diferente em relação a responsabilidade civil do

médico cirurgião. Deve existir o nexo causal entre a conduta viciada pela culpa e o dano produzido ao lesado, sendo vínculo para que exista suposto dever de indenizar do médico.

A conduta danosa é o primeiro elemento para ocorrência da responsabilidade, mas se não houver o nexo causal entre o dano e a ação ou omissão do médico, não existirá a obrigação de indenizar. Assim, não existe nexo de causalidade quando a conduta ativa ou omissiva do médico não for causadora do dano ocorrido, ou seja, não existe liame decisivo ao determinado caso concreto.

O Nexo de causalidade é essencial na determinação da responsabilidade civil do médico-cirurgião. Será sempre necessário uma profunda investigação para achar os antecedentes dos danos, chegando ao ponto em que será imprescindível para a comprovação da responsabilidade do médico, a determinação se o médico participou ou não da produção do dano. Por exemplo, o médico que esquece objeto cirúrgico dentro do corpo do paciente na hora de uma cirurgia de lipo-aspiração, e o paciente vem a pegar uma infecção generalizada por conta da conduta imprudente do médico. O médico foi quem deu causa ao evento lesivo, ou seja, ocorre claramente o nexo causal em relação ao evento da infecção generalizada, sendo o responsável pelo dano ocorrido ao seu paciente.

Fica claro a importância da investigação dos fatos antecedentes ao dano para que prove a culpa ou a desvincule de qualquer ação ou omissão culposa do médico, não é todo caso que o dano estará vinculado a um eventual conduta culposa deste profissional, pois a casos em que o próprio paciente pode dar causa ao dano, caso, em que ficará evidente a culpa exclusiva da pressuposta vítima.

Assim, se o comportamento omissivo ou comissivo do médico não tiver íntima relação com o dano sofrido pelo paciente não haverá a responsabilidade do médico-cirurgião. É o pensamento da doutrina e da jurisprudência brasileiro:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Provados o dano e o nexo de causalidade, procede a pretensão indenizatória, mormente de seu causador, desatendendo à regra do art. 333, II, da Lei de Ritos, não comprova a ocorrência do fato desconstitutivo do direito lesionado, invocado na peça de bloqueio. Dano moral. O valor da indenização, à míngua de parâmetros legais, fica submisso ao prudente arbítrio do Juiz que, para fixá-lo, louvar-se-á nos princípios gerais do direito à espécie e na equidade.

CAPITULO 3 A RELEVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS

O terceiro capítulo aborda a relevância dos procedimentos cirúrgicos nas ações de reparação por erro médico, expondo temas como procedimentos cirúrgicos gerais, cautelas básicas no pré e no pós-operatório, bem como mostrando a viabilidade das contra-indicações cirúrgicas.

3.1 Procedimento cirúrgicos

Verifica-se que a atividade médica acarreta muitos riscos, devido ao seu caráter eminentemente humano e vital, e dentre as áreas da medicina a que tem maior probabilidade de ocorrência de dano, é a área das intervenções cirúrgicas em sentido amplo. Por isso, percebe-se que o maior interesse jurídico é nessa área, pois ela é que engloba a maior parte das indenizações por responsabilidade médica no sistema jurídico brasileiro.

A realização de cirurgias não só exige a habilidade técnica do profissional, mas atualmente também uma série de subsídios ligados a medicina para que na cirurgia, tudo saia como o previsto, limitando assim, erros e os perigos que sempre existem nesta área da medicina. Entre os subsídios cirúrgicos necessários pode-se citar; uma aparelhagem médica moderna, também entrando nesse rol, uma equipe cirúrgica qualificada. Assim, por todos os riscos decorrentes da atividade cirúrgica, deverá o paciente passar por uma profunda avaliação clínica. O popularmente chamado exame pré-operatório, para emissão de um diagnóstico médico seguro e a verificação de um melhor tratamento cirúrgico.

Podem ser os exames pré-operatórios, globais ou localizados, tendo como finalidade principal ver o estado geral dos pacientes. Com essa série de exames, ficará mais fácil a detecção da presença de fatores que possam elevar o risco da cirurgia, de maneira negativa. Verificando a doença, o médico-cirurgião terá condições de combater e praticamente suprimir os riscos da cirurgia, e quando não for possível a diminuição dos riscos, o médico terá obrigação de contra indicar este procedimento cirúrgico.

Muito comum atualmente, é serem responsabilizados judicialmente os profissionais dessa área que não pedem todos os exames necessários, e os exames que possam dirimir os perigos da cirurgia, tendo o médico nessa situação total responsabilidade pelos danos ocorridos na cirurgia. Revelando sua total omissão com o paciente, mostrando-se inerte na adoção de providencias cabíveis ao eventual dano cirúrgico, e

consequentemente dando todos os ensejos ao lesado para o ajuizamento da demanda judicial por erro médico.

3.2 Cautelas básicas do pré-operatório

O pré-operatório é o período que antecede a cirurgia, sendo esta fase de grande importância para o transcorrer do procedimento médico-cirúrgico. O médico no pré-operatório deve agir com cautela e tomar todas as precauções possíveis antes da intervenção cirúrgica.

Apesar de toda a evolução da medicina, o pré-operatório ainda é um problema para essa área na modernidade, pois existem patologias que não são identificáveis nos exames convencionais, e nesses casos excluem totalmente a responsabilidade médica pelo posterior dano ao paciente, mais caso o médico não tome todas as atitudes cabíveis nessa fase cirúrgica ele estará evidenciando sua culpa, no eventual dano. Caso faça o contrário, ou seja, tome todas as precauções cabíveis mesmo que ocorra um dano advindo de uma patologia que não foi identificada ele estará dirimindo as chances de ocorrência desse perigo de dano. Esse é o entendimento dos Tribunais brasileiros, como demonstra a seguinte decisão do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul:

ACÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO. RESPONSABILIDADE MÉDICA. MIOPIA. CIRURGIA CORRETIVA. QUADRO INFECCIOSO A COMPROMETER UM DOS ÓRGÃOS DE FORMA IRREVERSÍVEL, COM INDICAÇÃO DE TRANSPLANTE PENETRANTE DE CórNEA. NÉLGIGÊNCIA. Ficando evidenciado nos autos que a cirurgia não se realizou em condições de assepsia satisfatória, de modo a diminuir o risco que decorre de toda a operação e da metodologia seguida, e de que o médico não cuidou de prescrever exames laboratoriais capazes de determinar o agente causador da infecção, e assim instituir o tratamento adequado, impõe-se a sua responsabilização."

Nessa fase cabe ao médico formular diagnóstico indicando um melhor procedimento cirúrgico e os cuidados que os pacientes devem ter antes de se submeter a um procedimento cirúrgico. Deve o médico também, antes da cirurgia, escolher seus auxiliares para a devida intervenção com a maior cautela e presteza possível, pois ele é o responsável pelos atos de seus auxiliares, sendo de sua conveniência escolhê-los com total prudência, pois é seu nome que estará em jogo.

É de grande valor nessa fase, para efeitos probantes, é que o médico explique ao paciente todos os métodos e riscos que possam advir na cirurgia, chama-se este

procedimento de consentimento informado. O consentimento informado é um processo de informação que atinge seu final com a concordância do paciente com o tratamento, se for o caso, que lhe está sendo ministrado. Tem reconhecimento mundial a sua necessidade, podendo a não comprovação da sua existência caracterizar um agir culposo do médico no atendimento a um paciente. No atual ordenamento jurídico esse procedimento encontra embasamento em varias legislações, tais como:

À luz da Constituição Federal, o paciente tem pleno direito de recusar um determinado tratamento médico, com fundamento no artigo 5º, II, que reza que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo (autonomia da vontade), salvo em virtude de lei (legalidade).

