



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

LÚCIO FRANKLIN GURGEL MARTINIANO

REPARAÇÃO CIVIL DECORRENTE DO ERRO MÉDICO

**SOUSA - PB
2003**

LÚCIO FRANKLIN GURGEL MARTINIANO

REPARAÇÃO CIVIL DECORRENTE DO ERRO MÉDICO

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.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

**SOUSA - PB
2003**



M386r Martiniano, Lúcio Franklin Gurgel.
 Reparação civil decorrente de erro médico. / Lúcio Franklin
 Gurgel Martiniano. - Sousa - PB: [s.n], 2003.

50 f.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Responsabilidade civil médica. 2. Dano moral. 3. Atividade
médica dano. 4. Negligência médica. 5. Imperícia. 6.
Responsabilidade contratual. 7. Responsabilidade extracontratual. 8.
Médicos – Responsabilidade Civil. I. Oliveira, Eduardo Jorge Pereira
de. II. Título.

CDU: 347.426.6:61 (043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

LÚCIO FRANKLIM GURGEL MARTINIANO

REPARAÇÃO CIVIL DECORRENTE DO ERRO MÉDICO

BANCA EXAMINADORA

PROF. EDUARDO JORGE P. DE OLIVEIRA

Co-Orientador

Membro:

Membro:

Sousa

Setembro 2003

Dedico o presente trabalho aos meus pais, Antônio Martiniano e Terezinha Martiniano bem como a meu irmão, Lídio Sâncio, Futuro Bacharel em Direito, onde tenho certeza que sempre estará presente na trincheira da justiça; os quais sempre me apoiaram e incentivaram nesta árdua caminhada.

AGRADECIMENTOS

A priori agradeço ao nosso criador, DEUS, por ter concedido a oportunidade de estar concluindo meu curso;

Aos meus pais e meu irmão pela importante participação em meu crescimento como ser humano;

A minha namorada pelo carinho e pela paciência com minha ausência;

Aos colegas do curso de Direito da UFCG pelo companheirismo de sempre;

Aos professores do CCJS pela presença permanente ao longo da construção de meu conhecimento durante o curso.

"Morbum esse temporalem corporis imbecilitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum" (Moléstia é a debilidade temporária do corpo; o defeito, porém, é impedimento perpétuo do corpo).

(Autor desconhecido).

RESUMO

A responsabilidade civil estabelece em nosso país, via de regra, que aquele que causar dano a outrem deve ressarcir-lo por estes prejuízos. A responsabilidade civil do médico advém, também, desta disposição existente em nosso ordenamento jurídico. Deve, pois, ser indenizado, caso isso postule em juízo, aquele que submetido à tratamento médico, venha, por causa deste tratamento, a sofrer um prejuízo, seja de ordem material ou imaterial - patrimonial ou não patrimonial.

Para o entendimento do mecanismo jurídico da necessidade desta indenização, que pode o médico, judicialmente, ser compelido a fazer, há que se analisar conceituações que vão ser utilizadas como base, no manejo dessa situação jurídica que se estabelece entre o médico e o paciente lesado. Os primeiros conceitos são os de responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. Após, os de relação contratual e relação extracontratual. Em terceiro lugar, os conceitos de obrigação de meios e obrigação de resultado.

A responsabilidade subjetiva (teoria da culpa) é aquela em que além do ato lesivo do agente causador de lesão, do dano estar presente no lesado e do nexo causal estar estabelecido entre o ato lesivo e o dano ao lesado, tem que se achar presente, nesta relação, a culpa do agente causador do dano.

A relação contratual é aquela que se estabelece entre as partes baseada na autonomia da vontade de ambas. Decorre de uma convenção entre as partes, tornando-se lei entre elas aquilo que for acordado pelas mesmas. A relação extracontratual é aquela que se estabelece entre as partes decorrente de disposições legais presentes em nosso ordenamento. Independe da vontade das partes. É regida por dispositivos que vigoram *erga omnis*.

A obrigação de meios é aquela em que aquele que é contratado não se compromete com um objetivo específico – determinado. Obriga-se o contratado a utilizar no cumprimento da obrigação que tem com o contratante toda a sua diligência e prudência, de acordo com as técnicas usuais, naquele momento, para o procedimento pelo qual se comprometeu.

A obrigação de resultado é, pelo contrário, aquela em que há um compromisso do contratado com um resultado específico -- determinado. Compromete-se o contratado a atingir um objetivo delimitado – um resultado certo - para satisfazer o que se obrigou com o contratante.

Quando não atinge este resultado pré-determinado presume-se que o contratado agiu com culpa. – há presunção de culpa. Quando se tratar de obrigações de meio o ônus da prova cabe ao que acusa (o que é a regra geral em nosso ordenamento jurídico).

No direito brasileiro a doutrina e a jurisprudência são unânimes em estabelecer que a atividade médica é regida pela responsabilidade subjetiva.

O médico e o paciente são, pois, sujeitos de uma relação jurídica – um contrato. Este contrato tem como seu objeto, via de regra, uma obrigação de meios. E, esta relação médico-paciente em caso de necessidade de indenização, em juízo, pelo médico ao paciente, de prejuízo que este porventura venha a ter decorrente do atendimento que lhe foi prestado, é regida pelos conceitos jurídicos da responsabilidade subjetiva (teoria da culpa).

Responsabilidade subjetiva - Relação contratual e extracontratual - Culpa

Obrigação de meio - Indenização.

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
1. Conceito.....	13
2. Pressupostos.....	14
3. Teorias: objetiva e subjetiva.....	16
4. Espécies de Responsabilidade.....	18
4.1. Responsabilidade contratual.....	18
4.2. Responsabilidade extracontratual.....	19
5. Culpa latu senso.....	19
5.1. Dolo.....	19
5.2 Stricto sensu.....	20
5.2.1. Negligência.....	21
5.2.2. Imprudência.....	21
5.2.3. Imperícia.....	22
6. Causas excludentes de responsabilidade.....	22
6.1. Caso fortuito ou de força maior.....	22
6.2. Cláusula de não indenizar.....	23
6.3. Culpa exclusiva da vítima.....	24

CAPÍTULO II DANO MORAL E ATIVIDADE MÉDICA	26
1. Dano moral: conceito.....	26
2. Atividade médica.....	29
2.1 Obrigação de meio e de resultado.....	30
2.2. Cirurgia plástica estética.....	33
2.3. Erro médico: conceito.....	36
2.3.1. Erro médico e indenização moral.....	38
2.3.2. Causas excludentes da responsabilidade médica.....	46
2.4. A responsabilidade médica à luz do Código de Defesa do Consumidor.....	47
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o fito de verificar até que ponto o profissional da medicina, mais especificamente, o médico cirurgião, é responsabilizado por seus atos na manipulação da medicina, onde daremos enfoque ao dano moral decorrente do erro médico, como se verifica pela análise do tema em epígrafe.

Para facilitar a compreensão do tema, a responsabilidade civil vem tratada no capítulo I, no qual são apresentados seus conceitos, pressupostos, teorias objetiva e subjetiva, as espécies de responsabilidade (contratual e extracontratual), bem como são mencionados o conceito de culpa e as causas excludentes de responsabilidade.

É oportuno afirmar que, quando da abordagem da responsabilidade civil, são analisados somente os tópicos que mantêm estreita relação com a presente monografia.

No capítulo II, passa-se a discorrer sobre a atividade médica e o dano moral, fazendo menção ao conceito de dano moral, assim como a sua consolidação no cenário jurídico pátrio.

