

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
CAMPUS DE SOUSA – PB

AMILTON BORGES TAVARES

“ERRO MÉDICO EM FACE DA RESPONSABILIDADE CIVIL”

1266 Din

Sousa – PB

Julho – 2006

AMILTON BORGES TAVARES

ERRO MÉDICO EM FASE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas de Sousa como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Alexandre da Silva Oliveira

Sousa – PB

Julho – 2006

AMILTON BORGES TAVARES

ERRO MÉDICO EM FACE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

BANCA EXAMINADORA

ALEXANDRE DA SILVA OLIVEIRA
Professor Orientador

MARIA DOS REMÉDIOS LIMA BARBOSA
Professora Especialista

MARIA ELZA DE ANDRADE
Professora Especialista

Sousa – PB

Julho – 2006

AGRADECIMENTOS

A minha eterna gratidão ao meu eterno Deus, cuja justiça é infinita, que sempre esteve ao meu lado amenizando os momentos difíceis e me fazendo ver que o caminho da justiça é sempre o correto.

Agradeço também ao meu orientador, Alexandre da Silva Oliveira, por ter abnegado parte do seu, tão ocupado, tempo para com seus conhecimentos me orientar nesta tarefa singular.

A professora Maria da Luz Olegário, pelas informações técnicas de como fazer uma pesquisa científica. E a todos os meus professores, que independente da disciplina, transmitiram-me seus conhecimentos, possibilitando-me a realização deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Dedico esta obra a minha esposa,
companheira de todos os momentos; a
minha mãe, a memória do meu pai, a minha
família e amigos, e principalmente a Deus.

RESUMO

No início da civilização o ofício do tratamento e da cura dos enfermos era encarregado a verdadeiros curandeiros, imperava o misticismo. O passar do tempo trouxe conhecimento e técnicas, e o reconhecimento de uma nova profissão. Com a profissionalização do médico criou-se responsabilidade que correram a história. Este profissional lida com o nosso bem mais precioso, a saúde e conseqüentemente a vida. Da perspectiva de responsabilizar por erro o profissional a quem deveria trazer a cura e, no entanto, por negligência, imprudência ou imperícia trouxe complicações à saúde ou mesmo o óbito é que esta pesquisa se dispõe à temática, abordando a responsabilidade do erro médico à luz da legislação brasileira dentro da responsabilidade civil. Apresenta-se, não só a necessidade de responsabilizar o médico por seu erro profissional, mas que a população seja mais consciente de seus direitos como usuário de serviços de saúde; que o profissional da saúde, como também as empresas que prestam este serviço e os serviços públicos de saúde sejam cada vez mais conscientes de suas responsabilidades, procurando paulatinamente se qualificarem dando a sociedade tranqüilidade a quem necessita. Na prevenção do erro médico aconselha-se, mais eficiência no ensino acadêmico, o exame de ordem como habilitação, fiscalização dos serviços de saúde pelos Conselhos Regionais de Medicina, melhorias no serviço público de saúde. Aos médicos, como profissional liberal, e as empresas de saúde na busca de ressarcir as vítimas do erro médico, sem que haja onerosidade excessiva, a estes se recomendam recorrer a seguros especializados em erros profissionais, de modo que a vítima do erro médico não fique desamparada ou os seus dependentes.

Palavras chaves: erro médico, culpa, responsabilidade.

ABSTRACT

In the beginning of the civilization I officiate him of the treatment and of the patients' cure it was entrusted to true healers, it governed the mysticism. Passing of the time brought knowledge and techniques, and the recognition of a new profession. With the doctor's professionalization he grew up responsibility that you/they ran the history. This professional works with ours much more precious, the health and consequently the life. Of the perspective of making responsible him/it by mistake the professional to who should bring the cure and, however, for negligence, imprudence or inability brought complications to the health or even the death is that this research is disposed to the thematic, approaching the responsibility of the medical mistake to the light of the Brazilian legislation inside of the civil responsibility. Introduce, not only the need to make responsible the doctor for your professional mistake, but that the population is more conscious of your rights as user of services of health; that the professional of the health, as well as the companies that render this service and the public services of health are more and more conscious of your responsibilities, seeking gradually if they qualify giving the society peacefulness to who needs. In the prevention of the medical mistake he/she seeks advice, more efficiency in the academic teaching, the order exam as qualification, fiscalization of the services of health for the Regional Council of Medicine, improvements in the public service of health. To the doctors, as liberal professional, and the companies of health in the search of reimbursing the victims of the medical mistake, without there is excessive onerosidade, the theses are recommended to appeal to specialized insurances in professional mistakes, so that the victim of the medical mistake is not abandoned or your descendants.