No mesmo norte, o artigo 10 da Lei nº 9.434/1997 (Lei de Transplante de Órgãos) privilegia, em seu parágrafo 1º, o consentimento do paciente em qualquer situação, em detrimento da decisão do médico, exigindo o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

No direito do consumidor, o dever de informar, correlato do direito à informação (direito fundamental consagrado no artigo 5º, XIV da Constituição Federal), é tido como decorrente do princípio da boa fé objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial.

A jurisprudência pátria confirma o entendimento dominante na legislação brasileira. Desta maneira, destacou-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA - ESTERILIZAÇÃO (LAQUEADURA) DESAUTORIZADA DURANTE CESARIANA - ATO CULPOSO - DANO MORAL.TJPR - APELAÇÃO CÍVEL Nº 61488-6 DE PONTA GROSSA, RELATOR: CUNHA RIBAS JUIZ CONVOCADO.

O Conselho Federal de Medicina, ainda que de forma tímida, também tem reconhecido o dever médico de obtenção do consentimento informado, assim observa-se que:

No mesmo sentido vai o Código de Ética Médica (Resolução nº1.246, de 8 de janeiro de 1988, do Conselho Federal de Medicina) em seus artigos 46, 48, 56 e 59 a saber: "CAPÍTULO IV - Direitos Humanos - É vedado ao médico: Art. 46 – Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida. Art. 48 – Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou bem-estar. CAPÍTULO V - Relação com Pacientes e Familiares - É vedado ao médico: Art. 56 – Desrespeitar o direito do

paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida. 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." Assim, do ponto de vista ético fica bem patente a necessidade de se obter o consentimento informado do paciente nas mais diversas situações da relação médico-paciente.

O Conselho Nacional de Medicina – CNM, em processo administrativo, confirma seu entendimento sobre o consentimento informado, a saber:

PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. PRELIMINARES ARGÜIDAS: CERCEAMENTO DE DEFESA POR NEGATIVA DE JUNTADA DE PROVA EMPRESTADA – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO REGIONAL – ERRO NA DOSIMETRIA DA PENALIDADE. INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 4º, 46, 55, 63 E 65 DO CEM: AO MÉDICO CABE ZELAR E TRABALHAR PELO PERFEITO DESEMPENHO ÉTICO DA MEDICINA E PELO PRESTÍGIO E BOM CONCEITO DA PROFISSÃO - EFETUAR QUALQUER PROCEDIMENTO MÉDICO SEM O ESCLARECIMENTO E CONSENTIMENTO PRÉVIOS DO PACIENTE OU DE SEU RESPONSÁVEL LEGAL, SALVO IMINENTE PERIGO DE VIDA - USAR DA PROFISSÃO PARA CORROMPER OS COSTUMES, COMETER OU FAVORECER CRIME - DESRESPEITAR O PUDOR DE QUALQUER PESSOA SOB SEUS CUIDADOS PROFISSIONAIS - APROVEITAR-SE DE SITUAÇÕES DECORRENTES DA RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE PARA OBTER VANTAGEM FÍSICA, EMOCIONAL, FINANCEIRA OU POLÍTICA. MANUTENÇÃO DA PENA DE "CASSAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL.

Depois do médico ter explicado o procedimento ao paciente, deverá este, dar ou não a permissão para que o médico venha a fazer a futura intervenção cirúrgica. Caso o médico não dê as referidas informações sobre o devido procedimento cirúrgico, não será de imediato sua conduta considerada omissiva culposa, apesar de levar fortes indícios para que seja. Para que a conduta a ele seja imputada, considerando assim, esta culposa, será necessário que aconteça o dano no procedimento cirúrgico e que também haja nexos de causalidade entre o dano e o procedimento omissivo do médico.

3.3 Cautelas básicas no pós-operatório

O pós-operatório é o momento após a cirurgia, em que haverá a recuperação do paciente, ficando ainda este sob os cuidados médicos, ou seja, haverá ainda a existência

da prudência médica nessa fase, tendo ele que usar todas as obrigações de vigilância com o paciente, mantendo as mesmas cautelas que teve no pré-operatório. Há certos casos em que será acrescentado outras medidas, além, do acompanhamento médico na evolução do quadro clínico do paciente.

É notório que o médico tem obrigações com o paciente até a total recuperação clínica deste, em relação a devida intervenção cirúrgica, sendo uma medida preventiva para evitar futuras complicações após a cirurgia. Essas complicações podem aparecer de várias maneiras. Por exemplo, infecções pós-cirurgia ou rejeições internas à anestesia.

É evidente que o médico quando ou, por ação ou omissão, vem a causar danos no pós-operatório terá a mesma responsabilidade que poderá advir no pré-operatório ou no momento da operação.

A de ficar claro que essas fases cirúrgicas são um conjunto indissociável para a existência da responsabilidade civil do cirurgião e, conseqüentemente, a existência do dever de reparar o dano. Assim, configura-se a conduta omissiva não só mediante a ausência de exames essenciais para a cirurgia, como também, a má conduta na cirurgia que venha a causar eventual dano ao paciente; ou como não tomar devidas precauções para uma melhor recuperação do paciente após sua cirurgia. Em todos esses casos e em todas as fases cirúrgicas em que ficar provado o dano, culpa médica e nexo de causalidade terá o médico que responder por sua conduta culposa.

3.4 Contra-indicações cirúrgicas

É preciso discutir as situações que implicam uma contra-indicação para cirurgias. Realmente, existem casos que pela complexidade recomendam a não intervenção cirúrgica.

Fabrizio Zamprogna Matielo (1998, p.116), em seu entendimento sobre contra-indicações cirúrgicas expõe que:

Os procedimentos cirúrgicos, ainda quando sabiamente eficientes para combater determinadas lesões e genericamente indicados para tanto, podem ser desaconselhados a partir da constatação da presença de certos fatores de multiplicação de risco.

Assim, ele tenta expor que, existindo condições adversas com o paciente para o devido procedimento cirúrgico, sendo perceptível esses fatores pelo cirurgião, este terá

que contra-indicar a determinada intervenção cirúrgica, ou seja, ele não deve operar o paciente para evitar uma eventual ocorrência danosa.

Geralmente as contra-indicações cirúrgicas trarão mais danos caso ocorra a cirurgia, do que benefícios caso esta não ocorra. Sendo o médico prudente, ele desistira da intervenção cirúrgica.

Quando o médico não puder realizar a cirurgia devido as contra-indicações cirúrgicas, para evitar a ocorrência de um futuro dano neste procedimento, ele terá que optar por outro meio terapêutico que traga menos riscos e melhores resultados ao paciente dando assim uma menor proporção de ocorrência de danos para o seu paciente.

As contra-indicações cirúrgicas devem ser verificadas só no diagnóstico pré-operatório, devendo o médico ser prudente e cauteloso nessa fase, tendo total atenção sobre a viabilidade da cirurgia. É de fundamental importância o diagnóstico preciso da doença, pois em casos de doenças iguais o tratamento poderá ser totalmente diferente, devido a variabilidade de condições externas e internas do corpo humano. Por exemplo, casos em que o paciente tem idade avançada, sempre ocorrerá elevados riscos devido a sua idade e condições orgânicas sendo este paciente debilitado pela ação do tempo, não poderá ter o mesmo tratamento de uma pessoa de dezoito anos de idade, na sua plena forma.

