



O ERRO MÉDICO E O DIREITO

PAULO DE TARSO TAMBURINI SOUZA

Juiz de Direito da Comarca de Boa Esperança e Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de Alfenas

“Medice, cura te ipsum”

Resumo: O erro médico e a visão do Direito. Principais especialidades médicas e os erros. Condutas e tratamentos.

Palavras-chave: Ciências, ser humano, lei, erro, falibilidade, conduta.

1 INTRODUÇÃO

“Os homens acham a epilepsia divina, simplesmente porque não a compreendem. Mas se chamassem de divino tudo o que não compreendem, ora, as coisas divinas não teriam fim.”

Hipócrates de Cós.

Os avanços tecnológicos das últimas décadas têm trazido inegáveis obrigações de mudanças sociais e adaptações às situações e efeitos novos, alterando-se os paradigmas anteriores por completo.

Absolutamente, nenhuma área da sociedade ficou livre de seus resultados, obrigando o Direito, na qualidade de pacificador social, a prevenir os conflitos latentes e potenciais e a apresentar soluções àqueles já instalados, igualmente a se adaptar a esta dinâmica nova.

O aumento e concentração das populações, associados à rapidez dos meios de comunicação e transporte, intensificam e tornaram mais complexas

O Alferes, Belo Horizonte, **15** (50): 49-85, jan./mar. 2000

49

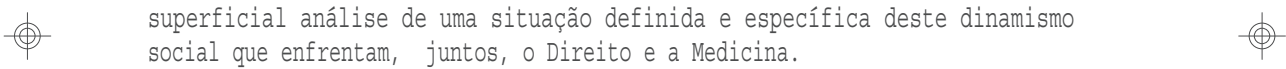


O erro médico e o Direito

as relações entre a humanidade, não se permitindo mais a análise simplista de um fragmento ou fato isolado da realidade social.

A decadência do método de Renée Descartes e a ascendência do pensamento holístico se vêem presentes em todos os segmentos da civilização, não podendo mais permitir, a todos os analistas dessa mesma situação, ao estudo isolado das partes para a compreensão do todo. Ao contrário, a interdependência de cada fato aos demais está a obrigar um estudo mais profundo de todos os elementos possíveis e suas relações uns com os outros, visando a conclusões e a resultados mais preciosos e seguros.

Esta onda de situações novas, trazidas como efeitos, sobretudo, da revolução tecnológica, veio demonstrar cabalmente a relatividade de todos os conceitos e situações tidas como verdades absolutas, bem como a irresponsabilidade de tê-los como verdades definitivas.



Assim, a proposta deste ensaio não é a do oferecimento de caminhos ou verdades a serem tidas como imutáveis, mas tão somente uma pequena e superficial análise de uma situação definida e específica deste dinamismo social que enfrentam, juntos, o Direito e a Medicina.

Nesta fase de transição e adaptação, tanto a Medicina Humana, quanto o Direito vêem-se em meio a um conflito de convivência entre os diversos conceitos e técnicas aplicáveis a uma realidade social que, aos poucos, deixa de existir. Um desafio a exigir que se apresentem novas soluções para novos impasses.

Nas ciências, as verdades parecem ter um especial caráter de transitoriedade, o que se comprova a cada novo conhecimento conquistado. Este fato, por sua vez, tem ocorrido com uma velocidade tamanha que impossibilita a sua aplicação harmônica e extensão uniforme a todos os setores da sociedade.

O comportamento das áreas de saúde não tem sido diferente, fato que tem acarretado sensíveis alterações ao comportamento médico, sobretudo pela necessidade de se manter atualizado em relação às novidades que se lhe apresentam, posto que as nova possibilidades de cura oferecem, igualmente,



Paulo de Tarso Tamburini Souza

novas possibilidades de danos e maior dificuldade de suas reparações, a se considerar que a saúde não é somente a ausência de doenças, mas também a manutenção do bem estar físico e mental.

2 HISTÓRICO

"Esperamos pela luz, mas contemplamos a escuridão"
Isaías, 59:9

O ser humano, em meio a tanta incerteza e insegurança, tem um único caminho incontestável e de difícil aceitação: sua vida física tem ciclo de duração no tempo e termina inexoravelmente com a morte. Esta tem sido a eterna rebelião e resistência do ser humano, a exemplo de um interminável conflito entre "Thanatos" e "Eros".

Neste caminho para o fim certo – por mais cruel que se entenda da frieza da assertiva -, o corpo humano tem fases de percalços na saúde, devotando-se a Medicina aos processos de cura e melhora da qualidade e expectativas de vida, além de nos relembrar que, apesar de todo o conhecimento e tecnologia, somos seres cuja fragilidade da vida nos atinge a todos de maneira exatamente idêntica.

Outro ponto a ser tocado, bem lembra François Choffat¹, é que "nossa sociedade materialista investiu a Medicina de um poder mítico sobre a morte. Se a vida não passa de uma acumulação de valores materiais, a longevidade nos garante a fruição desses valores e a imortalidade física representa a aspiração mais elevada, a única transcendência possível".

Por esta razão, o médico é um profissional com uma característica própria, que está a lidar diariamente com a dor e o sofrimento humano, a colocar-se em meio ao conflito entre as expectativas milagrosas de cura do paciente por um lado, e das limitações do conhecimento e da própria vida humana por outro – e tudo sem se esquecer, a todo momento, de que é ele próprio um daqueles do gênero empenhado em buscar a cura das doenças e a extensão da vida.

¹ Choffat, François - "A Doença da Medicina"- in Revista Nova Ciência, nº 06 - Ed. Três.

O erro médico e o Direito

A complexidade das sociedades atuais leva a um lamentável distanciamento do médico em relação ao paciente. Seja como resultado da busca do profissional pela sua própria sobrevivência, a obrar em vários empregos, seja pela comercialização exacerbada da indústria da saúde, a buscar mais lucros que o nobre resultado da cura humana; seja pela imposição da vida em grandes centros, ou pela má formação profissional a que todos estamos sujeitos. Fato é que raramente se encontram aqueles profissionais "médicos de família", que mantinham uma estreita relação com o paciente, e que, não raro, tratavam e cuidavam da saúde de várias gerações de uma mesma família.

Neste aspecto, deve se fazer uma pequena e rápida análise da formação médica no Brasil, para onde a primeira escola de Medicina foi trazida por Dom João VI, em 1808, na Bahia, e a segunda, no mesmo ano, no Rio de Janeiro.

Em 1913, cerca de cento e cinco anos depois, foi fundada a Escola de Medicina e Cirurgia de São Paulo, a atual Escola de Medicina da Universidade de São Paulo, chegando-se, em 1950 a treze escolas, em todo o País. Somente no ano de 1968, foram criadas mais escolas de Medicina do que aquelas já em funcionamento.

Atualmente, há cerca de oitenta e oito escolas de Medicina no País, número que já deve ter aumentado em muito, em decorrência do princípio de autonomia da Universidade, estabelecida pela Constituição Federal da República de 1988².

Para que os números falem por si só, os dados de 1951 indicavam que se graduavam em Medicina, no Brasil, cerca de 8.200 médicos por ano. No mesmo período, porém, apenas cerca de 2.500 vagas eram oferecidas para a residência médica. Havia, contudo, aproximadamente 200.000 profissionais no mercado de trabalho.

² Revista Veja de 20Ago97.



Paulo de Tarso Tamburini Souza

Soma-se a este fato a rapidez com a qual o conhecimento se atualiza e se altera. Neste sentido, Irany Novah Moraes, em sua obra "*Erro Médico e a Lei*", lembra que o profissional que desejasse se inteirar sobre tudo o que foi publicado no último mês, na leitura médica internacional, iria demorar cerca de setenta e cinco anos de leitura.

Este mesmo autor registra que a maioria das "*verdades*" médicas tem vida útil de oito anos em média, o que significaria dizer que aquele aluno que iniciou a faculdade de Medicina, quando terminasse sua residência médica, teria que passar por todo um processo de atualização, posto que grande parte do conhecimento apreendido já teria sido, ou estaria em processo de ser desatualizado.

O Brasil, como os demais países em desenvolvimento, se vê numa situação difícil, onde apertado orçamento é dividido entre uma medicina de ponta, os cuidados de base, a luta contra as epidemias, o diagnóstico, os estudos de saúde pública, a educação sanitária, a formação do pessoal da saúde, as exigências políticas³.