Já no que se refere à atividade médica, são demonstradas a expectativa que se tem do profissional da medicina, sua responsabilidade, a obrigação por ele assumida ao se dispor a atender um paciente - se de meio ou de resultado - e as peculiaridades da cirurgia plástica estética, bem como é apresentado o erro médico

como fato gerador da obrigação de indenizar e quais cláusulas excludentes da obrigação de indenizar podem ser aplicadas à atividade médica.

CAPÍTULO 1

RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Conceito

O ser humano é eminentemente social. Nasce no seio da sociedade para com ela conviver, interagir e conflitar. Sim, conflitar. Não há relação social que em dado momento não se depare com um conflito. Esse conflito pode originar-se do descumprimento de uma norma moral, religiosa, contratual ou legal. Tal desobediência ocasiona a responsabilização do infrator, que será punido mais ou menos severamente de acordo com a norma violada.

Assim, aquele que descumprir uma norma moral, será reprimido pela sociedade, que apenas não o verá "com bons olhos"; o fiel que violar uma norma religiosa, de acordo com sua crença, será julgado perante Deus; e quem descumprir voluntariamente disposição contratual ou legal será responsabilizado também pela sociedade, só que, neste caso, representada pelo Estado-Juiz, detentor do poder-dever de dizer o direito.

A este estudo interessa tão-somente a análise deste último fato gerador da responsabilidade, qual seja, a violação do contrato ou da lei, porque do primeiro nasce a responsabilidade civil contratual, e da segunda, a extracontratual. É mister

destacar que do desrespeito à lei pode derivar também a responsabilidade penal, à qual, todavia, não será dispensada atenção, haja vista não integrar o propósito deste trabalho, que visa abordar a indenização por dano moral decorrente de erro médico.

Para que se entenda a responsabilidade civil é necessário que primeiramente seja dado o seu conceito. No entanto, como se trata de um termo composto, é preciso ainda, a priori, buscar o significado da expressão responsabilidade.

De acordo com Stoco (2001,p.250): ... 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.

Uma vez entendida a abrangência do termo responsabilidade, pode-se dizer que a responsabilidade civil é a imposição da obrigação de indenizar sofrida por alguém (pessoa física ou jurídica), em decorrência de seus atos danosos voluntários, omissivos ou comissivos, oriundos do descumprimento de um contrato ou da lei civil, perpetrados contra outrem.

2. Pressupostos

Como se vê do conceito de responsabilidade civil acima apresentado, necessária a ocorrência de um ato danoso voluntário para que alguém - seu causador - possa

ver-se por ele responsabilizado. Entretanto, apenas a ocorrência do dano não basta para a responsabilização de seu causador. Necessária, também, a ocorrência de outros requisitos.

Esta assertiva encontra seu embasamento legal no artigo 927 do Código Civil Brasileiro, primeira parte, que assim se expressa, verbis: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Por ato ilícito, o próprio dispositivo faz referência do que seja, como podemos observar, através da análise dos artigos 186 e 187: Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Destes dispositivos legais podemos destacar os pressupostos da obrigação de indenizar que, conforme preleciona Montenegro (1986,p.178) são os seguintes: a) o dano, também denominado prejuízo; b) o ato ilícito ou risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c) nexo de causalidade entre tais elementos.

Mais adiante, o referido autor, Stoco (1986,p.186) ensina que: Comprovada a existência desses requisitos em um dado caso, surge um vínculo de direito por força do qual o prejudicado assume a posição de credor e o ofensor a de devedor, em outras palavras, a responsabilidade civil.

No momento oportuno, observaremos que, presentes os requisitos acima expostos, o facultativo ver-se-á responsabilizado pela indenização moral de seu paciente ou de qualquer outra pessoa que tenha justo interesse, vez que caracterizado estará o que denominamos erro médico.

3. Teorias: objetiva e subjetiva

Vistos quais são os requisitos para a configuração do dever de indenizar, abordaremos agora as teorias existentes acerca dessa obrigação, quais sejam, a subjetiva e a objetiva.

A teoria subjetiva funda-se no conceito de culpa. Só há que se falar em responsabilização do agente pela reparação do dano por ele causado, segundo esta teoria, se agiu com culpa. Inexistente esta, inexistente será também, por conseguinte, a responsabilidade.

A culpa que aqui mencionamos é a culpa *latu sensu*, isto é, aquela que engloba tanto a culpa *stricto sensu* quanto o dolo. Sobre este assunto, abordaremos, mais, detalhadamente, no item 5, *infra*.

Por sua vez, a teoria objetiva, também denominada de teoria do risco, ou presume a culpa, ou a entende dispensável. Quando a presume, ocorre a inversão do *onus probandi*. O agente causador do dano só se verá livre de indenizar àquele que o suportou se provar que houve culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Por outro lado, se se considerar dispensável a culpa, a indenização só não terá vez em caso de culpa exclusiva da vítima ou força maior. Como se vê, esta

hipótese - dispensabilidade da culpa - não inclui o caso fortuito entre as causas excludentes de responsabilidade, haja vista que, de acordo com Henri Capitant, risco é a eventualidade da ocorrência de um acontecimento incerto, futuro e de prazo indeterminado, cuja concretização não esteja adstrita exclusivamente à vontade das partes, e que possa causar perda de um objeto ou qualquer outro dano. O mesmo pode ser dito em relação ao caso fortuito, o que leva a concluir que ambas as expressões - risco e caso fortuito - são unívocas.

Para este trabalho, no que se refere à teoria objetiva, interessa tão-somente a primeira hipótese, qual seja, a que estabelece a presunção da culpa.

O Código Civil Brasileiro adotou a teoria subjetiva (art. 927, CC). Não obstante, seu próprio texto prevê casos em que há responsabilidade objetiva. Cite-se, como exemplo, o artigo 936, que determina que o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior. Neste mesmo sentido, dentre outros existentes, destacam-se os artigos 937, 938, 939 e 940 todos da Lei Civil.

Assim, pode-se perceber claramente que no ordenamento jurídico pátrio a responsabilidade subjetiva é regra e a objetiva, exceção, já que o legislador civil fez questão de expressamente estabelecer em que situações a responsabilidade seria encarada objetivamente. Em todos os demais, dúvida não há de que a responsabilidade será apurada de forma subjetiva.

O mestre Pereira (1990,p.85) confirma o que acaba de ser exposto, ao doutrinar que:

A regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na idéia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como por exemplo o italiano, reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurgir-se contra a idéia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é entravar o progresso.

A inteligência das teorias ora apresentadas é de fundamental importância para a assimilação do conceito de erro médico e de sua capacidade de gerar o dever de indenizar o prejudicado, neste particular, pelo dano moral sofrido.

4. Espécies de responsabilidade

Duas são as espécies de responsabilidade, como a seguir veremos: a contratual e a extracontratual.

4.1. Responsabilidade Contratual

A responsabilidade contratual é a que decorre da quebra de um acordo de vontades firmado entre as partes. Para que haja responsabilidade contratual necessário se faz, por óbvio, a pré-existência de um vínculo jurídico entre o agente que desrespeitou o pacto e o que sofreu o dano.

4.2. Responsabilidade Extracontratual

Também chamada de aquiliana, a responsabilidade extracontratual origina-se do desrespeito ao dever legal de não causar lesão ao direito alheio - *neminem laedere*.

Neste caso, ao contrário da responsabilidade contratual, não há qualquer vínculo jurídico pré-estabelecido entre o praticante do ilícito e a parte que se viu prejudicada com tal prática.