As contra-indicações podem ser combatidas de várias maneiras depois que constada a patologia. Podendo o médico combater a doença, com remédios e outros meios inclusive alternativos, e verificando o médico posteriormente que com o tratamento desapareceu o motivo da contra indicação cirúrgica, poderá ele realizar a cirurgia.

Com o exposto, fica claro que as contra-indicações cirúrgicas tentam evitar que o paciente faça cirurgias inúteis ou maléficas para sua saúde, e responsabilizando o médico, caso seja culpado no dever de averiguar se o seu paciente tinha as condições necessárias para a intervenção cirúrgica. Sendo essa culpa omissiva, o erro médico será grave existindo claramente o dever de reparar.

A doutrina converge com o pensamento dos tribunais pátrios, como evidencia a decisão tomada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a saber:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DANO MATERIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. RETIRADA DA MAMA DIREITA. NEGLIGÊNCIA MÉDICA NO TRATAMENTO TEMPESTIVO DO CÂNCER. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR. VALOR. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

CAPÍTULO 4 CRITÉRIOS MODERNOS DE APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO

Neste capítulo final, apresenta uma abordagem moderna sobre os critérios de aplicação da responsabilidade civil do médico cirurgião, apontando meios singulares para uma melhor aplicação de medidas processuais nas ações de reparação por erro médico. Este capítulo aborda tema de matéria probatória, como: prova material, documental, pericial, depoimento pessoal do demandado, produção antecipada de provas. Também traz o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre, quantificação de danos morais e materiais, limites temporais e pecuniários da sentença, valor da causa e Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade médica.

4.1 Prova do erro médico:

Questão de suma importância nas ações indenizatórias referentes ao erro médico, é a apresentação de provas contundentes nas devidas demandas judiciais. Logo, o autor da ação conseguindo provar o dano sofrido, terá o seu pedido deferido. Por isso, deverá o lesado expor os fatos que o ampara, mostrando provas contundentes para que o juiz tenha o melhor aparato possível, para decidir favorável ao seu pedido, mesmo que a responsabilidade seja objetiva. Quando a responsabilidade for objetiva o ônus da prova será invertido, tendo o médico que expor provas que influenciem o juiz ao seu favor.

A prova do dano causado pelo erro médico é de difícil apuração, pois geralmente os atendimentos médicos são feitos no próprio consultório médico e os equipamentos usados se encontram lá também, ou seja, o manejo dos equipamentos são de uso exclusivo do médico e de sua equipe, sendo o acesso na fase cirúrgica restrito aos funcionários e ao próprio médico. Vale salientar que a responsabilidade de eventuais danos por erros da equipe cirúrgica é do médico, não respondendo a sua equipe cirúrgica por eventuais danos ocorridos na cirurgia.

Em decorrência, do restrito acesso de terceiros a sala de cirurgia, são raras as ocasiões em que existem testemunhas externas, de situações que originam o dano, dando uma maior oportunidade de defesa aos médicos nos processos em que são réus, e dificultando o trabalho do lesado para conseguir meios de prova para comprovar o eventual dano.

Essa dificuldade no acesso de terceiros ao ambiente de atendimento médico e de onde ocorrerá o eventual procedimento cirúrgico, existirá pela necessidade de dar, a maior segurança possível ao paciente, sendo o isolamento do deste necessário para promover o combate de possíveis infecções oriundas do ambiente cirúrgico. Com isso, o médico tomará as medidas de precaução, para que o paciente não se exponha na hora da cirurgia e até depois a doenças, como: infecções hospitalares e outros tipos de doença ao qual o paciente poderá ficar exposto. Caso o médico não tome as medidas procedimentais inerentes a sua profissão.

A prova do erro médico sempre foi um grande problema para os operadores do direito, por ser difícil o acesso às provas e conseqüentemente a dificuldade em trazer a tona a veracidade dos fatos para uma melhor avaliação dos fatos pelo magistrado. Na apuração da responsabilidade civil do médico cirurgião, o juiz deverá levar em conta todas as circunstâncias da atuação do médico. Por exemplo, a atuação pública, número de atendimentos diários, condições hospitalares, condições materiais do médico, entre outros problemas existentes. Esses motivos são de extrema validade subjetiva para atuação do juiz nas ações indenizatórias, mas não deve, essas circunstâncias serem motivos de isenção de responsabilidade do médico, pois caso seja provada a sua culpa no evento danoso, constata-se que o juiz tem o dever de aplicar as conseqüências jurídicas cabíveis com base na lei.

O judiciário, por conta de todas as dificuldades probatórias já mencionadas, deve propiciar na prática, aos lesados uma maior facilidade ao acesso, e a busca de provas que possam ajudar nas suas demandas judiciais. O lesado terá o direito de produzir todo o tipo de prova, caso estas sejam lícitas, ou seja, poderá ele produzir as provas que a legislação pátria não vede expressamente. Assim, permite a legislação brasileira à produção de todo tipo de prova lícita, como: depoimento pessoal do demandado, anexação de documentos escritos de toda a natureza, a ouvidoria das testemunhas, a realização de perícias, inspeções judiciais, entre outros meios probantes. Tendo na prática, maior valor probante, as evidências culposas mostrada na realização de perícias; a ouvidoria de testemunhas, como as anotações médicas ou de sua equipe anotadas no prontuário médico, podendo esses meios probatórios dar maior veracidade as alegações feitas pelo advogado na petição inicial da esfera cível.

4.1.1 Depoimento pessoal do demandado

O depoimento pessoal do demandado é instituto de grande importância em questões probantes, ele está previsto nos artigos, 342 á 347, do Código de Processo Civil, podendo ser o pedido deste instituto processual, ser feito por requerimento da parte ou de Ofício pelo juiz.

O depoimento pessoal do demandado consiste basicamente em um interrogatório ao demandado, sendo o interrogatório do réu na ação, prova de extrema importância, pois aqui pode o juiz ou a outra parte da ação, no caso, extrair elementos essenciais do procedimento cirúrgico que poderão solucionar questões que ficaram escusas no processo.

Pode ocorrer nesse tipo de depoimento a confissão do demandado, sendo este fato o ponto máximo do depoimento pessoal do demandado, quando ele próprio confessa a sua conduta culposa, confirmando a tese do autor da ação. Isso na prática será de difícil ocorrência, pois dificilmente o médico ou algum de seus assistentes assumirá seu erro.

Fica clara a importância desse instituto não só quando acontece a confissão do médico, mas também quando o réu demonstra-se equivocado na sua conduta junto ao paciente, ou seja, muitas vezes por ter uma visão diferente das doenças a conduta adotada pelo médico cirurgião no determinado procedimento cirúrgico, não é a mais eficaz ao tratamento de determinadas patologias, sendo comprovado até por perícia que o dano ocorrido se deu por causa de falha médica em tal procedimento adotado por este. Então no depoimento pessoal é possível que haja obtenção de dados técnicos que dêem base a uma futura comprovação do dano para a parte autora, ou seja, pode o lesado conseguir provas da existência do erro médico do demandado.

4.1.2 Prova documental

Considerada uma das provas de maior força probante nas ações de reparação decorrente de dano médico, a prova documental está prevista nos arts. 355 a 399 do CPC. Assim os elementos trazidos nos documentos pelo autor, nestas ações por erro médico, podem comprovar a existência do erro do médico e, conseqüentemente, a existência do direito do demandante na referida ação.