Por outro lado, o Direito passou a acompanhar certas mudanças sociais, a atender as novas necessidades, dentre elas, no Brasil, o aumento da legislação protetora do consumidor, aí incluídos os serviços médicos e, ao mesmo tempo, a adaptar o Judiciário a um atendimento mais eficaz e, com maior rapidez, de tais demandas sociais, com a criação, recente, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

³ Choffat François - opus cit.

3 DO ERRO E DA CULPA

"Nós somos nossos próprios demônios"
Goethe

Na natureza, não há castigos ou recompensas, mas apenas conseqüências. O erro, como se sabe, é uma falsa avaliação da realidade, um juízo falso, uma incorreção, desacerto ou inexatidão; ou, como ensinam os franceses, a *"faute"* é a inexecução de dever que o agente deveria conhecer e observar.

A regra ensina que a obrigação do médico é daquelas consideradas de *"meio"* e não de *"resultado"*, embora possa haver situações que fujam excepcionalmente a esse conceito. Assim, não pode o médico se antecipar em garantir resultados. Não lhe cabe restituir a saúde do paciente, mas empregar os conhecimentos de sua técnica, obedecido o princípio do dever de cuidado objetivo e da diligência devida, para atender aquele fim.

Os médicos, assim como os advogados, na prestação de seus serviços profissionais, não podem, mesmo porque não têm como, prever resultados ou se comprometer com eles, posto que os resultados destes *"serviços"*, dada a sua natureza especial de tratar com a vida humana e cura de suas enfermidades, não dependem total e exclusivamente do profissional médico, no caso, ou de seus esforços.

Neste sentido, ensina José de Aguiar Dias⁴: *"O que é preciso observar é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados consenciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência, na fórmula da Corte Suprema da França"*.

Assim, para que haja a responsabilização do médico em relação aos danos causados em seus pacientes, por conseqüência de sua atuação inadequada, é necessário que resulte provado, de maneira inequívoca e segura, que o evento danoso foi resultado de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte.

⁴ "Da responsabilidade civil"- Vol. I - 1987 - Ed. Forense - pág. 299.



Paulo de Tarso Tamburini Souza

Deve, pois, o médico, no exercício de sua profissão e por ser o objeto desta um bem indisponível, preservado e protegido pelo Estado – a vida – esforçar-se para o melhor resultado, utilizando-se de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, muito embora possa saber, com antecedência, que nem sempre é possível alcançá-la.

Nos Estados Unidos da América, assim como no Canadá, o sistema probatório nas chamadas "*medical malpractice*" segue o princípio da "*res ipsa loquitur*", ou seja, de que a coisa fala por si mesma.

Naqueles países, a simples ocorrência de um fato como a morte de um doente, ou um dano à integridade física do paciente, causado sob os cuidados médicos, já tem em si a presunção da culpa médica sob o princípio de fato não ocorrido se não houvesse a culpa do médico.

Os elementos deste princípio são geralmente: o dano ocorre como consequência de um fato que não ocorreria ordinariamente se não houvesse negligência (ou outra forma de culpa); deverá ter sido causado diretamente pelo médico ou por quem atuando sob sua direção e controle, e deverá ter ocorrido em circunstâncias que indiquem que o paciente não o produziu voluntariamente ou por negligência de sua parte⁵.

Algumas vezes, entretanto, o profissional médico falha no exercício da profissão, ao errar um diagnóstico e, mais freqüentemente, nos casos que vão aos tribunais, no procedimento ou conduta do tratamento.

O Direito tem consagrado, em quase todos os sistemas jurídicos internacionais, o princípio de que todo aquele que der causa, por ação ou omissão, por vontade consciente ou por culpa, a um resultado lesivo, está obrigado a repará-lo.

Acresce-se a este princípio, ainda, que, se aquele resultado for considerado crime pela lei, ao seu agente será imposta uma sanção pelo Estado. Desta forma, há que se separar a conduta nas esferas cível e criminal do Direito.

⁵ Iturraspe, Jorge Mosset. Responsabilidade civil del médico, pág. 52.

O erro médico e o Direito

Na primeira, ou seja, na cível, deve ser lembrado que as obrigações nascem dos contratos ou são aquilianas – extracontratuais. Os médicos, a exemplo de outros prestadores de serviços, podem ter as suas obrigações derivadas de ambos. Causado um dano, que poderá ser incluído naqueles das modalidades de dano físico, estético ou moral, deve haver sua conseqüente reparação.

No segundo caso, há que se separar a conduta realizada pelo agente, na qual este tem plena consciência de seus atos e de seu caráter ilícito, sabe dos seus resultados e conseqüências, ou, deles sabendo assume o risco de produzi-los – que vem a ser a conduta dolosa – daqueles que não querem o resultado lesivo, mas ao faltar com o seu dever objetivo de cuidado, o que nosso Código Penal veio a tratar como ações por negligência, imprudência ou imperícia, o produzem.

Difícilmente se tem verificado, na jurisprudência, casos de crimes dolosos cometidos pelos médicos em decorrência de sua função.

Nesses casos, são geralmente comuns aqueles de aborto doloso com ou sem o consentimento da gestante (arts. 125 e 126 do CP), violação de segredo profissional (art. 154 do CP), auxílio ao suicídio (art. 122 do CP), constrangimento ilegal (art. 146 do CP), omissão de notificação de doenças (art. 269 do CP), falsidade ideológica (art. 299 do CP) – geralmente falsos atestados e, finalmente, talvez o mais comum: a omissão de socorro (art. 135 do CP). Esses, entretanto, não se incluem na categoria dos chamados “erros médicos”, mas dos crimes comuns.

Já os tipos culposos de injusto são aqueles que estabelecem a imposição legal de todos os indivíduos agirem com os cuidados exigidos na vida de sua relação social no tocante à sua realização. O desvalor da conduta culposa não é, por si só, suficiente para determinar a imposição da sanção penal, mas é imprescindível que se associe a isso um desvalor do resultado, ou seja, a produção de um resultado lesivo.



Paulo de Tarso Tamburini Souza

Esse, nos ensinamentos de Francisco Muñoz Conde, "*deve mediar, entre a ação negligente e o resultado lesivo, uma relação de causalidade, isto é, de dar-se uma conexão que permita imputar já no plano objetivo esse resultado concreto ao autor da ação negligentemente realizada*". Isso que dizer, em suma, que ocorrerá tal conduta criminosa quando a ação adequada a produzir um resultado, quando seja objetivamente previsível que o iria provocar e que o autor agiu sem a diligência devida. Quando o resultado se produziu apesar da conduta diligente do autor, não há que se falar em delito por culpa.

Assim, por conclusão, o delito culposos vai ocorrer quando se verificarem presentes uma conduta, a inobservância do dever objetivo de cuidado, o resultado lesivo involuntário, a previsibilidade e a tipicidade (sua previsão legal).

O ponto comum entre o delito culposos e o erro por culpa passível de indenização, numa análise simplista, está na evidência da conduta imprudente, negligente ou imperita, a registrar, ambos, um evento danoso. Acresce-se que ao crime será imposta uma pena título de sanção ao agente causador do dano prescrito como delito, mas em ambos poderá se buscar a reparação.

3 - 1 - Das modalidades de culpa, a **imprudência** pode ser descrita como uma atitude em que o agente atua com precipitação, deixando de observar as cautelas e não usando de seus poderes inibidores. É uma prática de uma ação irrefletida, inconsiderada, sem que se tomem as devidas precauções, resultantes de imprevisão do agente em relação a ato que podia e devia supor.

Nos dizeres de Plácido e Silva, a imprudência "*funda-se, pois na desatenção culpável, em virtude da qual ocorreu um mal, que podia e devia ser atendido o previsto pelo imprudente*".

No campo médico, pode-se dizer que a imprudência ocorrerá quando o profissional, conhecendo as técnicas e o seus resultados, atua atendendo o resultado, mas deixa de tomar as medidas acauteladoras para evitá-lo.

O erro médico e o Direito

Miguel Kfourf Neto lembra, aqui, a proximidade entre a imprudência e a imperícia. Registra que a primeira nasce quase sempre da segunda, *"pois o médico, mesmo consciente de não possuir suficiente preparação, nem capacidade profissional necessária, não detém a sua ação"*.