5. Culpa *latu sensu*

A culpa pode ser encarada *latu sensu*, ou seja, de forma ampla, englobando tanto o dolo quanto a culpa, e *stricto sensu*, isto é, estritamente, referindo-se somente à culpa, no seu sentido jurídico.

O Código Civil, no já comentado artigo 186, afirma serem geradores da responsabilidade civil tanto o dolo (ação ou omissão voluntária) como a culpa (negligência ou imprudência), pelo que analisaremos cada uma dessas figuras.

5.1 . Dolo

Dolo é a prática consciente e voluntária de uma ação, ou a omissão em sua prática, com a intenção de causar dano a outrem.

Segundo Noronha (1973,p.145):

Dois são, portanto, os elementos do dolo. A consciência há de abranger a ação ou a omissão do agente, tal qual é caracterizada pela lei, devendo igualmente compreender o resultado, e, portanto, o nexu causal entre este e a atividade desenvolvida pelo sujeito ativo. Age, pois, dolosamente quem pratica a ação (em sentido amplo) consciente e voluntariamente.

O referido autor menciona tão somente a lei, haja vista que doutrina na seara penal, onde *nullum crimen sine lege*. Por isso, é preciso que, em matéria de responsabilidade civil, seja englobado em seu ensinamento o contrato, porque também poder agir dolosamente quem o viola.

5.2. *Stictu sensu*

A culpa *strictu sensu* é a culpa propriamente dita, no sentido jurídico do vocábulo. Age com culpa quem não desejando causar dano a outrem, acaba por fazê-lo.

Para que fique configurada a culpa, mister se faz que o agente tenha a previsibilidade das conseqüências de sua conduta, mas não as veja como possíveis de se concretizarem, ao menos em decorrência de sua ação ou omissão.

A culpa pode decorrer da negligência, imprudência ou imperícia do agente.

5.2.1. Negligência

A negligência caracteriza-se pela omissão de uma pessoa na prática de um ato, quando se encontra obrigada a praticá-lo.

Aqui e nos sub-itens seguintes, serão utilizados, novamente, os ensinamentos da doutrina penal para melhor compreendermos os conceitos abordados, visto que lá são tratados com maior profundidade.

Na lição de Noronha (1973,p.146), negligência:

... é inação, inércia e passividade. Decorre da inatividade material (corpórea) ou subjetiva (psíquica). Reduz-se a um comportamento negativo. Negligente é quem, podendo e devendo agir de determinado modo, por indolência ou preguiça mental, não age ou se comporta de modo diverso.

5.2.2. Imprudência

Ao contrário da negligência, a imprudência marca-se por um ato comissivo praticado pelo agente de forma inadequada, sem ter as precauções que seriam de se esperar fossem tomadas.

Ensina Noronha (1973; 146), que:

A imprudência tem forma ativa. Trata-se de um agir, sem a cautela necessária. É forma militante e positiva da culpa, consistente no atuar o agente com precipitação, insensatez ou inconsideração, já por não atentar às circunstâncias especiais do caso, já por não perseverar no que a razão indica etc.

5.2.3. Imperícia

A imperícia, por sua vez, refere-se à falta de capacitação técnica, de habilitação necessária para a prática de determinado ato relacionado a um ofício ou profissão.

Outro não é o ensinamento de Noronha (1973,p.146), ao doutrinar que:

A imperícia supõe arte ou profissão. Consiste na incapacidade, na falta de conhecimento ou habilitação para o exercício de determinado mister. Pode provir ou da falta de prática ou da ausência de conhecimentos técnicos de profissão, ofício ou arte, pois todos eles têm princípios e normas que devem ser conhecidos pelos que a eles se dedicam.

6. Causas excludentes de responsabilidade.

Casos há que, verificando-se determinadas situações fáticas, a obrigação de indenizar a vítima do dano desaparecerá, quer por a lei assim dispor, quer por convenção entre as partes.

Analisaremos aqui somente as causas excludentes de responsabilidade que mantêm relação com o presente trabalho. São elas: caso fortuito ou de força maior; cláusula de não indenizar e culpa exclusiva da vítima.

6.1. Caso fortuito ou de força maior

Nosso Código Civil não fez distinção entre caso fortuito ou de força maior, ao dispor no artigo 393 que não responderá o devedor pelos prejuízos que resultarem de caso fortuito, ou força maior. A doutrina, no entanto, encarregou-se dessa

distinção, embora desnecessariamente, estabelecendo que caso fortuito, em síntese, é o acontecimento imprevisto, enquanto força maior é o acontecimento invencível.

Diz-se que essa diferenciação é desnecessária porque a Lei Civil pátria também não se preocupou em distingui-los, restringindo-se a afirmar que "o caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir" (art. 393, parágrafo único).

Oportuno observar o ensinamento do mestre Stoco (2001,p.103), quando afirma que o caso fortuito ou de força maior: ... somente pode resultar de uma causa estranha à vontade do devedor, irresistível, o que já indica ausência de culpa. Se o evento decorre de um ato culposo do obrigado, não será inevitável; logo, não haverá caso fortuito.

6.2. Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar também integra as chamadas causas excludentes de responsabilidade.

Nos dizeres de Stoco (2001,p107), a cláusula de não indenizar: ... consiste na estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria obrigar-se civilmente perante outra afasta de acordo com esta, a aplicação da lei comum, ao seu caso.

Há doutrinadores que entendem serem sinônimas as expressões cláusula de não indenizar e cláusula de irresponsabilidade, com o que discordamos, haja vista que somente à lei cabe estabelecer em quais situações surge a responsabilidade.

Aos particulares só é lícito, valendo-se de convenção, excluir a obrigação de indenizar, e não a responsabilidade. Por isso, mais acertado é o uso da expressão cláusula de não indenizar, quando se referir ao acordo entre os particulares isentando qualquer das partes da obrigação de responder pelo dano.

Surge, aqui, uma indagação: será lícito aos particulares excluírem o dever de indenização em qualquer hipótese? Óbvio que não. O dever de indenizar só pode ser afastado quando se referir a interesses particulares, considerando não ser possível o descumprimento de norma de ordem pública por acordo particular.

6.3. Culpa exclusiva da vítima

A noção de culpa exclusiva da vítima, como cláusula excludente da obrigação de indenizar o resultado advindo do ato danoso, é criação dos tribunais e doutrinadores, já que não há nenhum dispositivo na legislação nacional que o estabeleça .

Também a concorrência de culpa deve ser entendida, senão como excludente absoluta da responsabilidade, ao menos como excludente parcial.

Stoco (2001,p.110), citando Aguiar Dias, ensina que:

... a conduta da vítima como fato gerador do dano elimina a causalidade. Realmente, se a vítima contribui com ato seu na construção dos elementos do dano, o direito não se pode conservar alheio a essa circunstância. Da idéia de culpa exclusiva da vítima, que quebra um dos elos que conduzem à responsabilidade do agente (o nexo causal), chega-se à concorrência de culpa, que se configura quando a essa vítima, sem ter sido a única causadora do dano, concorreu para o resultado, afirmando-se que a culpa da vítima "exclui ou atenua a responsabilidade, conforme seja exclusiva ou concorrente" ...

Analisada a responsabilidade civil, nos limites necessários ao presente trabalho, passa-se, no capítulo seguinte, ao estudo do dano moral e sua ocorrência na atividade médica.