Para Humberto Theodoro (2006, p.456), prova documental “é o resultado de uma obra humana que tenha por objetiva a fixação e a retratação material de algum

acontecimento”. Com a definição dada pelo referido autor, mostra-se que a prova documental, trata-se de documentos que retratam originalmente os fatos do procedimento cirúrgico, dando uma visão da verdade acontecida naquele momento. Tendo grande veracidade os documentos escritos, como: fotografias, contrato do médico com o paciente, gravações das cirurgias, e diversos outros documentos. Servem estes documentos também como base para ocorrência de futuras perícias, sendo de grande importância para a solução da demanda judicial.

Questão de grande eficácia nas ações por erro médico é o prontuário médico. Esta prova documental é direito básico do paciente, tendo ele o direito de receber informações sobre o seu estado de saúde, e se este quiser, estas informações serão na forma escrita. Nasce a necessidade do médico de informar a evolução do seu quadro clínico do paciente, como se fosse uma espécie de prontuário após a cirurgia, sendo de grande importância que essas informações sejam passadas também na forma escrita para ter maior relevância probatória.

Os médicos-cirurgiões e os hospitais onde a cirurgia foi realizada, têm a obrigação de atualizar o prontuário do paciente. No prontuário médico deve conter as informações sobre a evolução clínica do paciente, intercorrências, medicamentos utilizados, procedimentos adotados, entre outras informações.

O prontuário médico é de grande importância nas ações de reparação por dano médico, pois ele dispõe fielmente sobre todas as informações clínicas do paciente, assim caso tenha ocorrido erro médico em algum procedimento médico cirúrgico, será de fácil detecção com a demonstração do prontuário, pois é só avaliar as circunstâncias do fato, retratadas no documento e comparar estas com as alegações das medidas médicas no devido procedimento cirúrgico, e verificar o procedimento normal adotado normalmente no caso específico.

Atualmente, o que percebe-se na grande maioria dos casos concretos é a ocorrência de inúmeras discrepâncias entre o que está retratado no prontuário e a realidade do dano ocorrido, é um sinal veemente da ocultação do erro médico na conduta utilizada com o lesado. Assim, o médico cirurgião pode escrever no prontuário um procedimento teoricamente correto, mas na prática tenha galgado por outros caminhos, tentando encobrir a sua conduta nociva, conseqüentemente, isentando-se de qualquer responsabilidade sobre o erro médico.

A perícia nos documentos rasurados ou com discrepâncias entre o procedimento e a realidade, são de grande importância, pois poderá descobrir eventuais

danos que uma pessoa comum não teria condições de verificar, impedindo a perícia injustiças para ambas as partes. Ocorre, no entanto que a fraude vem crescendo por parte de profissionais inescrupulosos da área médica, mas ainda, a grande maioria dos médicos, não usam desse meio para esconder um eventual dano, pois geralmente o dano médico não foi ocasionado por erro do demandado, não havendo má fé ou dolo do médico na intercorrência do dano.

Fica claro que o prontuário médico é um documento de grande relevância probatória para ambas as partes, pois o médico pode provar que o dano não ocorreu por sua culpa, pois ele pode mostrar que usou todos procedimentos necessários para a intervenção cirúrgica. Terá grande importância para o lesado, pois ele terá meios de provar que o médico foi culpado pela ocorrência de sua lesão no procedimento cirúrgico.

Especificamente no caso do demandante pela ação por erro médico, constata-se que é difícil o seu acesso ao prontuário médico, geralmente conseguindo só por intermédio de liminar da justiça, e com a presença do perito judicial, obrigando que seja enviado o devido documento ao juízo do demandado para servir como matéria probatória na instrução judicial.

Com a evolução da medicina surgiram outros meios técnicos para garantir uma maior eficácia nos procedimentos cirúrgicos, que também podem ser tidos como provas materiais, por exemplo: a fita da cirurgia, quando for viável; fotografias dos tratamentos; ou de situações irregulares como, tratamento em condições inadequadas de higiene atreladas as condições do procedimento cirúrgico indevido na relação médico-paciente; laudos e receitas assinadas pelos médicos, pois aqui mostra o tipo de tratamento que o médico aplicou ao paciente, com isso pode haver contradições entre a moléstia constatada e a terapia utilizada, sendo prova importante para comprovação do erro médico. Podendo incluir-se nesse exemplo, danos por imprudência médica, quando o médico receita superdosagem de medicamento ou receita medicamento diverso do que deveria ser usada, assim ocorrendo o eventual dano poderá ser provado por este documento que houve falha do médico na prescrição do medicamento, antes do procedimento cirúrgico.

Nesse contexto as fotografias traduzem uma medida de prudência na realização das cirurgias, que terá condições de mostrar várias evidências do erro médico, como: poucas condições de higiene que tinha a clínica ou hospital onde ocorreu a cirurgia; os meios e as regressões acontecidas com tratamento inadequado do médico com o paciente, ou seja, um trabalho comparativo do antes e depois das intervenções-cirúrgicas .

As radiografias e o raio-x, são provas de grande eficácia nas ações de reparação por erro médico, pois revelam as condutas advindas de imperícia médica, isso acontece quando o médico deixa de ver o óbvio, mostrado nesses equipamentos antes da intervenção cirúrgica, ou seja, com a experiência pertinente ao profissional da medicina, ele terá atitude de leigo deixando de ver uma moléstia ou quando ver, acha que é outro tipo de doença, e dessa culpa, derivam danos ao lesado e assim, prejuízos a sua saúde. Vale salientar que neste caso não se está falando de dificuldades naturais para descobrir a existência da doença, mas sim, casos que são de notória verificação da existência da doença, e o médico deixa passar despercebido, só sendo exigível aqui só que o médico use os conhecimentos mínimos inerentes a sua profissão.

Como observa-se todos os registros de informações sobre a relação de prestação de serviço entre médico e paciente, podem ser considerados documentos probatórios, até mesmo exames laboratoriais, são passíveis de matéria probatória. Há de ficar claro que será de grande relevância as circunstâncias em que ocorreram a lesão, pois não se pode comparar uma intervenção cirúrgica de urgência, com uma cirurgia em que foi preparado e usado todos os recursos materiais, para que tudo pudesse acontecer, conforme o procedimento adequado e com a conseqüente eficácia. Assim, será difícil provar a existência do erro médico no primeiro caso, devido as dificuldades circunstâncias no procedimento cirúrgico de urgência, mas no segundo caso será mais fácil provar o dano advindo de um erro médico, pois terá o lesado vários meios probatórios para mostrar a ocorrência do dano.

Diante do que foi exposto, mostra-se de grande viabilidade a prova documental para a futura responsabilização do médico-cirurgião e o ressarcimento advindo da vítima pelos danos materiais e morais decorrentes do erro médico, assim é necessário que o lesado utilize-se de todos os meios lícitos para a comprovação do dano.

4.1.3 Prova testemunhal

Através da lição do professor Humberto Theodoro (1999, p.502), sobre prova testemunhal, percebe-se que: “prova testemunhal é a que se obtém através do relato prestado, em juízo, por pessoas que conhecem o fato litigioso”. Como o próprio nome diz prova testemunhal é aquela em que é trazido a juízo as pessoas que viram ou participaram da ação danosa, dando informações a respeito do fato litigioso, ocorrendo um tipo de reconstrução do fato, em que se terá por objetivo a solução da demanda judicial. Assim, a

testemunha irá relatar as circunstâncias juridicamente relevantes, fazendo as respectivas referências dos fatos importantes em juízo.