Aquele mesmo autor registra lição de Basileu Garcia sobre o tema:

*"Consiste a imprudência em enfrentar, prescindivelmente, um perigo; a negligência, em não cumprir um dever, um desempenho, uma conduta; e a imperícia, na falta de habilidade para certos misteres"*⁶. Aquele autor lembra o exemplo de cirurgião de renomada fama que, por vaidade, resolve aplicar técnica cirúrgica perigosa, sem comprovada eficiência, abandonando o seguro processo habitual.

Aqui, cabe-se registrar decisão sobre o tema do Egrégio Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

NP.: 02008371-9/00 TP.: *apelação (cv)*

CO.: Belo Horizonte

DJ.: 28/11/95

OJ.: 2ª Câmara Cível

DP.: DJ 04.04.96 e RJTAMG 61/148 Juiz Almeida Melo

DEC.: Unânime

Indenização - Danos materiais e morais - Erro médico - Culpa - Instituição hospitalar - Responsabilidade solidária - Pensão - Fixação - O hospital em cujas dependências funciona clínica destinada a prestação de serviço **médico** especializado, com captação exclusiva de clientela, e solidariamente responsável pela indenização decorrente do ato ilícito nela praticado.

- O **médico** que, tendo conhecimento de fenômeno capaz de causar a morte de paciente, omite-se na sua exploração e nas condutas que, em consequência, seriam aplicáveis, age com culpa que lhe acarreta o dever de reparar danos materiais e morais, cumuláveis por expressa permissão contida no inciso V do art. 5.º da CF.

⁶ Responsabilidade Civil do Médico - Ed. Revistas dos Tribunais. pág. 74/75.

⁷ opus cit. pág. 75



Paulo de Tarso Tamburini Souza

- Sendo o cônjuge sobrevivente profissional com renda própria, e não tendo a vítima deixado filhos, a pensão mensal por danos materiais, que não é apenas uma dívida alimentar, mas a recomposição do lucro cessante da entidade familiar, deve corresponder à metade do salário daquela, não se computando parcela ainda não auferida e condicionada à continuidade da prestação do trabalho, que poderia não se concretizar por motivo diverso do óbito".

3 - 2 - **ANegligência**, por sua vez, é a inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou desídia, falta de cuidado capaz de determinar a responsabilidade por culpa.

Os casos mais comuns de negligência estão contidos nos erros de diagnóstico, no tratamento inadequado ou inapropriado, na falta de cuidados com a higiene médica, medicamentosa ou instrumental, como atestam as compressas esquecidas no corpo do paciente em cirurgias e curetagens malfeitas.

Neste aspecto, vale citar o julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, registrado por Antônio Chaves, em seu artigo "Responsabilidade Civil do Ato Médico⁸", no qual uma paciente epilética tratada com "Hidantal" veio a apresentar ruptura de esôfago, perda de pele, queda das unhas e cabelos, enucleação de um dos olhos, com perigo de perda da visão no outro, que teve indenização concedida pela perda definitiva da capacidade para o trabalho na primeira instância, mas negada na Segunda (TJSP - Ap. 11.261, de 10/03/86 - 8ª Câmara Cível - RT 613/46).

Nesse caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu a passagem da paciente por vários médicos, que lhe associaram outros medicamentos ao ministrado, tendo-se provado que o médico advertira a paciente e seus familiares das reações adversas do medicamento, bem como procedido à correta anamnese.

⁸ in "Responsabilidade Civil do Ato Médico" - Revista Jurídica - Ed. Síntese - vol. 207, págs. 25/26 - 1995.

O erro médico e o Direito

Entretanto, em outro caso, citado por aquele mesmo autor, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu, configurada a negligência do médico que desconsiderou quadro clínico anormal do paciente, sem levar em conta o seu agravamento e obrigado à cirurgia emergencial, realizada por outro médico.

Permito-me citar trechos daquele Acórdão:

"Ação de reparação de danos – responsabilidade civil de médico – Profissional que desconsidera quadro clínico anormal do paciente – Necessidade de intervenção cirúrgica, no dia seguinte, por outro esculápio – Culpa manifesta – Indenização devida. É indubitavelmente negligente o médico que, após realizar uma episiotomia em parturiente, não dá maior atenção às suas queixas posteriores, deixando de proceder a um exame mais detalhado, muito embora o quadro anormal, permitindo a formação de um abscesso de graves proporções, com perfuração do reto, que exigiu cirurgia de emergência no dia imediatamente após a última consulta com o profissional, sem que qualquer providência mais atuante fosse tomada".

Naquela mesma decisão, manifestou o Desembargador Relator, Renato Pedroso ao citar Carvalho Santos:

"Hoje em dia, ninguém mais contesta, em tese, a responsabilidade do médico pelos danos que, por ato culposos seu, resultem para o seu cliente. Assim, se age com culpa, se por imprudência ou negligência manifesta resulta um prejuízo para seu cliente, tem este contra ele ação para exigir perdas e danos."

E, ainda, em decisões do Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

Indenização – Erro médico – Culpa – Pensão – O retorno de paciente com os mesmos sintomas e sua liberação, sem que apresente sinais inequívocos de restabelecimento, patenteia negligência da instituição hospitalar no evento morte resultante de anomalia, não podendo o fato ser debitado ao risco ou a imprevisibilidade médica.



Paulo de Tarso Tamburini Souza

- É obrigação do devedor o pagamento de pensão por morte de vítima que exercia atividade remunerada, devendo aquela ser retroativa à data do evento e sujeita a juros. (AP. 01310238-2/6ª Câmara Cível - RJTAMG 48/194 - Rel. Juiz Francisco Bueno).

"O médico que deixa uma compressa na cavidade abdominal do paciente durante cirurgia, provocando infecção generalizada que lhe deu causa morte, negligencia no seu ofício, é imperito no tratamento, devendo ser responsabilizado pela reparação dos danos causados, nos termos do art. 1.545 do CC." (AP. 01310238-2/6ª Câmara Cível - RJTAMG 48/194 - Rel. Juiz Francisco Bueno).

"Responsabilidade civil - Prestação de serviço - Obrigação de meio - Cirurgia - Erro médico - Culpa - Indenização - Art. 1.545 do CC - Voto vencido.

- A prestação de serviços médicos, via de regra, afigura-se como obrigação de meio e não de resultado, haja vista que o profissional não pode assegurar, salvo raras exceções, o sucesso do tratamento a que se submete o paciente, não se eximindo, todavia, do dever de vigilância aos cuidados mínimos de sua atividade técnica.

- É de se ter como negligente **omédico** que realiza intervenção cirúrgica não indicada ao caso, sobretudo quando tal diagnóstico poderia ter sido obtido se realizado exame laboratorial que, entretanto, não foi requerido. Caracterizado o dano, surge, a toda evidência, o dever de indenizar, a teor do art. 1.545 do CC. v. v. - **não age com negligência ou imperícia o médico** que, diante do quadro apresentado pelo paciente, é levado a diagnóstico distinto, não lhe dando o tratamento adequado, (Juizes Duarte de Paula e Kildare Carvalho) (EI 064457-3/ 3ª Câmara Cível - Não Publicado)".

3 - 3 - Por fim, a **imperícia** é a incapacidade, o desconhecimento, a falta de conhecimentos técnicos no exercício da profissão, não levando o agente em consideração o que sabe ou deve saber; ou ainda, pode ser considerada a prática de ação que causa danos por desconhecimento, inexperiência ou inabilidade na profissão.

O erro médico e o Direito

Como a medicina trata da saúde e da vida em si, entende-se por obrigação a conduta atenta, zelosa e profissional do médico em relação ao paciente. O excesso de tecnologia nos exames clínicos, atualmente, pode levar o médico imprevidente a confiar em demasia nos resultados dos exames, negligenciando o exame clínico e histórico do paciente.

Neste sentido, Irany Novah Moraes, cita em artigo publicado no Jornal "O Estado de São Paulo" (22/12/85) que: "o procedimento nesses moldes condiciona a preguiça mental do médico que, assim, se vai tornando cada vez mais um mero solicitador de exames e, então, passará a fazer diagnóstico sem examinar o doente".

Some-se a tal conduta a necessidade premente do médico de manter-se atualizado em seus conhecimentos e procedimentos; somar ao resultado dos exames uma conscienciosa e detalhada anamnese do paciente, até que chegue à segurança de um diagnóstico e então traçar os procedimentos terapêuticos recomendáveis ao caso.