CAPÍTULO 2

DANO MORAL E ATIVIDADE MÉDICA

1. Dano moral: conceito

Antes do advento da vigente Constituição Federal, a maioria dos julgadores pátrios relutava em conceder indenização a título de dano moral, sob o argumento de que a dor não comporta valoração econômica. Todavia, tal assertiva, hodiernamente, já não mais tem razão de ser, haja vista que a própria Magna Carta erigiu à categoria constitucional a indenizabilidade do dano moral, ao dispor em seu artigo 5º, X, verbis:

"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;" (os grifos não constam do original).

Destarte, mesmo antes da promulgação da Constituição Cidadã, não se via óbice ao ressarcimento do dano estritamente moral, considerando-se que o antigo Código Civil Brasileiro, que estava em vigor desde 1.916, menciona, em seu artigo 76, *ipsis literis*, que :

"Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral." (o texto original não se apresenta grifado).

Como se viu, a possibilidade de indenização por dano moral já era prevista na legislação pátria. O que ocorria, na verdade, era uma hermenêutica restritiva por parte dos tribunais brasileiros, que se pautavam por um entendimento divorciado do verdadeiro mandamento legal.

Nesse sentido, Santini (2000,p.66) citando Clóvis Beviláqua, assim se refere ao supramencionado dispositivo Civil:

Sustentáculo do dano moral, o art. 76 do Código Civil tem sofrido críticas, sendo mal interpretado. Destarte, Clóvis Beviláqua pontificou: 'Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral não se exprima em dinheiro. Este art. 76, portanto, solucionou a controvérsia existente na doutrina, e mais de uma vez repercutiu em nossos julgados... O interesse de agir é o mesmo conteúdo do direito subjetivo considerado no momento em que reage contra a lesão ou ameaça. E, se o dano moral é uma lesão de direito, forçosamente, cria a *ratio agendi* (Código Civil, I, p. 256)'.

Se no passado havia controvérsias no que tange à possibilidade de indenização por dano moral, hoje já não existem mais. O dano moral é, sem dúvida alguma, indenizável, como acima se afirmou, havendo uma verdadeira enxurrada de ações em andamento pelos foros brasileiros e farta jurisprudência sobre o tema em epígrafe.

Em meio a essa leva de ações que pleiteiam um reparo econômico para o dano moral sofrido, destacam-se muitas que têm por base falhas do profissional da medicina. A tais falhas o presente trabalho dará destaque, trazendo esclarecimentos

importantes sobre o que se entende por "erro médico" e em que hipóteses surge a obrigação de indenizar o paciente, ou sua família, moralmente.

Todavia, antes de se abordar qualquer outro assunto, necessário é trazer à baila o conceito de dano moral. Para tanto, será utilizado o ensinamento do mestre Silva (1983,p.147) que assim preleciona:

Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoal natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Jamais afetam o patrimônio material, como o salienta DEMOGUE. E para que facilmente os reconheçamos, basta que se atente, não para o bem sobre que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final. Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, quanto os morais propriamente ditos.

É possível, pois, afirmar que dano moral é o sofrimento físico ou psicológico que acomete um indivíduo em razão de algum acontecimento desagradável, desde que tal acontecimento tenha sido provocado por outrem. Assim, ocasiona o dano moral, à guisa de ilustração, o homicídio de um ente querido, ataques desairosos à honra de determinada pessoa, seqüelas físicas irreparáveis em decorrência de um ato cirúrgico realizado por médico imperito.

Por outro lado, não há se falar em dano moral na hipótese de homicídio praticado em legítima defesa, ou em decorrência de seqüelas físicas irreparáveis, cuja causa foi um ato cirúrgico indispensável à manutenção da vida do paciente, apenas para exemplificar.

Como se vê, a indenização por dano moral só tem vez se aquele que provocou o dano agiu injustamente, assim entendida qualquer ação contrária ao direito.

2. Atividade médica

O corpo humano é um mecanismo extremamente complexo, não sendo possível, pois, determinar com exatidão matemática o que é possível ou não ocorrer em cada situação submetida à análise médica.

Conta a história que os egípcios desenvolveram um código de conduta para os médicos, que eram tidos como verdadeiros sacerdotes. Esse código traçava todos os passos do atendimento médico em cada caso concreto. Uma vez seguidas à risca as recomendações, o profissional estava isento de qualquer responsabilidade, ainda que o paciente viesse a morrer. Por outro lado, caso desrespeitasse qualquer daquelas normas, era punido com a pena capital.

O Código de Hamurabi (1790 - 1770 a. C.), por sua vez, era muito mais severo, chegando ao extremo de cortar a mão do médico cujo paciente falecesse, mesmo que aquele não tivesse culpa alguma - no atual sentido jurídico do termo - pela desventura deste.

Nos dias atuais, o que se espera do facultativo, no exercício da sua profissão, não é a solução de todas as complicações que porventura ocorrerem com o paciente sob seus cuidados, mas, tão-somente, que aja da maneira mais adequada, isto é, aquela que seria a esperada de qualquer profissional preparado para o exercício de tão meritória atividade.

Desta breve abordagem infere-se que a questão da atividade médica muito evoluiu até chegar ao atual patamar, qual seja, a responsabilidade subjetiva do médico, como regra, e a objetiva, como exceção, conforme será abordado no momento oportuno.

Em países subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, os médicos encontram mais dificuldades para tratar de seus pacientes do que em países cuja cultura da população é mais elevada. Isto se dá porque, na maioria das vezes, a pessoa, ao procurar pelo médico, já apresenta moléstia em estágio avançado, por diversas razões, tais como desinformação, auto-medicação, busca da cura pela fé ou em curandeiros etc. Ocorre, ainda, que muitos pacientes, após serem medicados, e ao começarem a desaparecer os sintomas de sua enfermidade, interrompem o tratamento, o que acaba agravando seu estado de saúde.

Também é extremamente comum os hospitais apresentarem condições precárias de trabalho, dificultando sobremaneira o desenrolar dos trabalhos médicos.

Tais considerações são de grande importância, principalmente quando da análise da responsabilidade médica, que não pode ser feita sem que se leve em conta todos esses aspectos.

2.1. Obrigação de meio e de resultado

O médico, ao atender um paciente, firma com ele um contrato. Esse contrato não exige forma especial, podendo ser feito verbalmente, como sói acontecer. Aliás, casos há em que o paciente nem sequer pode manifestar sua vontade, como ocorre,

por exemplo, em casos de acidentes graves, em que o acidentado é levado ao hospital inconsciente, não podendo nem mesmo escolher qual profissional o medicará. O simples fato de o médico se prontificar a atendê-lo configura a assunção de uma obrigação para com o paciente, obrigação esta decorrente da própria lei.

A pergunta que se faz é: que tipo de obrigação constitui o atendimento do paciente pelo médico, seja ela contratual ou legal - obrigação de meio ou obrigação de resultado?

A resposta à pergunta acima formulada depende do entendimento do significado das expressões obrigação de meio e obrigação de resultado.

O saudoso Monteiro (1968,p.194) ao discorrer sobre o tema, assim se expressou:

Daniel

Nas obrigações de resultado, obriga-se o devedor a realizar um fato determinado, adstringe-se a alcançar certo objetivo. Por exemplo, no contrato de transporte, obriga-se o transportador a conduzir o passageiro, são e salvo, do ponto de embarque ao ponto de destino. Nas obrigações de meio, o devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir-se com prudência, para atingir a meta colimada pelo ato. Dessa índole é, exemplificativamente, a obrigação assumida pelo médico, que se compromete a cuidar do enfermo; da mesma natureza, a obrigação do advogado, a quem se confia o patrocínio de uma causa. Por outras palavras, nas primeiras exige-se um resultado útil para o credor; a obrigação não se tem por adimplida, enquanto não se atinge o objetivo colimado. Nas segundas, o devedor somente se obriga a usar a prudência ou diligência normais, para chegar àquele resultado.