A prova testemunhal, deve ser levado a juízo com respectivo cuidado, pois por má-fé de profissionais que não tem uma conduta ética correspondente com o pedido pela profissão, podendo estes corromper testemunhas para dar depoimento diferente do que aconteceu na realidade. Essas são chamadas de testemunhas de cativoiro. Por conta dessa conduta inescrupulosa de alguns profissionais a prova testemunhal é tida como “a prostituta das provas”.

A verdade é que sem a prova testemunhal fica difícil o lesado provar o dano sofrido e, conseqüentemente, a responsabilidade do médico nas ações por erro médico, até porque nem sempre as provas documentais e periciais serão suficientes para a comprovação do dano.

A testemunha é de grande relevância nessas ações, pois ela é a própria memória dos fatos, reconstituindo o passado, dando todas as características do ato lesivo, sendo necessário que em seu depoimento elas falem o que for relevante ao fato danoso ou ao referido erro médico. Assim, pode ser testemunha nas ações decorrente de erro médico, por exemplo, os profissionais que acompanharam a cirurgia ao lado do médico mostrando um referido erro ou equivoco do colega, ao qual veio causar o referido dano ao paciente.

4.1.4 Prova pericial

Atualmente os profissionais da área de saúde, vem sendo vítimas de diversas ações judiciais decorrentes de erro médico, e esse número vem aumentando gradativamente. Os pacientes acusam os médicos de má prática profissional, demonstrando a culpa nos atos lesivos, decorrente do erro médico.

Sobre a prova pericial Moacir Amaral dos Santos (2004, p.282), a define, como “meio pelo qual, no processo, pessoas e entidades, e sob compromisso, verificam fatos interessantes a causa, transmitindo o juízo respectivo parecer”.

Imprescindível para o bom êxito do paciente nas ações de acusação é a má prática profissional, que pode se dá pela prova pericial, CPC art. 145. O artigo do devido Código dispõe, em suma, que quando o juiz não tem conhecimento específico sobre a demanda, poderá nomear perito.

O autor Conqueijo Costa (apud, Nemetz eFraga, 2006), afirma-se que:

A perícia pode ser obrigatória ou facultativa. Em princípio, é facultativa, mas, por exceção, há perícias indispensáveis. Em qualquer caso, versam sobre os fatos; e fatos que escapam ao conhecimento ordinário, pois dependem de conhecimento especial.

A prova pericial é o meio pelo qual se procura demonstrar que certos fatos, alegados no processo, ocorreram conforme o descrito. Assim, ao julgar o mérito de determinada ação, será necessário para sua interpretação justa, que o perito dê seu parecer, no que tange ao que o juiz não tem conhecimento específico, sendo fundamental esta prova nas alegações do processo.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco (*apud*, Nemetz e Fraga, 2006):

Perícia é o exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto aos fatos. Daí chamar-se perícia, em alusão à qualificação e aptidão do sujeito a quem tais exames são confiados. Tal é uma prova real, porque inova sobre fontes passivas, as quais figuram como mero objeto de exames sem participar das atividades de extração de informes.

Apesar do juiz não estar totalmente vinculado ao laudo pericial, esse deve ser um dos meios probantes mais importantes para as ações de responsabilização do médico, pois mesmo que rejeite o laudo pericial, o juiz tem que mostrar por que razões não aceitou o laudo pericial. Apesar do juiz não estar adstrito ao art. 436, do CPC, mostra este artigo que o atual ordenamento jurídico adotou o sistema da persuasão racional do juiz, ou seja, o juiz pode ter livre convencimento, não ficando vinculado a prova pericial, não totalmente, pois caso não se vincule a prova pericial terá que justificar por que não se atrelou a perícia, mostrando os elementos identificadores do processo.

O magistrado não está obrigado a aceitar o parecer do perito mais caso não aceite, pode o juiz de ofício ou a requerimento das partes, estipular outras perícias. No primeiro caso, diligências podem ser pedidas pelo juiz para um melhor convencimento seu para a sentença. Quando pedida pelas partes, é por achar o médico que a prova pericial anterior mostra fragilidade probatória, ou por achar o lesado, que os fatos colhidos na perícia não condizem com a realidade.

Caso não se vincule a perícia terá o juiz, no relatório da sentença, explicar porque não aceitou a perícia, pois no ordenamento pátrio a perícia tem valor relativo e não vinculante. Como dispõe o artigo. 131 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegado pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

O que acontece na realidade é que o juiz não está vinculado a prova pericial que ele mesmo pediu, mas não pode desprezar o trabalho do profissional da saúde com especialização na área de atuação da perícia, a não ser que os fatos apurados pelo perito, sejam iguais ou tenham falhas no entender do juiz, podendo assim o magistrado nomear novo perito para fazer novas diligências. Como expõe o art.437, do CPC. “o juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida”.

Nesse tipo de produção de provas, o perito tem um papel fundamental no processo em que se faça necessário, usar suas funções técnicas para solucionar ou esclarecer fatos obscuras sobre a lide. A existência da função do perito surge da necessidade técnica que ocorre em determinado momento do processo, por fato processual escuso, ao qual o juiz não tem tal especificidade sobre esse determinado assunto. Então, quando o juiz não tiver o conhecimento técnico sobre determinado fato processual, recorrerá ao perito que é o especialista na determinada área técnica, dando ele amplas condições ao juiz para que julgue o fato com melhor entendimento sobre o fato lesivo. Vale salientar que o perito só está a serviço do poder judiciário não trabalhando para o réu e nem tão pouco, para a parte autora.

Do exposto verifica-se que a prova pericial, nas ações de reparação por erro médico, normalmente destina-se a averiguar as condições que o paciente se encontra devido o provável erro médico, como: os procedimentos a que foi submetido e os eventuais danos produzidos por este, a avaliação dos meios utilizados pelo médicos, equiparação do dano e meios utilizados no procedimento cirúrgico, entre outras constatações.

Na atualidade, mostra-se que a tese das perícias na maioria dos casos, expõe o resultado vitoriosa nas ações de reparação decorrente do erro medico. Evidenciando a respeitabilidade da perícia nos processos em que ela se faz necessário, no judiciário brasileiro. Como mostra a jurisprudência dos tribunais brasileiros.

ERRO MÉDICO. CC, art. 1.538. Não confirmado, a prova produzida, a pericial e testemunhal, que é possível determinar-se o pagamento de indenização por tal motivo (TRF, 4ª Região. AC. 91.04.23994-6 – RS – Rel. Juiz Vladimir Freitas, DJU 24/06/92 – RJ 182/131).

Vale salientar que o laudo pericial, feito pelo profissional da saúde, tem o poder de fornecer o máximo de informações sobre o litígio para uma decisão mais justa por parte do magistrado.

4.1.5 .Produção antecipada de provas

Nas demandas em que estiver envolvido o médico por conta de um provável erro cirúrgico, é comum que a parte lesada requeira a produção antecipadas de provas, já que o resultado decorrente do erro médico pode deixar efeitos transitórios, dificultando um posterior acesso a dados seguros quanto a matéria probatória da responsabilidade médica. Podendo a conduta ser tão grave que exija a posterior intervenção de outros profissionais, sendo de extrema necessidade para o lesado que haja a admissibilidade do pedido de produção antecipadas de provas, pois caso não ocorra será quase impossível provar o dano ocorrido, tendo em vista a lesão ter efeitos transitórios.