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

"Incorre nas penas previstas para o crime de lesão corporal culposa, o médico que, agindo com imperícia e sem observação de regra técnica de profissão, produziu lesões gravíssimas na vítima, ocasionadas por falta de higiene na sala de cirurgia e deficiência de cuidados pós-operatórios. Há impossibilidade de aceitação da alegação que complicações façam parte da rotina de cirurgias." (AC 512.015/9 – Rel. Sidney Beneti).

E ainda:

"INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Erro médico – Admissibilidade – Perícia que não deu resposta decisiva sobre a perfuração do divertículo – Devidos, no entanto, os lucros cessantes pelo tempo em que o autor ficou sem trabalhar e a obrigação de correção plástica – Recurso parcialmente provido. (Relator: Walter Moraes – Apelação Cível nº 209.864-1 – São Paulo – 16.08.94)."



Paulo de Tarso Tamburini Souza

"LESÃO CORPORAL – Grave – Erro médico – inobservância de regra técnica de profissão – Hipótese de culpa "stricto sensu" e não dolo eventual – Responsabilidade penal caracterizada – Extinção pela prescrição. (Relator: Bento Mascarenhas – Apelação Criminal 103.349- 3 – Campinas –30.09.91)."

"INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Erro médico – Cirurgia de tratamento de hérnia – Operação de segmento que não apresentava o disco herniano – Situação de instabilidade criada no local operado – Imperícia comprovada – Indenização devida – Recurso não provido. (Relator: Campos Mello – Apelação Cível 143.604-1 – São Paulo – 05.06.91)."

Não se pode confundir, entretanto, o erro profissional derivado da imperícia com o chamado *"erro profissional"*. O primeiro decorre de conduta falha do profissional, o segundo da falibilidade da própria ciência médica.

Nelson Hungria⁹ registra que o direito romano já punia o médico imperito, assim como foram punidos tais tipos de erros na Idade Média, quando não foram raros os casos de imputação de culpa onde havia, na realidade, precariedade da arte de curar.

Neste sentido, como lembra bem Hungria¹⁰, foi a partir das idéias de Montesquieu que se desenvolveram novas correntes de idéias *"a afastar de sobre a cabeça dos médicos a espada de Dâmoles da sanção penal"*, admitindo-se, então, um incorreto limite entre um e outro, dada a necessidade de certa tolerância com a imperfeição da medicina.

Aquele consagrado penalista registra sobre o assunto memorável lição:

"O médico não tem carta branca, mas não pode comprimir a sua atividade dentro de dogmas intratáveis. Não é ele infalível, e desde que agiu racionalmente, obediente aos preceitos fundamentais da ciência, ou ainda que desviando-se deles, mas por motivos plausíveis, não pode ser chamado a contas pela justiça penal, se vem a ocorrer um evento funesto. Brilho chegava

⁹ i Comentários ao Código Penal - Vol. I, págs. 201/202.

¹⁰ Opus cit.

O erro médico e o Direito

a dizer que em uma só hipótese pode haver ação contra os médicos, isto é, quando tenha havido dolo, porque, então, temos um verdadeiro crime. Não deve ser lançado tão longe o disco. O médico que, por erro grosseiro, causa a morte do paciente, é um criminoso. Ninguém duvida, por exemplo, da punibilidade do médico que, por ignorância, cloroformiza um cardíaco ou ministra ao doente uma dose excessiva de estriçnina, ocasionando-lhe a morte. Não há um direito ao erro; mas este será desculpável, quando invencível à mediana cultura médica e tendo-se em vista as circunstâncias do caso concreto" (qus. cit. - grifei)

E finaliza aquele mestre, lembrando lição de Duvergie:

"Quanto a nós, não admitimos senão a responsabilidade que resulta na negligência do médico para com o doente, do abandono deste em circunstâncias em que carecia dos seus cuidados, ou, enfim, de uma falta de tal maneira grave, que denote a mais completa ignorância de princípios consagrados pelo tempo e pela experiência. Cada caso concreto tem de ser apreciado de um ponto de vista relativo. Um médico da roça, que, alheado ao progresso científico, emprega, num caso de urgência, um processo operatório já condenado, e vem a causar a morte do paciente, deve ser considerado isento de culpa. Em caso idêntico, entretanto, não se eximirá da pena a título de culpa, um especialista citadino, que não pode deixar de ter o ouvido atento ao último grito da ciência".

Em qualquer caso, tanto para a finalidade de punir criminalmente o profissional que causa o dano, quanto para o efeito civil de sua reparação, inclusive a título de danos morais, é imprescindível a caracterização segura da culpa, posto que esta não se presume em tais casos.

Essa tem sido, sobretudo, a orientação jurisprudencial de julgados do Tribunal de Justiça deste Estado de Minas Gerais, como me permito citar decisão da Egrégia 3ª Câmara Cível:

"Sendo a obrigação do médico uma obrigação de meio e não de resultado, é ele responsável pelo insucesso de uma cirurgia apenas quando fica provada a sua imprudência ou negligência. Sem a prova de elemento subjetivo da responsabilidade civil, tudo há de ser debitado ao infortúnio.



Paulo de Tarso Tamburini Souza

Não se apurando na instrução do processo nada que possa comprovar o inadimplemento da obrigação de propiciar a assistência médica adequada, não há lugar para imputar-se responsabilidade indenizatória, seja do respectivo médico assistente do paciente ou da própria organização onde o mesmo se achava hospitalizado”.

Em outra decisão de caso similar, aquela mesma Câmara proferiu a seguinte decisão:

“Responsabilidade civil – Erro médico – Indenização. O erro é próprio da falibilidade humana. O que não se pode admitir, entretanto, é que os melhores profissionais também não errem. É certo que, não sendo infalível a ciência médica, o erro desculpável do facultativo nunca poderia ser invocado como fundamento da responsabilidade. E não menos certo também é que nas obrigações de meio, que se contrapõem às obrigações de resultado, obriga-se tão somente a diligenciar honestamente a realização de um fim, com os meios de que dispõe, a exemplo do que se dá com o exercício profissional da medicina, quando a responsabilidade do médico fica condicionada à demonstração de sua culpa, quer por negligência, imprudência ou imperícia. Segundo o nosso Direito, dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que seja levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima”.

São nesses tipos de delito que se incluem, com mais freqüência, os erros médicos que se podem se classificar, essencialmente, como erros de diagnósticos e como erros de procedimento ou de tratamento. A esses poderiam ainda se acrescentar os erros chamados “deliberados”, mas, para se evitar um mal maior, o erro escusável, o erro grotesco e as falhas técnicas.

4 O ERRO DE DIAGNÓSTICO

“Prudência é um raciocínio correto a respeito das coisas que acontecem e que dependem do juízo e da escolha”

Aristóteles – Ética – Iv. II.



O erro médico e o Direito

O diagnóstico talvez seja a fase mais importante do processo de intervenção do médico no tratamento do paciente. Esse é precedido geralmente da anamnese, onde está a base das relações médico-paciente.

Uma confiança recíproca é fundamental e o profissional deve buscar a confiança do paciente para, principalmente, extrair dele os dados e informações de que necessita para o estabelecimento do diagnóstico. A vida na sociedade moderna tem causado uma série de transtornos aos seres humanos, por isso que os pacientes, na sua grande maioria, estão carentes e possivelmente já fragilizados pela busca de uma explicação ao mal que supostamente os aflige, necessitando, sobretudo da atenção do profissional.

Não é desconhecido dos médicos que, em grande número de casos a que atendem, os seus pacientes somatizam enfermidades pela carência psicológica de toda sorte, como se estivessem a buscar, na dor ou na doença que criam, e nas quais seguramente acreditam, uma solução, não ao mal físico que pesam ter, mas àqueles que sentem por dentro.

Um sistema de saúde público precaríssimo que leva milhares de pessoas a buscar desesperadamente os centros de saúde do poder público, associado a profissionais mal remunerados e à carência de materiais para o tratamento, pode aumentar a distância médico-paciente e causar, seguramente, prejuízos e erros ao diagnóstico da doença. Assim, não se pode esperar do médico uma anamnese detalhada e bem feita, quando o tempo de consulta é reduzido em face do número de pessoas a serem atendidas.