Feitas essas considerações, é de se destacar que a doutrina e a jurisprudência dominantes afirmam que, tal como se verificou no ensinamento do mestre civilista acima exposto, a atividade médica constitui uma obrigação de meio. Isso significa

que o facultativo, ao atender uma pessoa, obriga-se a fazer por ela tudo o que ao seu alcance estiver, visando o restabelecimento da saúde do paciente. Explica-se: o médico não se compromete a curar o doente, mas tão-somente a empregar todos os seus conhecimentos e recursos disponíveis a fim de que a almejada cura possa efetivamente ocorrer. Todavia, mesmo que esta não ocorra, nas circunstâncias acima explanadas, não será o médico responsabilizado.

Neste sentido o ensinamento de Kfoury Neto (2001,p.177) ao doutrinar que:

Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O devedor tem apenas que agir, é a sua própria atividade o objeto do contrato. O médico deve apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga.
(...) O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão.

Assim também tem entendido os tribunais pátrios, como se verifica nos arestos abaixo relacionados:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Médico - Danos físicos atribuídos a tratamento por ele ministrado - Obrigação de meio, e não de resultado - Regularidade da conduta profissional - Culpa não configurada - Indenização afastada - Recurso provido - Voto vencido - Inteligência do art. 1.545 do CC." (os grifos não constam do original).

A obrigação do hospital, como a do médico, é de meio, e não de resultado, impondo-se a reparação do dano, se houve infração à causa tácita contratual da incolumidade nas relações com o paciente (...).

A obrigação dos médicos em geral e do cirurgião em particular é de meio e não de resultado. A obrigação de indenizar não decorrerá diretamente de não ter sido esse atingido.

Desta forma, havendo insatisfação por parte do paciente no que tange ao atendimento a ele prestado pelo médico, deverá provar a ocorrência do erro, caso deseje ver-se ressarcido do dano - material ou moral - que entende ter sofrido.

Não obstante a obrigação de meio seja a regra na assistência médica, como pôde ser constatado, há situações em que o dever assumido pelo facultativo será a obtenção de um determinado resultado, conforme se verificará no item seguinte.

2.2. Cirurgia plástica estética

O campo da cirurgia plástica estética foge à regra geral no que tange à obrigação assumida pelo médico quando do atendimento de seu cliente. Afirma-se isto porque, neste particular, o profissional da medicina deixa de estabelecer com seu paciente uma obrigação de meio para estipular uma obrigação de resultado. Tal se dá visto que, ao procurar um especialista na área sob comento, ou mesmo um médico que não seja especializado, mas que se disponha a realizar este tipo de cirurgia, o paciente busca um resultado pré-determinado, consistente no reparo de uma imperfeição física, mesmo que esta se apresente apenas no seu plano psicológico.

É oportuno, neste ínterim, enfatizar que o enfoque ora dado é à cirurgia plástica estética, e não à cirurgia plástica reparadora. De fato, a cirurgia plástica estética visa ao embelezamento, ao rejuvenescimento do paciente, pelo que se pode dizer que é dispensável, desnecessária, ao menos no que tange à sua saúde corpórea, o que não pode ser dito quanto à cirurgia plástica reparadora, que se faz necessária à

recuperação do paciente ou ao perfeito funcionamento de alguma parte de seu organismo. Destarte, somente na cirurgia plástica estética é que se pode afirmar ser de resultado a obrigação pelo médico assumida. Na cirurgia plástica reparadora, a obrigação do facultativo, como a regra geral, é de meio.

Merece destaque, quanto ao tema em análise, a lição de Aguiar Dias (1984,p.241), citado por Vanderby Lacerda Panasco na obra A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos:

A cirurgia plástica reparadora representa uma obrigação de meio na relação contratual médico paciente, ligado a um estado de necessidade ou a uma condição terapêutica. (...) Os enxertos reparadores de deformidade cicatricial, o lábio leporino, as fissuras palatinas congênitas ou adquiridas, as osteotomias de recomposição plástica, após consolidação viciosa, a cirurgia da mão e tantos outros dados importantes da cirurgia plástica nos dão, sobremaneira, a amplidão dos seus horizontes, sedimentando o conceito, o respeito e o privilégio de seus seguidores. (...) Quando, em qualquer circunstância, o cirurgião plástico admitir ao paciente, categoricamente, que a cirurgia a ser realizada lhe devolverá integralmente as funções ou a condição estética solicitada, elabora-se entre o paciente e o médico uma 'obrigação de resultado'.

A jurisprudência pátria, de forma majoritária, de há muito também vem entendendo ser de resultado a obrigação assumida pelo cirurgião plástico, quando da realização de uma cirurgia plástica estética. A confirmar esta assertiva, seguem abaixo alguns acórdãos que tratam do tema:

CIRURGIA PLÁSTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - Indenização -
DANO MATERIAL E DANO MORAL.
Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito (STJ - Rev. Jur. 170/145).

DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO -
CIRURGIA PLÁSTICA DE NATUREZA ESTÉTICA - OBRIGAÇÃO MÉDICA
DE RESULTADO.

A cirurgia plástica de natureza meramente estética objetiva embelezamento. Em tal hipótese o contrato médico-paciente é de resultado, não de meios. A prestação do serviço médico há que corresponder ao resultado buscado pelo paciente e assumido pelo profissional da medicina. Em sendo negativo esse resultado ocorre presunção de culpa do profissional. (...) (TJRS - AC 595068842 - 6ª Câm. Cív. - Rel. Des. Osvaldo Stefanello - j. 10.10.1995).

Afirmou-se que este entendimento é majoritário porque ainda existem entendimentos contrários, embora poucos, como o esposado em voto-vista do eminente ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto Menezes Direito, em acórdão cuja ementa já foi acima transcrita. Este insigne ministro entende que: Qualquer que seja o ato cirúrgico, o que determina a responsabilidade é a constatação da existência do erro médico e não, diante da igual natureza científica do ato, o compromisso de alcançar certo resultado.

Ainda assim, no que concerne à cirurgia plástica estética, como já se afirmou, é praticamente pacífico o entendimento de que a obrigação assumida pelo médico é de resultado, e não de meio, como ocorre na obrigação médica em geral. Isso implica que, havendo resultado diverso do esperado pelo paciente, haverá a inversão do *onus probandi*, cabendo ao médico, neste caso, provar que empregou todos os seus conhecimentos e meios à sua disposição para atingir seu objetivo, só não alcançado pela ocorrência de um caso fortuito ou de força maior ou pela culpa exclusiva da vítima.

2.3. Erro médico: conceito

A palavra erro deriva do latim *error*, de *errare*, no sentido de enganar-se, desviar-se do que é correto, equivocar-se.

Destarte, o erro médico pode ser conceituado como o equívoco do facultativo no procedimento adotado quando do atendimento do paciente. Tal equívoco pode se dar pela imperícia do profissional da medicina, por sua imprudência ou negligência, ou, ainda, quando se tratar de cirurgia plástica estética, por não ser atingido o resultado contratado com o cliente.