A produção antecipada de provas pela parte do demandante se faz necessária sempre que o lesado corra perigo de perder seu direito, em razão, da lesão ter caráter transitório ou não puder suportar os efeitos nocivos do erro médico. Nesses casos, o juiz deverá determinar que ocorra a perícia do devido dano, pois o lesado terá que defender um bem maior, a sua incolumidade física. A urgência na produção de provas, surge da necessidade do lesado em fazer uma nova intervenção para reparar o dano praticado pelo primeiro médico. Como expõe jurisprudência de tribunal pátrio:

INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Erro médico. Gaze deixada no Organismo do autor obrigando-o a submeter-se, com urgência, a nova intervenção cirúrgica por outros profissionais. Existência de corpo estranho não demonstrada. Insuficiência, como prova, do resultado de ultra-sonografia, por não envolver juízo de certeza. Verba não devida. Recurso provido.

Afirmada a presença de corpo estranho deixado no organismo de paciente, durante cirurgia, não vale como prova apenas a conclusão de resultado de exame de ultra-sonografia, onde, ainda que com alta possibilidade, se sugeriu ou admitiu tal presença (TJSP, Rel. Des. Olavo Silveira, JTJ-Lex 144/73).

É possível também a possibilidade desse instituto na oitiva de testemunha e no depoimento pessoal da parte, pois nesses casos, existe a necessidade de antecipação de provas pelo lesado, devido o risco concreto de perder prova importante para a seu

processo. Por exemplo, casos de pessoas velhas que vivem sob constante risco de vida se faz necessário a devida produção antecipada de provas para que o paciente dê as informações necessárias a lide.

Também é cabível a produção antecipada de provas em casos em que o dano não tenham muita durabilidade, e que os seus vestígios desapareçam com facilidade, pois essas matérias podem dar elementos identificadores da responsabilidade do médico

A produção antecipada de provas mostra-se necessária sempre que o direito do indivíduo lesado não puder suportar os efeitos nocivos do erro médico ou em casos que as provas poderão perder o seu valor, devido ao seu caráter transitório. Sendo, sempre este instituto uma medida cautelar determinada pelo seu caráter de urgência, baseando-se na demonstração do *fumus boni jûris* e do *periculum in mora*, sendo requisitos essenciais em toda medida cautelar.

4.2 Quantificação dos danos

Quando fica mais que provada a ocorrência de danos morais e materiais, nas ações decorrente de erro médico, surge à necessidade de se estabelecer um valor pecuniário para o lesado, o que a doutrina dominante chama de quantificação de danos. Tarefa de difíceis proporções para o magistrado é a fixação da extensão do erro médico, pois é o nível da lesão que vai fixar geralmente o valor pecuniário, sendo este correspondente ao dano causado.

Determinar os limites quantitativos dos danos materiais é mais fácil do que determinar os mesmos limites, em relação ao dano moral. Geralmente, os limites quantitativos no dano material, ficam delineados com a apuração da extensão do dano, sendo mais fácil encontrar limites ao quantum, pelas conseqüências do erro médico. No que diz respeito ao dano moral, a dificuldade de fixar um *quantum* é bem maior, pois a responsabilidade moral é muito mais complexa. Sendo, a moralidade variável de pessoa para pessoa, o juiz terá que apreciar cada caso concreto e dar o seu juízo o seu valor.

No caso do dano moral, não tem estimativas concretas, como, estimativas algébricas que facilitem a verificação da extensão do dano e conseqüentemente a sua fixação, como ocorre no dano material.

É importante que o autor da ação determine quantitativamente o valor do dano moral, assim o juiz terá a base do valor máximo que pode ser fixado, e dentro desses

limites o juiz poderá fixar qualquer valor pecuniário. Só não pode o juiz fixar o valor em prestações periódicas.

O juiz tem que determinar em sua sentença um valor líquido, e de acordo com as condições financeiras do médico, sendo esse valor praticável e com base na extensão do dano moral da vítima. É importante saber que, os danos morais visam compensar o lesado e punir o médico pelo seu erro, sendo a indenização uma forma, que levará o médico a pensar na sua conduta danosa, através do duro golpe, no seu bolso. Nesse caso, o dano sofrido pelo lesado não é o financeiro, mas sim o psicológico. Nesse mesmo sentido, é salutar citar o posicionamento da jurisprudência:

DANO MORAL - ADV-JURISPRUDÊNCIA - 30.560 - Até hoje a jurisprudência e a doutrina de todos os países têm vacilado ao encarar o dano moral e as codificações se mostram tímidas e lacunosas no seu enfoque. A nossa jurisprudência vem sedimentando-se, paulatinamente, no reconhecimento do dano moral quando há a perda da vida, principalmente a infantil, que constitui, nas famílias menos privilegiadas, expectativa futura. Ainda nesse sentido, o dano moral é reconhecido quando o ato ilícito resulta em aleijão ou deformidade física, que a vítima suportará para o resto da vida. O dano moral não se apaga, compensa-se. E esse pagamento deve ser em dinheiro, visando diminuir o patrimônio do ofensor compensando-se a lesão sofrida pela vítima. A simples procedência do pedido serve como uma reprovação pública ao ato do ofensor (TJ-MS - Ac. unân. da T. Civ., reg. em 12.08.86 - Ap. 636/85 - Rel. Des. Milton Malulei).

Nessas ações por erro médico, o dano moral se mede pela posição individual de cada indivíduo e da influência deles na sociedade. Assim, será diferente o valor pecuniário da indenização por danos morais, em um erro cirúrgico que venha a lesar um jogador de futebol e que por culpa do médico, a perna perde as suas funções inerentes a atividade do jogador, nesse caso o quantum será bem maior, do que numa indenização do mesmo tipo em que ocorre a mesma lesão, em uma pessoa comum que não tenha a perna como profissão. Fica claro, que o abalo psicológico do erro médico no jogador será bem maior do que em uma pessoa comum.

O dano material ao contrário, é mais fácil a sua vislumbração, em relação, a extensão e aos seus danos, conseqüentemente, melhor será para o magistrado a fixação de um *quantum* que agrade as duas partes, ou seja, o valor justo que não sacrifique tanto o médico, mas corresponda os prejuízos sofridos pelo lesado.

No caso dos danos materiais, a responsabilidade civil do médico se consubstancia em tudo que o autor perdeu com a lesão, ou seja, os danos emergentes e tudo que ele deixará de ganhar por conta do erro médico, que são os lucros cessantes.

Fica evidente, porque os danos materiais tem uma série de operações matemáticas para chegar ao valor final, pois os danos materiais poderão ter calculado os seus limites pecuniários. No caso dos lucros cessantes, ou seja, em que o lesado por conta do erro médico, perderá um determinado valor certo mensal, ou terá reduzido este valor advindo do seu trabalho. Quando condenado o médico, terá ele que pagar todo o valor dos lucros cessantes em uma única parcela ou pode pagar esse valor em parcelas periódicas sendo uma espécie de aposentadoria do lesado, começando o pagamento em ambos os casos ser devido a partir da data da ocorrência do dano. A jurisprudência sobre o tema, elucida:

LUCROS CESSANTES - Ausentes dados concretos sobre a atividade atribuída como embaçadora dos lucros cessantes, facilmente coletável, não se viabiliza a sua contemplação (...) (TARS. Ap. Cível 191081207. Rel. Dr. Paulo Augusto Monte Lopes, j. 01/10/91, JTARS 80/187).

No caso dos danos emergentes no dano material, o médico que for comprovada a sua culpa, lesa fisicamente o paciente, terá que indenizar o problema que ele próprio deu causa. Tendo que pagar em uma só vez o valor gasto em medicamentos; se necessário, novas intervenções corretivas; fisioterapeuta para melhor recuperação física entre outros. Vale salientar, que o pagamento dos danos emergentes, não cessam a obrigação do médico de pagar os lucros cessantes e os danos morais.