Um exame clínico ineficiente pode deixar passar despercebidas informações importantes ao diagnóstico, sendo que um erro nesta fase do procedimento pode comprometer não somente a possibilidade de cura, mas poderá trazer danos irreparáveis e imprevisíveis à saúde do paciente.

Nesse caso, os dois erros mais comuns podem ser a identificação errada da doença ou a sua não identificação. No segundo, os danos ao paciente são evidentes e dispensam maiores comentários, mas cabe a citação de casos freqüentes de diagnóstico de moléstias graves e incuráveis que se comprovam inexistentes, com vários registros de condenações por danos morais aos profissionais que erram no diagnóstico.



Paulo de Tarso Tamburini Souza

No primeiro caso, pode ocorrer a impossibilidade de cura de enfermidades que seriam curáveis se diagnosticadas a tempo. Nesse caso, o direito francês tem previsão para a chamada "perde d' une chance", ou a perda da oportunidade de cura.

Essa, em outras palavras, ocorrerá quando "se concretiza a perda de uma chance quando determinado acontecimento não ocorreu, mas poderia ter ocorrido, por si mesmo, ou através de intervenção de terceiro. O evento teria sido possível, mas a atuação do médico tornou-o impossível, provocou a perda de uma chance¹¹".

Apesar de tais casos serem objetos de indenização por parte do médico causador da "perda da oportunidade" na França, no Brasil ainda não há decisões dos tribunais a firmarem tal posição, muito embora já haja registro de algumas neste sentido e haja uma tendência a rumar na direção do entendimento francês.

Concluído o diagnóstico, o médico tem por obrigação ética e dever legal, pelo direito constitucionalmente assegurado da informação, dar conhecimento ao paciente do mal que o aflige, jamais lhe garantindo resultados, minimizando, por conveniência, os riscos da eventual terapia ou falsear-lhe as expectativas. Aqui reside a maioria da revolta dos pacientes, que certamente os leva a procurar a Justiça em busca de uma reparação.

Para a prevenção de responsabilidades, pois, é imprescindível ao médico, após os exames clínicos necessários, o preenchimento detalhado do prontuário médico, no qual devem constar os possíveis diagnósticos.

Em casos já decididos pelos Tribunais brasileiros sobre erros de diagnósticos, com grandes lições sobre o tema, podem-se citar as decisões seguintes do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

¹¹ Fradera, Vera Maria Jacob - Responsabilidade Civil dos Médicos - in Ajuris 116.

“O médico só pode ser civilmente responsabilizado se demonstrada conduta culposa. Inexistindo qualquer prova de erro de diagnóstico, não há como se comprovar o nexos causal existente entre a morte do paciente e a alta médica dada pelo preposto do Estado” (TJSP – 8ª C – Ap. Rel. Des. Fonseca Tavares – j. 8.10.86 – RT 618/59”.

“A ação de indenização por dano moral sofrido pela paciente em razão de errôneo diagnóstico de moléstia grave, causando-lhe angústia não se funda na responsabilidade objetiva ou em presunção absoluta de culpa; no caso, reclama-se a demonstração de imprudência, negligência ou imperícia do médico” (TJSP – 8ª C – Embs. Infrs. – Rel. José Osório – j. 12.8.92 – JTJ – LEX 140/182)”.

“Quando escusável, o erro do diagnóstico não induz a responsabilidade do médico. Assim sempre que entendeu, não só porque a Medicina está longe de ser infalível como, também, porque o médico, ao prestar seus serviços, apenas se obriga a tratar do doente com zelo e diligência, utilizando os recursos da ciência e da arte médica” (TJSP – 5ª C – RT 569/93) ”.

“O diagnóstico de grave doença e a recomendação de imediata cirurgia trazem angústia intensa e o dano, em regra é indenizável, mas o fato de o exame de laboratório ter-se revelado errôneo não leva necessariamente à conclusão de que houve culpa, e para saber se houve aí erro imputável aos réus nada foi demonstrado a propósito de questão altamente especializada, exigindo-se perícia para pronunciamento seguro da Justiça. Dessa forma, inexistindo tal providência técnica, tem-se que admitir como razoável, e portanto não culposos, o comportamento dos profissionais que recomendaram a cirurgia, a qual, aliás não era radical e irreversível. De um lado estava, dependendo do comportamento dos profissionais, o risco de vida do autor, de outro, o risco de amedrontá-lo ou angustiá-lo. A opção que se fez foi normal e adequada, preponderando o valor maior” (TJSP – 8ª C – Embs. Infrs. – rel. José Osório – j. 12.8.92 – RT 695/84).



Paulo de Tarso Tamburini Souza

5 ERRO DE CONDUTA OU DE TRATAMENTO

"A experiência é o nome que damos a nossos erros"
Oscar Wilde

A fase do tratamento é a própria execução do diagnóstico, ou seja, a fase propriamente dita em que o profissional médico vai atuar sobre o corpo do paciente. Nesse momento é que se produz a considerável maioria dos casos de erros culposos. Por isso, a perícia médica deve ser avaliada objetivamente nessas situações.

Como há condutas específicas e supostamente do conhecimento do profissional, o médico não pode errar a conduta aplicada ao caso concreto, ainda que disponha de diagnósticos genéricos ou prováveis. É nessa fase que o dano ao paciente é mais visível e, na maioria das vezes, facilmente constatado e comprovado. Então busca-se a reparação.

Há que se registrar que a conduta é adaptada a cada passo do tratamento, conforme a evolução da doença; fase em que há a possibilidade de correção e adequação do diagnóstico, com alívio às seqüelas.

Aqui vale lembrar que o pior erro que pode cometer um profissional, seja ele de que área for, mas sobretudo os médicos que estão a lidar com vidas humanas, é o da "onisciência". Aqueles que se acham bons o suficiente e supõem deter todo o conhecimento, seja pelos anos de prática e de cuidado, passam a ser presas fáceis do erro por culpa.

Crer que já fizeram tantas vezes o mesmo procedimento que já se sentem liberados de certas etapas deles é meio caminho andado para o resultado lesivo. Seria o mesmo caso de um piloto de aeronaves que, por se achar já um experto, com milhares de horas de vôo, considere-se dispensado das verificações de rotina e padrão, colocando em risco a própria vida e a dos passageiros, ou do indivíduo que se considere exímio motorista, a ponto de ignorar regras elementares de segurança, por crer que sua perícia o irá eximir de qualquer possibilidade de erro ou falha.

Assim, por exemplo, no caso médico, são comuns os casos da falta de testes alérgicos na administração de certos medicamentos, sobretudo

O Alferes, Belo Horizonte, **15** (50): 49-85, jan./mar. 2000

69

O erro médico e o Direito

anestésicos e o conseqüente choque alérgico do paciente com seqüelas imprevisíveis.

Muitos casos de condenações criminais e de reparação de danos na esfera civil ocorrem por descuido evitável dos profissionais nessa fase da terapêutica. Não é rara, nas decisões dos tribunais, a condenação de médicos que se descuidaram em procedimentos elementares, como a administração de farmacos sem uma prévia análise das condições do paciente, sendo comuns, por exemplo, casos de inoculações de soros glicosados em pacientes diabéticos, transfusões entre tipos sangüíneos diversos, esquecimento de material cirúrgico no corpo do paciente, ou complicações em razão de conhecida hipertensão.

Somam-se a tais erros aqueles procedimentos nos quais se causa outro resultado indesejado, como a secção de nervos ou glândulas, veias ou artérias em cirurgias e, por fim, uso de contrastes ou associações danosas de medicamentos, cujos resultados deveriam ser do conhecimento do médico.

De tão comuns e lamentavelmente evitáveis, tais erros já constam de terminologia médica como "latrogenia", do grego "iatrós" (médico) e "genos" (geração), ou seja, o que resulta do que o médico fez ou deixou de fazer.

Das sessenta e cinco especialidades reconhecidas pela medicina brasileira, encontram-se, por ordem de maior risco, com base no número de decisões judiciais em que médicos se vêem processados por erros, tanto na área criminal, como na responsabilidade civil, a anestesiologia, obstetrícia e cirurgias estéticas e eletivas.