Outro não é o ensinamento de Moraes (1995,p.34) ao doutrinar que o erro médico pode ser definido

(...) como sendo a ação ou omissão do médico que, no exercício profissional, causa dano à saúde do paciente. Somente lhe pode ser imputado o erro se for comprovado o nexo de causa e efeito entre a falha do médico e o mau resultado para o doente. A responsabilidade é aqui examinada a partir do que ele fez e não deveria ter feito, deixou de fazer e deveria ter feito, falou e não deveria ter falado ou, ainda, não falou e deveria ter falado.

O procedimento médico tem início com o atendimento ao cliente, oportunidade em que o médico terá com ele o primeiro contato. É neste momento que o facultativo toma conhecimento dos incômodos que vêm acometendo o futuro paciente, devendo ficar atento a todas as informações que lhe serão transmitidas, a fim de que possa elaborar com exatidão o prontuário médico, no qual deverá constar o maior número de dados possíveis sobre o cliente (idade, sexo, hábitos, sintomas que apresenta, doenças já diagnosticadas, enfermidades que acometem familiares etc.).

O prontuário médico é de fundamental importância para que o profissional possa fazer o diagnóstico da doença com mais segurança e, assim, adotar a conduta correta. De fato, o médico age dentro de um critério de probabilidade ao diagnosticar, já que nem sempre é possível estabelecer exatamente que tipo de mal aflige seu paciente. Analisando os dados constantes do prontuário, poderá ele fazer o diagnóstico e estabelecer a conduta a ser tomada.

Diante da complexidade do corpo humano, é permitido ao médico errar o diagnóstico, mas a conduta jamais. Isso significa que o facultativo pode até equivocarse no que se refere à exata doença pela qual o paciente é acometido (diagnóstico), mas em hipótese alguma poderia, por exemplo, realizar uma intervenção cirúrgica sem que esta fosse necessária, ou não realizá-la quando indispensável à recuperação do paciente (conduta).

Assim, pode-se concluir que o simples erro de diagnóstico não é bastante para caracterizar o erro médico. Pode o profissional equivocarse quanto ao diagnóstico e, mesmo assim, adotar a conduta correta.

Moraes (1995,p.39) afirma que: O erro do diagnóstico faz parte do progresso e do cabedal do conhecimento próprio do médico e não traz maiores consequências para o doente; entretanto, o erro de conduta pode levar o doente à morte.

Oportuno que se diga, também, que tão-somente a divergência de condutas entre médicos não é suficiente para a configuração do erro médico, sendo necessária a ocorrência de prejuízo à saúde do paciente.

Os avanços da medicina fazem surgir cada vez mais especialidades. Todavia, há que se considerar que o corpo humano não é formado por partes estanques. É um todo indivisível. Desta feita, o médico especialista tem por obrigação conhecer profundamente a área na qual milita, mas também ser sabedor das có-relações existentes entre a sua especialidade e as demais, sob pena de causar prejuízos ao paciente.

Finalmente, importa ressaltar que não se pode confundir evolução natural da doença ou complicação natural da doença com erro médico. Aquelas ocorrem naturalmente, sem que o médico concorra para o seu desenrolar, ao contrário deste último.

2.3.1. Erro médico e indenização moral

Já se analisou os conceitos de erro médico e de dano moral. Importa, agora, que se destaque em que situações deverá o médico ser condenado a indenizar seu paciente, ou os familiares deste, por dano moral decorrente do exercício desastroso de sua atividade.

A priori, é preciso que se diga que a responsabilidade médica é subjetiva, onde comprovamos, através da análise do art. 951 do Código Civil, verbis:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional,

por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Verifica-se, pois, que o referido artigo do *codex* expressamente menciona as palavras imprudência, negligência e imperícia, não deixando dúvida quanto ao fato de que a responsabilidade médica deve ser apurada de forma subjetiva.

Apenas a título de esclarecimento, os artigos 948, 949 e 950 do novo Código Civil, mencionados pelo art. 951, determinam qual a abrangência da indenização nos casos neles previstos.

Como já se observou, a responsabilidade civil funda-se na existência dos seguintes pressupostos: dano, ato ilícito e nexo causal entre ambos. Desta feita, deverá o facultativo ser responsabilizado toda vez que de sua atividade resultar um dano ao paciente, dano este que não teria ocorrido tivesse o médico agido com acuidade.

O erro médico pode ocasionar ao paciente danos materiais e danos morais, sendo que os danos morais podem também atingir os familiares do paciente, em caso de falecimento.

Os danos materiais são todos aqueles economicamente mensuráveis. Como exemplo, cite-se os salários que o paciente deixa de auferir, por ter ficado impossibilitado de trabalhar, em consequência de um procedimento errôneo do profissional da medicina.

Já os danos morais, como acima foi exposto, podem ser resumidos da seguinte forma: são todos os sofrimentos físicos ou psicológicos sofridos pela pessoa natural ou jurídica. À guisa de ilustração, pode ser mencionado o envio do nome de pessoa honesta, que cumpre tempestivamente com suas obrigações, para o "cadastro de maus pagadores". Não há dúvida de que esta atitude leva a pessoa a sentir uma vergonha muito profunda, causando-lhe um sofrimento psicológico indevido, que deve ser reparado com a indenização moral.

É verdade que um mesmo fato pode gerar à pessoa tanto prejuízos materiais quanto morais. Todavia, para o presente trabalho só interessa a questão dos danos morais, desde que, ainda, decorrentes do erro médico.

Destarte, insta indagar: toda vez que o médico provocar em seu paciente os supramencionados sofrimentos - físicos ou psicológicos - será ele obrigado a indenizá-lo moralmente?

Óbvio que não. O médico, no exercício regular de sua profissão, e visando a cura do doente, pode vir a adotar procedimentos que provoquem neste intensos sofrimentos, sem que tais sofrimentos sejam passíveis de indenização. Pode ocorrer, por exemplo, que seja necessária a amputação de uma das pernas do paciente, a fim de salvar-lhe a vida. Ora, seria uma aberração jurídica condenar um profissional, nestas condições, a indenizar seu paciente pelo dano moral que este sofreu, já que falta um dos pressupostos da responsabilidade civil, qual seja, o ato ilícito. Imagine-se, agora, o contrário. Um médico, inexperiente, realiza a amputação da perna direita do paciente, com o intuito de preservar-lhe a vida e, somente depois, percebe que a

perna que deveria ser amputada era a esquerda. Neste caso, sem dúvida, merecerá o paciente ser indenizado pelos danos morais sofridos.

Como se vê, somente quando houver erro médico é que se torna possível a responsabilização civil do profissional, que deverá reparar os danos morais sofridos por seu cliente, ou pelos familiares deste.

É preciso que se reforce que a verificação do erro funda-se na existência do nexo causal entre a conduta médica e o resultado danoso ao paciente, ou seja, é preciso que haja culpa do facultativo, sendo esta externada por sua imprudência, negligência ou imperícia.

Kfouri Neto(2001,203) ensina que:

Os pressupostos para que se configure a responsabilidade civil do médico são: a) comportamento próprio, ativo ou passivo; b) que tal comportamento viole o dever de atenção e cuidado próprios da profissão médica, tornando-se antijurídico; c) a conduta deve ser imputada subjetivamente ao médico, a título de culpa ou dolo; d) que haja um resultado danoso, material ou moral; e) relação de causalidade entre o ato médico e o dano sofrido.

No capítulo inaugural, já analisamos os conceitos de imprudência, negligência e imperícia. Resta, agora, aplicarmos aqueles conceitos à atividade médica.