Deixar o lesado sem a devida reparação dos danos morais e materiais, é manter uma situação de total insegurança jurídica e instabilidade social dando descrédito ao Poder Judiciário e, principalmente, ao princípio da Justiça. Por isso, o juiz deve nas devidas ações por erro médico, usar os critérios mais justos possíveis para compensar o lesado pelos danos ocorridos.

4.3 Limites temporais pecuniários da sentença

Os chamados danos materiais se consubstanciam em duas espécies, são elas, lucros cessantes e danos emergentes. Os danos emergentes tem a sua liquidez feita em uma só parcela, até por seu caráter mais urgente, em sentido contrário corre geralmente os

lucros cessantes, que geralmente é líquido e pago em parcelas mensais projetadas, geralmente em salários mínimos.

O Supremo Tribunal Federal evidencia o pensamento da doutrina, dispondo que a correção monetária é atualizada pelo salário mínimo, mantendo o poder aquisitivo da moeda no fato danoso. Dispõe a Sumula 490 do Supremo Tribunal Federal, “A pensão corresponde à indenização oriunda de responsabilidade civil, deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo de sentença e ajustar-se-à.às variações ulteriores”. Também é o entendimento da jurisprudência brasileira:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA. Culpa. Pensão – A fixação do pensionamento não pode perder de vista os elementos objetivos de renda da vítima e suas despesas, devendo ser levado em conta o considerável acervo de bens do falecido, daí mostrar adequação para a hipótese a base de 60% dos rendimentos.

As parcelas nos lucros cessantes são projetadas, pois na sentença líquida, deverá vir: o valor das prestações, forma de correção, limite temporal das parcelas. Caso não ocorra isso a sentença será tida como ilíquida e estará sujeito a liquidação da sentença.

Têm-se admitido nos tribunais, lucros cessantes dos filhos maiores de 14 anos, pois estes futuramente contribuiriam com a economia doméstica. Assim, apresentar-se a seguinte decisão:

INDENIZAÇÃO. Morte de filho menor com 14 anos de idade. Termo a *quo* do pensionamento.

Nos lares desprovidos de maiores recursos, a colaboração dos filhos menores dá-se bem cedo, antes da época em que poderiam exercer legalmente o trabalho remunerado. Constituem eles fator econômico, cuja perda autoriza a reparação. Pensionamento devido, pois, desde a data de falecimento da vítima. Precedentes do STF(STJ. Rel. Min. Barros Monteiro. j. 28/05/91. RSTJ 24/407).

Também tem admitido a doutrina, o pensionamento da vítima de erro médico que tenha menos de 25 anos e não tenha mais condições de trabalho, determinando que esta receba, pensão até completar setenta anos, quando terá direito a aposentadoria compulsória. Se a vítima era casada e tinha filhos terá direito aos lucros cessantes também até os setenta anos.

Nesses casos práticos faz-se uma mediação do que a vítima deixou de ganhar até os seus setenta anos de idade, devido o evento danoso, e o que o médico poderá pagar a

esta. Vale salientar que quando a vítima é parcialmente afetado, terá direito à parcela igual ao que ganhava antes da ocorrência do evento danoso.

Os Filhos órfãos terá direito a pensão até a maioridade civil, e a viúva até casar-se de novo, ou seja, em quanto mantiver o seu estado civil, servindo os lucros cessantes para o sustento próprio e o da família.

Caso o evento médico danoso incapacite a vítima para o trabalho, o lucro cessante existirá enquanto a vítima viver, e o superveniente benefício previdenciário não extingue a sentença condenatória, não se comunicando de maneira nem uma, o benefício previdenciário com a indenização por sentença condenatória. Como mostra a jurisprudência pátria:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. Operação cirúrgica. Acidente anestésico. Incapacidade permanente. Indenização. Pensão vitalícia.

1. Responde a autarquia pelo dano causado por médico-anestesta de seu hospital, que aplicando anestesia raquidiana causa ao sistema locomotor da paciente, sem que tivesse havido interferência de causa estranha (força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima). 2. Pensão vitalícia de um salário mínimo mensal. 3. Juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação (TRF – 1ª Região - AC 92.0132316-6 - MG – 3ª T. - Rel. juiz Tourinho Neto - DJU 11/03/93 - RJ 188/100).

Se for doente mental ou incapacitado terá direito só a danos emergentes e morais, inexistem lucros cessantes, pois o incapaz não tem efetiva contribuição na renda familiar, não existindo razão jurídica para o pedido.

Com o exposto, fica claro que o trabalho humano é passível de lucros cessantes praticamente em todas as ocasiões em que ocorra o erro médico. Tendo legitimidade para pedir tanto o lesado como as pessoas que dele dependem.

Quanto aos limites pecuniários nos lucros cessantes, o valor pecuniário será relativo ao padrão de vida do lesado, ou seja, o valor deve se aproximar do que a vítima ganha no exercício de sua atividade econômica. Geralmente é fixado em dois terços a um meio do total líquido recebido pelo lesado. Podendo ser relevante o futuro promissor iminente da vítima em seu emprego, que elevaria muito seu padrão de vida.

O juiz deve ter em mente quando for fixar valores na sentença, os seguintes aspectos: a vítima gasta um terço do salário em coisas relacionadas ao seu trabalho, assim, sobra dois terços para manter seu nível de vida. Devendo o magistrado tentar nos lucros cessantes, manter o máximo possível, o padrão de vida do lesado e de seus dependentes.

Em casos em que ocorre erro médico de vítima que não trabalhava, mas tinha capacidade para trabalhar ou estava desempregado, o valor pecuniário fixado pelo juiz deve ser condizente com o padrão de vida desse profissional ,afastando assim determinação subjetiva do juiz, ficando ele atrelado a limites do padrão econômico do paciente lesado.

4.4 Valor da causa

O valor da causa é matéria de muitos estudos jurídicos, e em relação, as ações de dano decorrente de erro médico é extremamente necessário estabelecer parâmetros de fixação desse valor. Se no pedido a vítima de erro médico só pede danos materiais, terá que fixar o valor da causa com base no valor total, que pretende receber dos lucros cessantes, mais os danos emergentes.

O valor da causa é obrigatório, podendo ser causa de indeferimento do pedido, por isso a problemática de fixar o valor da causa quando a pedido de dano moral. Como expõe o art.258 do CPC: “A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato”.

O valor da causa nos danos morais é a estimativa do montante pretendido, sem que isso valha como valor da condenação, tendo o juiz que ficar limitado ao máximo deste valor, é importante salientar que o valor da causa não é a base que terá o advogado para pedido de seus honorários advocatícios .

O valor da causa no dano moral, poderá ser provisório na petição inicial, ficando vinculado ao valor da condenação se procedente o pedido. Caso seja julgado improcedente o pedido, continuará com o valor do primeiro momento só para fins fiscais.

4.5 O código de defesa do consumidor e responsabilidade civil do medico

O Código de Defesa do Consumidor também trás disposições sobre a responsabilidade civil do médico, englobando aqui a responsabilidade do médico cirurgião. O Art. 14, da presente legislação estabelece, que:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos á prestação de serviços, bem como por informações insuficientes sobre sua fruição e riscos.