5. 1 ANESTESIOLOGIA

Recomenda-se ao anestesista que observe normas como: o risco da anestesia nunca poderá ser maior do que aquela da própria cirurgia; não se deve anestésiar sem um consentimento inequívoco do paciente ou de quem por ele responde; examinar previamente as condições fisiopsíquicas do paciente; não administrar anestesia quando a cirurgia tiver uma finalidade ilícita (ex. aborto, cirurgias plásticas para se escapar de identificação policial,



Paulo de Tarso Tamburini Souza

reconstituição himenal etc.); não utilizar entorpecentes, senão nas condições necessárias para o alívio da dor.

O exame cuidadoso dos equipamentos a serem utilizados é igualmente de fundamental importância contra procedimentos imprevistos. Tal exame conclui verificações em tubos, aspiradores, entradas de gases e ampolas de medicamentos. Nesse caso, o profissional deverá verificar pessoalmente o tipo de medicamento e sua dosagem, antes de ministrá-lo ao paciente.

O anestesista, há muito, é considerado autônomo, podendo, e mesmo devendo, contra-indicar uma cirurgia se evidenciados os riscos anestésicos. Assim, tem ele responsabilidade pré-operatória, durante o ato cirúrgico e mesmo depois dele.

No Brasil, ocorre um acidente anestésico a cada cinco mil cirurgias¹² sendo recomendável, pois, ao anestesista, que providencie um prontuário e relatórios detalhados de todo o procedimento, aqui incluídas as fases pré e pós-operatórias, não devendo aquele, sob nenhuma circunstância, deixar a sala cirúrgica durante o ato, exceto se puder ser substituído por outro profissional do ramo, assim como somente deixar de acompanhar o paciente depois de seu despertar e de verificar a reduzida possibilidade de riscos.

Por fim, cabe o registro de julgado do Tribunal de Alçada de Minas Gerais nesse sentido:

"Responsabilidade civil - Indenização - Erro médico - Ausência de exame pré-anestésico - Hospital conveniado com a previdência social - responsabiliza-se civilmente o hospital, em virtude de erro médico ocorrido em suas dependências, se não cuida de fazer exame pré-anestésico em seus pacientes, mormente quando são reconhecidas as possíveis complicações do tipo de anestesia aplicada.

- Considera-se irrelevante, para fins de responsabilidade civil, o fato de ser o preposto remunerado ou não pelo próprio hospital, dada a existência de convênio com a previdência social, por ocorrer verdadeira sub-rogação

¹² Revista Veja - 02Mai90.

O erro médico e o Direito

de preposição". (AP. 01186425-5/00 – Rel. Juiz Pinheiro do Lago – 3ª Câmara Cível – RJTAMG 46/287)

5.2 OBSTETRÍCIA

No caso da Obstetrícia, pelo que se constata dos julgados dos tribunais brasileiros, o maior número de casos encontram-se no abandono da parturiente pelo profissional durante o período de dilatação, entregando-a, geralmente, por conveniência e comodidade, a atendentes despreparados. Convém lembrar que o termo "obstetrícia" vem de "obstare", ou estar ao lado.

Deve ainda o profissional confirmar exames, não se fiando na mera informação do paciente. Quanto a tal aspecto, há registros de casos de administração de sangue do tipo errado, por informação equivocada do próprio paciente, não tendo sido eximido de culpa o médico, já que era seu dever a confirmação.

Outros cuidados especiais estão na utilização de fórceps e nas episiotomias, que, na grande maioria das vezes seriam evitáveis se houvesse um adequado acompanhamento durante o processo de dilatação, sendo, como em todos os casos de intervenção médica, imprescindível o completo e detalhado preenchimento do prontuário do paciente.

Ressalte-se, por derradeiro, que seria de recomendação à segurança do profissional da área, sobretudo aos ginecologistas, que atuassem sempre com a presença de terceiros, como seus enfermeiros e atendentes, no caso de exames de rotina, para que se possa evitar com igual segurança, levianas e falsas acusações de abusos sexuais, em busca tão somente de indenizações pecuniárias contra o profissional.

Quanto a isso, convém que se registre que, do projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, sobre abusos sexuais, consta um tipo penal agravado se o agente for médico ou profissional da área de saúde.



Paulo de Tarso Tamburini Souza

5.3 CIRURGIAS ESTÉTICAS

Essas têm sido, seguramente, dos casos mais discutidos no Direito, no que diz respeito ao erro médico. Grande corrente doutrinária está pendida para o atendimento que, em tais casos, não se considera mais a intervenção médica como obrigação de *"meio"*, mas de *"resultado"*, uma vez que é esse a que se busca, e os médicos desta especialidade, muitas vezes, se comprometem, de uma forma ou de outra, com certos resultados.

Há que se considerar que os pacientes que se socorrem deste tipo de intervenção o fazem tomados de expectativas e esperanças de resultados concretos que, na maioria das vezes, chegam a ser-lhes prometidos sem a segurança de serem alcançados, levando-se a um tormentoso processo judicial para ambas as partes, em que o dano moral, sob a forma do dano estético, assume especial relevo.

Sobre tal matéria, o italiano Introna ministra a seguinte lição: *"O simples fato de haver empreendido sobre uma região corporal sadia uma operação que comporta riscos de real gravidade, com o único objetivo de corrigir o aspecto exterior, é suficiente a concretizar uma culpa fora daqueles que são os habituais requisitos da responsabilidade profissional"*¹³.

Há que diferenciar, contudo, a cirurgia estética daquela reparadora. A primeira tem por objetivo a alteração voluntária de um aspecto exterior sadio, buscando-se o embelezamento. No segundo caso, busca-se a correção de defeitos congênitos ou adquiridos, como ferimentos oriundos de queimaduras, traumáticos ou de gênero similar. A estética vem considerada como obrigação de *"resultado"* ao médico, enquanto a reparadora, de *"meio"*.

Ainda sobre a matéria, permito-me citar outra decisão do Egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais, sendo Relator o Juiz Mercedo Moreira:

¹³ La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie - apud Miguel Kfoury Neto, Responsabilidade Civil do Médico - pág. 139.

O erro médico e o Direito

"Indenização – Erro médico – Culpa grave – Restituição dos honorários profissionais – Reparação de dano estético e moral – Correção eficaz através de outra cirurgia – em se tratando de pedido de indenização por cirurgia plástica mal sucedida e provada a culpa, fica o profissional obrigado a restituir ao paciente os honorários, bem como 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 para correção desse defeitos, atendido este, inadmissível será o deferimento do primeiro" (RJTAMG 46/130)

Ou do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Erro médico – Cirurgia plástica – Danos estético – Hipótese de cicatrizes hipertróficas localizadas nas mamas – Considerações sobre a cirurgia reparadora e estética – Configuração da obrigação de resultado – Verba devida para a realização de nova cirurgia para reparação do dano – Recurso provido. Quanto aos cirurgões plásticos, a obrigação que assumem é de resultado. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia plástica, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, 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. (Ap. Cível n° 227.747-1 – São Paulo – 1ª Câmara Civil – Rel. Guimarães e Souza – 15.07.95 – M.V.)".

"INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Erro médico – Mamoplastia – Admissibilidade – Artigos 159, 948 e 1.538 do Código Civil – Comprovada a imperícia do cirurgião – Culpa do réu que decorre da não observância à flacidez da pele da autora – Cirurgia que devia prever o resultado indesejado da deformação – Cirurgia embelezadora que recai em obrigação de resultado – Recurso não provido a obrigação preexistente é a verdadeira fonte da responsabilidade, e deriva, por sua vez, de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta. (Relator: Accioli Freire – Apelação Cível n° 233.608-2 Campinas – 09.06.94)".



Paulo de Tarso Tamburini Souza

5.4 OUTROS PROCEDIMENTOS

Pelos julgados e doutrina examinados, podem-se constituir erros médicos passíveis de sanção e reparação mais comuns, dentre outros: fazer operação não urgente ou sem instrumental necessário; continuar tratamento que causa perturbação anormal ao paciente; omitir regras de higiene e assepsia; esquecer corpos estranhos no corpo do paciente; manter, sem necessidade, o paciente em tratamento ou exposição radiológica; danos estéticos; secção de nervos em procedimentos cirúrgicos; receitar medicamento sem a avaliação de resposta do paciente, com conseqüentes choques alérgicos; enganos nas dosagens de medicamentos; danos causados na manipulação inadequada de instrumentais, como bisturis, "lasers" ou outros maquinários de ordem médica ou falta de prescrição de regime dietético apropriado às necessidades do doente.