A imprudência médica pode ser entendida como a falta do cuidado objetivo do profissional no transcorrer do atendimento ao paciente. Como exemplo, tem-se o profissional que aplica glicose em paciente diabético, vindo a provocar sua morte.

Ora, o facultativo deveria ter o cuidado de, antes de aplicar a referida injeção, colher informações seguras sobre o paciente. Na dúvida, o correto seria a realização

de exame, que atualmente pode ser feito em questão de segundos. O que não pode ser aceito é que o profissional, em tais condições, adote o procedimento mais arriscado. Se assim agir, agirá imprudentemente.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS-RJTJRS 158/214). entendeu que:

Comporta-se contra a prudência médico que dá alta a paciente, a instâncias deste, apesar de seu estado febril não recomendar a liberação e comunicado, posteriormente, do agravamento do quadro, prescreve sem vê-lo pessoalmente. O retardamento dos cuidados, se não provocou a doença fatal, tirou do paciente razoável chance de sobreviver. (...)

A imperícia médica caracteriza-se pela falta de conhecimento técnico do profissional da medicina. Com relação a este tema, extrai-se da jurisprudência o seguinte exemplo: RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização - Erro médico - Dano comprovadamente causado pela imperícia do anestesista - Responsabilidade solidária do cirurgião chefe pela culpa in eligendo - Verba devida.

No interior desse acórdão (TJRS-RJTJRS 158/214). é dito que:

A ocorrência de erro médico e que no caso se caracteriza como imperícia é patente, inequívoca e inquestionável. Deve-se à introdução de sonda mesogástrica para fins de entubação, normalmente feita em cirurgias abdominais e que veio a lesionar a laringe e perfurar o esôfago dando causa a uma fistula, conforme se comprovou através do exame de raios x contratado feito em 25.10.1986, conforme relato do cirurgião, f.(...)

Por fim, a negligência médica pode ser entendida como a omissão do facultativo, em qualquer fase do atendimento ao paciente, na realização de um procedimento que, se realizado, evitaria a ocorrência do dano.

É apresentado, abaixo, exemplo de negligência médica coletado na jurisprudência. Relata o esquecimento de uma agulha de sutura no corpo do paciente, após intervenção cirúrgica; Eis o caso:

INDENIZAÇÃO - Erro médico - Equipe médica que esquece agulha de sutura no organismo do paciente - Fato não relacionado com a sintomatologia apresentada pelo mesmo - Irrelevância - Negligência caracterizada - Problemas agravados psicologicamente com a agulha de sutura abandonada no tórax - Inviabilidade de nova cirurgia em segurança - Verba devida - Direito de regresso do hospital contra o cirurgião responsável - Inteligência dos arts. 159, 1.521, III, 1.539 e 1.545 do CC; da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art. 14, §§1º, II e 4º; e art. 602 do CPC - Voto vencido.
Esta anomalia (presença de petrecho cirúrgico no corpo de paciente) configura grave violação dos deveres impostos ao cirurgião e equipe, assim como ao hospital conveniado, incidindo a reparação civil e reconhecendo-se a negligência médica.
A agulha de sutura está onde não devia estar e a sua retirada demanda criteriosa avaliação pelos riscos que encerra. O dano deve ser indenizado também por razões ético-jurídicas, no intuito de alertar para a formação de uma consciência profissional.

Em qualquer caso, verificado que o médico agiu com imprudência, imperícia ou negligência, e essa sua ação, em sentido amplo, ocasionou dano moral ao paciente, ou aos familiares deste, em caso de morte, deverá ser o médico obrigado a indenizá-lo.

É preciso que se diga, também, embora não pertença ao enfoque do presente trabalho, que o quantum indenizatório deverá ser fixado levando-se em conta o grau de culpa do médico, a ocorrência de culpa concorrente da vítima, a situação econômica das partes envolvidas, dentre outros fatores.

Outro ponto importante a destacar é que o médico não pode ser responsabilizado pelas condições precárias do hospital. Desta forma, um procedimento que é considerado errôneo, se praticado num hospital altamente equipado, que disponha das mais recentes novidades tecnológicas, poderá não sê-lo quando tenha sido realizado em nosocômio com instalações e equipamentos precários. É dever do magistrado analisar minuciosamente cada caso submetido a seu julgamento, a fim de que possa sopesar todos os motivos que levaram o médico a adotar determinado procedimento.

Já se analisou a importância do diagnóstico no atendimento médico, como também já se destacou que o mero erro de diagnóstico não é suficiente para caracterizar o erro médico. Entretanto, dependendo do caso, poderá o médico ser condenado a indenizar seu paciente por dano moral devido ao erro de diagnóstico. Imagine o sofrimento psicológico que acomete um paciente ao ser informado de que sofre de carcinose. Imagine, agora, se, posteriormente, constatar-se que houve erro de diagnóstico. Muito provavelmente será o médico responsabilizado pelo dano moral suportado por aquele paciente.

Destarte, o facultativo deve ter certeza do diagnóstico antes de informá-lo ao paciente ou aos seus familiares. Havendo dúvida, é preferível que se aguarde a confirmação a anunciar um diagnóstico equivocado.

Ainda no que tange ao diagnóstico, deve o médico manter sigilo, só o informando às pessoas que necessariamente devam tomar conhecimento dele. De fato, o próprio Juramento de Hipócrates estabelece que: "O que, no exercício ou fora do exercício e no comércio da vida, eu vir ou ouvir, que não seja necessário revelar,

conservarei como segredo", regra que foi seguida pelo Código de Ética Médica (Res. 1.246, de 8.1.1988), em seu art. 102, que proíbe o médico.

Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.

Desta forma, pode o facultativo ser condenado a indenizar seu paciente caso divulgue a terceiros qualquer informação que lhe acarrete dano moral, salvo se respaldado por qualquer dos permissivos acima.

Mister se faz lembra que, em se tratando de cirurgia plástica estética, não sendo o resultado prometido pelo médico atingido, este será responsabilizado a indenizar seu paciente pelos danos morais que o mesmo vier a sofrer.

Por fim, resta dizer que, a aferição da ocorrência do erro médico não é tarefa das mais fáceis, visto que só pode ser feita por outro profissional da medicina, o que acaba gerando o tão disseminado "espírito de corpo".

Na verdade, necessária se torna a conscientização dos profissionais, a fim de que percebam que a indenização do paciente pelo dano moral sofrido, em decorrência do erro do facultativo que o atendeu, visa, mais do que buscar o alívio da dor do paciente, a fazer com que os profissionais se aprimorem em suas atividades, contribuindo, desta forma, para o contínuo aperfeiçoamento de tão digna profissão, que outrora já foi considerada um verdadeiro sacerdócio.

2.3.2. Causas excludentes da responsabilidade médica

Assim como em qualquer outra atividade, situações podem ocorrer que excluam a responsabilidade do profissional da medicina. Neste campo de atuação profissional, são aceitas as seguintes causas excludentes de responsabilidade: caso fortuito ou de força maior e culpa exclusiva da vítima, temas já estudados no primeiro capítulo.

Resta saber se é possível inserir no contrato de prestação de serviços médicos a cláusula de não-indenizar.

Kfoury Neto (2001,P.226) citando Aguiar Dias, ensina que:

(...) A responsabilidade médica nasce do erro manifesto. Daí decorre que o médico, em certo grau, já goza de uma cláusula tácita de irresponsabilidade, na proporção da margem de erro tolerada pela imperfeição da própria ciência. Portanto, onde se poderia convenciona-la, ela já existe - e fora daí verifica-se absoluta impossibilidade, pelo respeito devido ao ser humano.