Assim, todos os prestadores de serviço responderão pelos seus serviços profissionais, ou seja, respondem pela pessoa jurídica “o hospital”, seja sociedade civil, seja a associação profissional. É importante saber se o médico trabalha para um hospital, pois caso trabalhe a responsabilidade dele será subjetiva, ou seja, comprovada a culpa, o hospital (pessoa jurídica), terá sua responsabilidade apurada objetivamente, apesar alguns doutrinadores ter entendimento diverso. Como dispõe Kfoury Neto (2001, p.191): “ O dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo, da culpa, quer seja do profissional vinculado a estabelecimento hospitalar ou não”.

Os contrários a responsabilidade objetiva, usam o seguinte argumento: A responsabilidade objetiva não se assemelha com a atividade médica, dada a singularidade dos serviços prestados: Curar, enfermos, salvar vidas. Como dispõe a jurisprudência dos tribunais:

RESPONSABILIDADE CIVIL - ATENDIMENTO MÉDICO - Negligência e imperícia. As pessoas jurídicas respondem pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros (CF, art. 37, § 6º), sendo de natureza objetiva a responsabilidade, somente ilidível por prova exclusiva da parte contrária. Comete erro profissional, sob a modalidade de negligência e imperícia, o médico que, ao atender criança vítima de desastre por queda sobre uma cerca, faz sutura em sua face sem constatar a presença de estrepe encravado na carne e ainda deixa de ministrar vacina antitetânica, causando a morte do infante. (TRF 1ª R. - AC 89.01.22648-0 - AM - 3ª T. - Rel. Juiz Vicente Leal - DJU 29.10.90) (RJ 159/148).

O art. 14, § 4º, expressa que: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

No caso do § 4, do art.14 do CDC , comenta Zelmo Denari (apud, Neto, 2001): “Os médicos são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes”. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em qualquer das suas modalidades negligência, imprudência ou imperícia. Dando uma responsabilidade diversa do que dispõe o *caput* desse mesmo artigo, pois o mesmo consagra a responsabilidade objetiva.

Caso haja culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física ou jurídica ou apenas um desses. Por ser a atividade médica essencialmente liberal. Como dispõe o Supremo Tribunal Federal, que se manifestou quanto ao tema, *in verbis*: Súmula 341. “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa científica exposta apresentou a temática da responsabilidade civil do médico-cirurgião. Evidenciou que a atividade passou da irresponsabilidade absoluta para uma centrada responsabilidade civil do médico, tendo ele neste momento que responder pelos seus atos culposos. Observado isto, constatou-se que toda a temática trouxe a fundamentação e a exposição da doutrina e jurisprudência majoritária, e também expôs os posicionamentos das doutrinas minoritárias, ou seja, as que são contrária ao pensamento atual do ordenamento jurídico pátrio.

Desta forma, foi observado que a atuação médica e a sua relação médico-paciente, saiu da extracontratualidade para evoluir para contratualidade, pois nesse vínculo entre os dois sujeitos da relação, encontram-se os requisitos essenciais do contrato, como: bilateralidade, onerosidade e comutatividade.

Em relação as obrigações de meio e de resultado na atividade médico-cirúrgica, a principal discussão ocorreu em relação a cirurgia plástica, indagando quando seria de meio ou de resultado a obrigação. Foi visto que a cirurgia plástica estética será de resultado, pois o paciente quer um resultado determinado, vigorando aqui a responsabilidade objetiva com a ocorrência da inversão do ônus da prova. Já na cirurgia reparadora, ficou evidenciado que a cirurgia é de meio, pois aqui não há resultado determinado, só será necessário o médico usar todos os meios possíveis para a melhora do paciente, vigorando aqui a responsabilidade subjetiva a regra em relação a atividade médica.

Destacou-se na pesquisa a relevância da culpa e do nexo causal nas ações reparatórias por erro médico, mostrando a importância da prova da culpa médica para que haja um futuro sucesso da reparação civil em favor do lesado. Foi identificado, também, que só a culpa não acarreta a existência do dever de reparar, sendo necessário a ocorrência do nexo causal entre a conduta médica viciada pela culpa e o dano sofrido pelo lesado, para que haja a obrigação de indenizar por parte do médico cirurgião.

Já em relação aos procedimentos cirúrgicos, observou-se que é de extrema necessidade que o médico tenha cautelas básicas tanto na fase pré-operatória como na pós-operatória. Por último, nas contra indicações cirúrgicas, deve sempre usar da prudência médica antes e depois da cirurgia, para evitar problemas judiciais futuramente e dar uma maior segurança a seus pacientes.

No tocante, a matéria probatória, destacou-se a importância da prova para a comprovação do erro médico no direito brasileiro. Evidenciou-se, principalmente, as provas: documental, através de documentos e equipamentos que façam parte do procedimento cirúrgico, e a pericial que como mostra a doutrina e a jurisprudência dominante, trata-se do meio mais eficaz para a comprovação do erro médico. Foi exposto ainda, que o juiz não fica vinculado a perícia, podendo ele não a considerar, podendo pedir que ocorra novas perícias para que julgue a ação com maior precisão sobre o assunto em litígio.

Teve destaque, a problemática da quantificação dos danos morais e materiais, observando-se que fixar o valor pecuniário do dano material é bem mais fácil que a fixação do valor do dano moral, pois em relação ao primeiro caso, usa-se métodos matemáticos e vinculativos a extensão do dano, de forma quase exata. Já em relação ao dano moral o dano estará ligado ao lado psicológico não tendo como fixar de forma exata limite pecuniário sobre o valor subjetivo.

Em relação, aos limites temporais e pecuniário da sentença, observou-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores fornecem uma contribuição valiosa para a fixação correta na devida sentença. Fixando entendimentos de que será considerado sempre a idade máxima e a idade mínima para que o lesado possa receber os lucros cessantes. Evidenciou também a atenção que o juiz deve ter quando for fixar em sentença o valor do dano moral, pois é necessário que ele pondere sobre o padrão de vida do lesado e do médico para chegar a um valor justo e possível para ambas as partes.

Em relação ao Código de Defesa do Consumidor, mostrou o texto disposições do presente Código que traz a responsabilidade civil do médico como sendo objetiva, verificada quando o médico trabalhar para um hospital ou alguma empresa similar. Abordou ainda o texto, que parte da doutrina não concorda com esse pensamento, expondo que a responsabilidade civil médica até nesses casos deve ser subjetiva.

Para finalizar a pesquisa científica, deve-se ressaltar a importância do médico na sociedade, tendo em vista, que ele deve agir com total prudência em relação ao paciente, para que não seja alvo de futuras demandas judiciais. Mostrando-se nessa pesquisa a importância que tem a escolha do paciente, em preferir uma boa qualidade médica, para que mais na frente ele não se arrependa sendo vítima de equívocos indesculpáveis do médico.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil brasileiro, 1957. V.5

COSTA, Conqueijo. *Direito judiciário do trabalho*. Rio De Janeiro: Forense, 1978.

DENAR, Zelmo et. all. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual Civil*. Vol.III. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, vol 7.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vol 7.

GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. 3, 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8º.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MATIELO, Fabrício Zamproga. *Responsabilidade Civil do Médico*. 2ª ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 4, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico*. 10ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEMETZ, Luiz Carlos; FRAGA, Flávio. *O valor da prova pericial nas ações por erro médico*. *Consulex- Revista Jurídica*, Brasília, 2006. Ano 10, nº 219.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SAVIGNY. *Le Droit Dês obligations*. Trad. Gerardini Et Jozon.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito Processual Civil*. Vol. 1. 44.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito Processual Civil*. Vol. 1. 38.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. Código Civil. Código de Processo Civil, Código Comercial e Constituição Federal, 4 em 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.