6 DA REPARAÇÃO DO DANO

"Uma das situações da vida em que há mais esperança é aquela em que estamos tão mal que não poderíamos estar pior"
A Montanha Mágica – Thomas Mann

Segundo Maria Helena Diniz¹⁴, o contrato de assistência médica se divide no contrato médico, no qual haverá uma prestação de serviços profissionais a um cliente, e o contrato de assistência médico-hospitalar, que, além da atividade prestada por médico ou equipe médica, abrangerá igualmente a internação em hospital, clínica ou sanatório e o fornecimento de alimentos.

É evidente que a responsabilidade do médico é contratual. Receberá a cobertura penal somente quando violar normas pertinentes à profissão ou em ocasiões em que sua conduta venha a se adequar a um tipo penal anteriormente previsto em lei.

¹⁴ Tratado Teórico e Prático dos Contratos - Vol. 2 - Ed. Saraiva - pág. 455 e ss.

O erro médico e o Direito

A relação contratual se estabelece no atendimento do profissional ao chamado do paciente, apresentando, como principal característica, como já foi dito, de obrigação de meio e não de resultado, ou seja, não se assume o compromisso da cura, mas tão somente do tratamento adequado ao mal que assola o paciente.

Assim, o profissional médico não poderá ultrapassar os limites contratuais, sendo responsabilizado, em contrário, pelos danos a que der causa. Entre as causas de rupturas contratuais mais comuns nesses casos, registra resumidamente Maria Helena Diniz¹⁵:

01 – Se o médico, contrariando pedido expresso do paciente ou de seus familiares, não requisitar a presença ou parecer de especialista que o caso eventualmente demandar;

02 – Se chamar como auxiliares pessoas não habilitadas, salvo se houver evidente caso de estado necessidade à falta daquelas e o auxílio seja imprescindível;

03 – Praticar aborto fora da previsão legal;

04 – Se receitar substâncias tóxicas ou entorpecentes, para satisfazer pacientes viciados;

05 – Se agir com negligência, imprudência ou imperícia no exercício da profissão, cometendo erro profissional ou técnico, resultando morte, incapacidade, inabilitação ou ferimentos em geral (art. 1.545 do Código Civil);

06 – Romper o dever de sigilo profissional em relação ao diagnóstico e tratamento do paciente, salvo nos casos previstos em lei.

Como a comprovação do erro médico cabe àquele que reclamar a tutela para o caso, será sempre fundamental a avaliação da culpa ou da falha por especialista na área do dano.

¹⁵ Opus cit. pág. 460.



Paulo de Tarso Tamburini Souza

Segundo Irany Novah Moraes⁶, a acusação deverá se concretizar com o preenchimento dos seguintes requisitos prévios:

01 - A verificação da condição legal do médico que atendeu o paciente, ou seja, se este possui diploma de graduação reconhecido pelo Ministério da Educação e Cultura e devidamente registrado junto ao respectivo Conselho de Medicina;

02 - A constatação do resultado da conduta, ou seja, do dano e a avaliação de suas dimensões e abrangência;

03 - A comprovação do ato médico que o produziu;

04 - A existência do nexo causal, ou seja, entre a conduta médica e o dano como, respectivamente, causa e efeito;

05 - A constatação da culpa do médico em um de seus elementos: negligência imprudência ou imperícia.

Postas essas considerações, cabe lembrar que uma das primeiras teorias sobre o ressarcimento de danos nasceu do pensamento de Yhering, onde a obrigação de reparar advinha da culpa e não do dano (*"nich der Schadem verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld"*).

Esse pensamento evoluiu com o tempo, até se chegar ao fundamento de que a obrigação de reparação deve ter sua origem buscada no rompimento do equilíbrio econômico-jurídico e, ainda, atualmente, emocional - ou moral - causado pelo dano.

O Direito Romano já pregava a imposição do dever legal de não se prejudicar a ninguém (*"neminem laedere"*), estando tal obrigação nos contratos (contratual) ou fora deles (aquiliana), havendo especial preocupação na tutela da pessoa humana, tanto no aspecto de sua integridade física, como

¹⁶ Moraes, Irany Novah, Erro Médico e a lei - Ed. Revistas dos Tribunais - pág. 243.



O erro médico e o Direito

naquele concernente a sua composição não corpórea, como liberdade, honra, imagem, privacidade, intimidade, nome etc.

Assim, para a responsabilidade civil, avaliam-se essencialmente as conseqüências e reflexos econômicos da ofensa, posto que a vida humana tem valor inestimável e não poderia corresponder a um "quantum" indenizável de nenhuma espécie.

No caso dos erros médicos, o que se auffer como indenização pela "faute", tratada aqui como dano pessoal, é a redução ou supressão da capacidade laborativa do paciente em conseqüência do dano, ou aquela ofensa a um bem não patrimonial de especial relevância, o chamado dano moral, que ocorrerá trazendo ao paciente transtornos emocionais ou de outras ordens subjetivas.

A base da indenização terá sempre em consideração, no caso de danos à sua integridade física, a remuneração do paciente - aqui incluídas aquelas fixas e/ou de ordem variável - seu grau de incapacidade laborativa e seu provável tempo de vida, sendo regra que a indenização meça-se pela extensão do dano.

No caso de óbito do paciente, o artigo 1.537 do Código Civil estabelece a obrigação de seu causador, independentemente se o ato letal ocorreu por dolo ou culpa do agente, os mesmos coeficientes de cálculos da indenização.

Entre essas vão-se incluir, necessariamente, o pagamento das despesas com tratamento da vítima até à sua morte, seu funeral e o luto da família, além de um pensionato àqueles que dependiam economicamente do falecido.

A Lei N° 8.078, de 11 de setembro de 1990, chamada de Código de Consumidor, estabeleceu, em seu artigo 2°, a definição para "serviços", como sendo "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração...", ao mesmo tempo que definiu o consumidor como sendo "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".



Paulo de Tarso Tamburini Souza

Pode-se pois incluir o paciente como o consumidor da prestação de serviços do médico ou de entidade prestadora de serviços de saúde, como os hospitais.

Aquela mesma lei, em seu artigo 6º, VI, estabeleceu expressamente a possibilidade da reparação de danos, incluindo nominalmente aqui os *"danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos"*, fatos que, na prática, não trouxeram mudanças significativas no que tange à responsabilidade civil dos médicos em caso de erro.

Nesse sentido, Francisco Chagas de Moraes, em artigo intitulado *"Responsabilidade Civil do Médico"*¹⁷, fez registrar:

"A responsabilidade civil do médico na qualidade de profissional liberal, em face ao disposto no art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, será apurada mediante a verificação da culpa, regra aliás aplicável a todos os demais profissionais liberais, cujo elenco está relacionado no art. 577 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Quando se tratar de serviços médicos prestados por hospital, como fornecedor de serviços (art. 14, caput), a apuração da responsabilidade independe da existência da culpa, conforme esclarece Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin: "O Código é claro ao asseverar que só para a "responsabilidade pessoal" dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente" (Comentários ao Código de Proteção do Consumidor – Ed. Saraiva, 1991, p. 80)".

Finalmente, conclui aquele autor:

"Uma vez comprovado o nexa causal entre o defeito do serviço e o dano sofrido pelo consumidor, o profissional seria responsável tão somente pela reparação do dano patrimonial. Ocorre que inovou o Código de Defesa do Consumidor, ao prever no art. 6º, VI, como direito básico do consumidor, "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais". A presença do dano moral em nosso Direito não representa novidade, pois,

¹⁷ in Revista Jurídica - Vol. 176, pág. 145/146.

O erro médico e o Direito

como bem observa Clóvis V. do Couto e Silva, tendo em vista o que dispõem dos art. 1.547 e 1.548, do Código Civil, os quais prevêm a reparação do dano moral, nos casos de injúria e calúnia (RT 667/14). Como no conceito de fornecedor de serviços (art. 3º), estão arroladas, além das pessoas naturais (profissionais liberais), as pessoas jurídicas, no caso os hospitais, segue-se que ambas são alcançadas pela normatividade contida no artigo 6º, VI”.

7 DO ESCLARECIMENTO DO PROFISSIONAL

‘Where ignorance is a blizz, Tis folly to be wise’

Thomas Gray

Uma das formas para a diminuição dos chamados erros médicos evitáveis reside basicamente na formação do profissional. São raríssimas as faculdades de medicina no Brasil que adotam, no processo de formação do profissional, uma visão mais holística e humanística da profissão.