Quando se discorreu sobre a cláusula de não-indenizar, no Capítulo I do presente trabalho, afirmou-se que o dever de indenizar só pode ser afastado quando se referir a interesses particulares, considerando não ser possível o descumprimento de norma de ordem pública por acordo particular.

Assim sendo, comunga-se com a opinião acima exposta, de que não é cabível a cláusula de não-indenizar nos contratos de prestação de serviços médicos, porque quando se fala em atividade médica, fala-se no direito à vida, à saúde e à

integridade física do paciente, que não podem ser transacionados por meio de acordos particulares.

2.4. A responsabilidade médica à luz do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), em seu art. 14, estabelece, verbis:

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

Este mesmo art. 14, em seu § 4º, dispõe que: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa..

Desta forma, a responsabilidade pessoal do médico, pelo erro que vier a cometer, não sofreu qualquer modificação com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor. Continua a depender da existência de culpa.

Já a responsabilidade dos hospitais, por sua vez, sofreu drástica modificação, tornando-se objetiva, haja vista que estes estão enquadrados no conceito de fornecedor de serviços, mencionados no caput do artigo sob comento.

CONCLUSÃO

Como observamos, a atividade médica, no decorrer dos tempos sofreu drástica transformação, sem contudo, deixar o médico responsável por seus atos, caso em que, infringindo os limites estabelecidos pela medicina e normas legais, fica obrigado a indenizar.

A reparação do dano, que em tempos era apenas hipóteses acadêmicas, hoje torna-se realidade, pois, tanto a legislação, quanto a doutrina e jurisprudência tendem para a moderna visão da reparação, tendo em vista o cuidado em que os profissionais da referida área devem observar, pois, se contrário fosse, muitos prejuízos o ser humano poderia advir.

Desta forma, a ocorrência do erro médico, que em tempos não muito distantes, só poderia gerar a indenização pelos danos materiais que o paciente viesse a sofrer, ora é também gerador do dano moral que, como já se afirmou, é passível de indenização.

Essa indenização, seja pelo dano material, seja pelo dano moral, dependerá sempre da aferição da culpa do facultativo, haja vista que sua responsabilidade será sempre subjetiva. Quando da aferição da culpa, deve o julgador sopesar todos os fatores que levaram o médico a erro, não devendo o mesmo ser responsabilizado, por exemplo, pelas deficientes instalações hospitalares em que efetuar o atendimento.

Destacou-se, também, a importância da responsabilização do profissional da medicina pelos danos morais que causar, o que o obriga, sem dúvida, a ter mais

cuidados quando do atendimento de seus clientes, a fim de não se ver obrigado a indenizá-los. Analisou-se, ainda, que, caso ocorra um caso fortuito ou de força maior que agrave a condição de saúde do paciente ou o leve à morte, será a responsabilidade médica excluída.

Conclui-se, portanto, que a possibilidade de o paciente ser indenizado pelos danos morais que sofrer, em decorrência do erro médico, tornou-se, e continua sendo, um instrumento de grande contribuição para a melhoria da atividade médica.

Tal indenização, no entanto, só será possível quando comprovadamente tiver o médico agido com culpa, em sentido amplo, e, ainda assim, a fixação de seu quantum deve atender ao grau de culpa do profissional.

Evidenciou-se, também, que cabe ao paciente que se sentir lesado provar a ocorrência do erro médico, a fim de que possa ser indenizado pelos danos morais que sofrer. Somente em se tratando de cirurgia plástica estética é que haverá a inversão do ônus da prova, competindo ao médico, para eximir-se da responsabilidade, provar que empregou todos os seus conhecimentos e meios a sua disposição, não tendo sido o resultado atingido por causa da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, ou por culpa exclusiva da vítima.

A fim de evitar a ocorrência do erro, deve o médico agir cuidadosamente desde o primeiro atendimento a seu cliente, elaborando o prontuário com todas as informações possíveis e, com esses dados em mãos, poderá acertar na conduta.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil, v. 1, p. 303. Apud PANASCO, Vanderby Lacerda. A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil e Processual - Cirurgia estética ou plástica - Obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva) - Indenização - Inversão do ônus da prova. Recurso Especial nº 81.101-PR. Jane Carvalho Marquesi e Manoel Augusto Ribas Cavalcanti. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Acórdão 13 abr. 1999. Revista do Superior Tribunal de Justiça, nº 119.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização - Erro médico - Dano comprovadamente causado pela imperícia do anestesista - Responsabilidade solidária do cirurgião chefe pela culpa in eligendo - Verba devida. 53.104/RJ. Norma Pacheco Senna, Hospital São Lucas e outros, Oswaldo Luiz Dias Berg e Alexandre Roberto Mesquita. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Acórdão 4 mar. 1997. Revista dos Tribunais, nº 748.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil. Médico. Culpa. Prova. Recurso Especial nº 69.309-SC. Clínica Neurológica e Neurocirúrgica de Joinville outro e Getúlio Raphael Bittencourt Machado. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Acórdão 18 jun. 1996. Revista do Superior Tribunal de Justiça, nº 87.

CAPITANT, Henri. Vocabulário Jurídico. Buenos Aires: Depalma, 1977.

DE PLÁCIDO e SILVA. Vocabulário Jurídico. 3ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

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

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Anaconda Cultural Edições, 1986.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 4º vol. São Paulo: Saraiva, 1968.

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

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. 1º vol. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. MÉDICO - Responsabilidade Civil - Profissional que desconsidera quadro clínico anormal de paciente - Agravamento -

Cirurgia emergencial realizada no dia seguinte por outro médico - Negligência configurada - Indenização devida. Ap. 1.001/85. João Fernando Caffaro Góis e Rosana Valle Rocha. Relator: Des. Renato Pedroso. Acórdão 22 abr. 1986. Revista dos Tribunais, nº 608.

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

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. INDENIZAÇÃO - Erro médico - Equipe médica que esquece agulha de sutura no organismo do paciente - Fato não relacionado com a sintomatologia apresentada pelo mesmo - Irrelevância - Negligência caracterizada - Problemas agravados psicologicamente com a agulha de sutura abandonada no tórax - Inviabilidade de nova cirurgia em segurança - Verba devida - Direito de regresso do hospital contra o cirurgião responsável - Inteligência dos arts. 159, 1.521, III, 1.539 e 1.545 do CC; da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art. 14, §§1º, II e 4º; e art. 602 do CPC - Voto vencido. Ap. 4.486/93. Associação da União Este Brasileira dos Adventistas do Sétimo Dia - Hospital Silvestre e Ednalva de Souza Oliveira Rizzo. Relator: Des. Pedro Américo Rios Gonçalves. Acórdão 15 mar. 1994. Revista dos Tribunais, nº 719.

SANTINI, José Raffaelli. Dano Moral. 2ª ed. Campinas: Agá Júris, 2000.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. RESPONSABILIDADE CIVIL - Médico - Danos físicos atribuídos a tratamento por ele ministrado - Obrigação de meio, e não de resultado - Regularidade da conduta profissional - Culpa não configurada - Indenização afastada - Recurso provido - Voto vencido - Inteligência do art. 1.545 do CC. Ap. 11.267-1. Márcio Funghi de Salles Barbosa e Leonides Sobral. Relator: Des. Oliveira Lima. Acórdão 19 mar. 1986. Revista dos Tribunais, nº 613.

SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

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