É imprescindível que se coloque à disposição, tanto dos profissionais em formação, como dos médicos residentes e daqueles já no exercício da profissão, uma perspectiva que fuja do conhecimento técnico específico e exclusivo a criar uma comunidade cada vez mais hermética em se tratando do conhecimento.

Para se ter uma idéia do nível de desconhecimento, em pesquisa realizada pela Associação Médica Brasileira, do grupo de amostra pesquisado, formado por profissionais já no pleno exercício da medicina, 87,72% tinham uma concepção errada do erro médico. Esta cifra chega a 70,59% em relação aos médicos residentes e 88,44% entre os médicos candidatos à residência.

No grupo dos primeiros, 47,37% emitiram opiniões incorretas sobre a negligência, número que chega a 100,00% no de médicos residentes e 90,18% em relação aos candidatos a residência.



Paulo de Tarso Tamburini Souza

Sobre a imprudência, 49,13% dos primeiros; 82,36% nos segundos e 88,44% nos terceiros.

Finalmente, quanto à imperícia, os conceitos errados emitidos em relação aos primeiros são da ordem de 35,08%; 64,71% aos segundos e 71,68% aos candidatos à residência.

Em levantamento realizado em 125 julgados, a acusação da negligência aparece em 63,20% dos casos; a imperícia em 31,20% e a imprudência em 15,20% dos casos¹⁸.

Há que se mencionar que, nos dados apontados, registraram-se 29,21% de absolvições e em 11,80% dos casos não houve envolvimento direto do médico, mas casos de administração indevida ou errada de medicação em farmácias, morte em incubadora por queimaduras e até casos de cirurgia por atendente de enfermagem.

Lembra-se que, na Europa dos anos 60, a medicina vinculava-se mais com a tradição acadêmica do que com a técnica, sendo exigida dos futuros médicos uma formação literária porque, segundo se dizia, cuidar dos doentes é primordialmente uma atividade humanista que exige conhecimento da alma. Agora, a formação do médico se tornou inequivocamente uma aprendizagem técnica, e a faculdade de medicina poderia ser uma escola de engenheiros da máquina humana.

Conseqüência dessa concepção, a morte, pane derradeira da máquina, é um fim sem esperança, o fracasso definitivo do homem em sua tentativa de escapar à sua condição, a negação da vida e de seu sentido. A medicina encontra-se desamparada e sem resposta diante dessa morte que ela encontra todos os dias em sua prática.

A ausência de contestação e de concorrência da medicina leva à perda da noção da relatividade dos valores adotados. A falta de distanciamento e de elementos de comparação afasta os questionamentos e as verificações, abrindo caminho a todos os excessos¹⁹.

¹⁸ Moraes, I. N., Opus cit. pág. 230/232.

¹⁹ Choffat, François - opus cit.

O erro médico e o Direito

Assim, seria recomendável que as faculdades de medicina, bem como os respectivos Conselhos ou entidades de classe, incentivassem, para a própria proteção legal de seus membros, os profissionais médicos, primeiramente a conscientização de sua responsabilidade legal, as conseqüências jurídicas e sociais de condutas técnicas.

Poder-se-iam oferecer disciplinas desta natureza nas faculdades, palestras periódicas com profissionais de outras carreiras, com especial relevo à divulgação dos direitos e deveres, tanto dos pacientes quanto dos próprios médicos e, sobretudo, cobrar uma atitude mais ativa das Comissões de Ética dos Hospitais e Casas de Saúde, no sentido de estimular o profissional a um correto e detalhado preenchimento de prontuários e relatórios de conduta nos procedimentos terapêuticos dos pacientes tratados por cada profissional.

Se, por um lado, a pouca procura dos profissionais médicos pela utilização do seguro de responsabilidade civil de danos contra terceiros indica a pequena procura dos ofendidos pelo erro médico à reparação, o Poder Público tem feito sua parte no concernente à proteção dos direitos do indivíduo neste campo.

O Estado de Minas Gerais, por exemplo, até onde se sabe, é o pioneiro na criação, pelo Ministério Público, de uma Promotoria de Justiça, em Belo Horizonte, especializada no erro médico chefiada pelo ilustre Promotor de Justiça Rogério Greco. A intensa procura deste órgão do *Parquet*, com várias denúncias por indivíduos que se acham vítimas do erro médico, está a indicar a perspectiva futura de maior procura pela reparação judicial da *"medical malpractice"*.

O Conselho Regional de Medicina, por outro lado, tem buscado uma maior orientação dos profissionais médicos do Estado, com a distribuição a todos os seus inscritos de um manual *"Relação Médico/Paciente, Profilaxia da denúncia contra o profissional"*, atitude que deveria ser acompanhada pelas faculdades de medicina do País.



Paulo de Tarso Tamburini Souza

8 CONCLUSÃO

“É um erro capital teorizar antes de ter os dados. Insensivelmente, começa-se a distorcer os fatos para adaptá-los às teorias, em vez de fazer com que as teorias se adaptem aos fatos”

Sir Arthur Conan Doyle, “A Scandal in Bohemia”

Na avaliação do erro médico, deve-se adotar o critério de que não pode haver um rigor excessivo que torne o profissional inseguro e amedrontado em prejuízo dos pacientes, nem uma liberalidade benevolente que possa incentivar o sentido de impunidade e relevar a conivência comprometedora.

Não se muda a realidade de um instante a outro, ou com a simples edição de normas, e os brasileiros sabem deste fato à exaustão, mas há de se ressaltar que toda grande caminhada se inicia com o menor dos passos e o próprio resguardo, tanto dos médicos como dos indivíduos, está a depender da conduta ética e responsável daqueles que estão em posição de formar opiniões e difundir conhecimento.

Espera-se que estes não sejam criadores ou meros repetidores de padrões técnicos ou morais exauridos ou já desgastados pela evolução social e tecnológica, ou profissionais embriagados pela perigosa vaidade de lidar com a vida, levando alguns à pretensão insana do pensamento de se assemelharem à divindade.

Mas, ao contrário, que humildemente auxiliem os iniciantes na arte hipocrática, a saberem que não sabem tudo e que existem vários caminhos e cada deles para seu próprio caminhante. Que o importante lhes seja a consciência, a ser lembrada e revivida a cada instante, de que estão a lidar, não com máquinas sensíveis, mas com seres humanos sensibilizados pela dor do sofrimento da enfermidade e pela impotência face à fragilidade da vida humana, a que todos, inclusive eles próprios, estão sujeitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, Gerson Luiz Carlos - "*Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico*" - Revista dos Tribunais n° 733 - págs. 53/75 - 1997.

CHAVES, Antônio - "*Responsabilidade Civil do Ato Médico*", In Revista Jurídica, vol. 207, jan/95, Ed. Síntese.

CHOFFAT, François - "*A Doença da Medicina*" - in Revista Nova Ciência, Ed. Três ,n° 06.

CONDE, Francisco Muñoz - "*Teoria Geral do Delito*", Ed. Safe - 1988.

DIAS, J. de - "*Responsabilidade Civil*"- Ed. Forense - 1987.

DINIZ, Maria Helena - "*Tratado Teórico e Prático dos Contratos*" - Ed. Saraiva -vol. 2.

FRADERA, Vera Maria Jacob de - "*Responsabilidade Civil dos Médicos*" -inAjuris -116.

HUNGRIA, Nelson, "*Comentários ao Código Penal*" - Ed. Forense - vol. I - 1955.

MORAES, Francisco Chagas de, "*Responsabilidade Civil do Médico*" in Revista Jurídica, vol. 176, jun/96 - Ed. Síntese.

MORAES, Irary Novah - "*Erro Médico e a Lei*" Ed. Revista dos Tribunais -3ª Edição 1995.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. - "*Ressarcimento de danos*" - Ed. Âmbit Cultural das Nações, 2ª Edição, 1984.

NETO, Miguel Kfourri, - "*Responsabilidade Civil do Médico*" - Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

STOCCO, Rui - "*Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*" - Ed. Revista dos Tribunais- 1994.



Paulo de Tarso Tamburini Souza

Abstract: *The medical mistake and the law position. Principal medical specialisation and the mistakes. Behaviour and treatment.*

Key Words: *Science, humanbeen, law, mistake, fault, behaviour.*