Key words: I miss doctor, it accuses, responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.1 Evolução	12
✧ 1.2 Conceito	13
1.3 Da Responsabilidade Civil	14
1.3.1 Responsabilidade Civil Subjetiva	15
1.3.2 Responsabilidade Civil Objetiva	16
1.4 Pressupostos da Responsabilidade Civil	16
✧ 1.5 Requisitos do Dano <i>(adição)</i>	23
CAPÍTULO 2 DO ERRO MÉDICO	25
2.1 Histórico do erro médico	25
2.2 Conceito de erro médico	27
2.3 Da Responsabilidade do médico	28
2.3.1 Natureza da responsabilidade médica	29
2.4 Responsabilidade civil no erro médico	31
2.4.1 Responsabilidade civil subjetiva no erro médico	31
2.4.2 Responsabilidade civil objetiva no erro médico	33
2.4.3 Excludentes de responsabilidade	34
2.5 A dimensão do dano e a sua reparação	36
2.5.1 Da Prescrição	42

CAPÍTULO 3 ASPECTOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS DO ERRO MÉDICO	44
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Diante dos avanços tecnológicos, das descobertas científicas no campo da medicina, do aumento dos direitos dos cidadãos e de uma maior conscientização da sociedade brasileira sobre seus direitos, é cada vez mais crescente a demanda nos tribunais pela reparação do erro decorrentes da atividade profissional do médico e que este trabalho apresentará o erro médico em face da responsabilidade civil, abordando os aspectos mais expressivos envolvendo a culpa no exercício da profissão médica.

Extremamente complexa é a problemática que envolve o erro médico. Deste a sua identificação até a sua comprovação, da pretensão da vítima à sua indenização, imprevisível é o desfecho e as conseqüências do erro médico. Para termos um melhor entendimento sobre o tema é que este trabalho tem como objetivo a redução do erro médico e suas conseqüências.

O erro médico a ser apreciado nesta pesquisa bibliográfica passará por leituras doutrinárias e de leis brasileiras visando dar um amplo aspecto do tema à luz da responsabilidade civil, sem crucificar o médico nem desamparar a vítima, apenas tentando mostrar aos pacientes que façam valer seus direitos, e que os médicos devam ser mais cautelosos em seu ofício, desde a interpretação de exames a intervenção cirúrgica.

Na escolha do tema para este trabalho pesou a necessidade de termos a saúde brasileira como referência para o mundo, não como orgulho tecnológico, mas com a erradicação ou diminuição das incidências de erro médico que tanto afeta, principalmente, a população de menor poder aquisitivo que dependem dos serviços públicos de saúde, que na maioria destes estabelecimentos não oferecem condições mínimas de trabalho para o profissional de saúde que muitas das vezes também são vítimas destes serviços, pois muitos dos erros médicos são provocados pela precária estrutura da rede pública.

Propõe-se no presente trabalho uma melhor capacitação do médico, rigorosa inspeção do Conselho Regional de Medicina nas atividades médicas públicas e privadas, melhoria no atendimento de saúde pública tendo por

finalidade uma melhor qualidade de vida. A pesquisa, ainda, proporá aos profissionais liberais da saúde e as empresas do ramo a filiação a seguros profissionais com o fito de assegurar ao paciente vítima do erro médico a perspectiva de que não será preciso mendigar para sobreviver.

A pesquisa se desenvolverá com a finalidade do parágrafo anterior. A responsabilidade civil será uma segunda hipótese, pois o dano à saúde é irreparável, melhor é o pronto restabelecimento de quem está enfermo, mas mesmo que seja banido da história o erro médico, mesmo assim a responsabilidade teria espaço nesta pesquisa, pois uma vez ocorrendo o erro médico haverá sempre a responsabilidade civil deste profissional.

Inicialmente a pesquisa abordará, no primeiro capítulo, a responsabilidade civil desde a justiça privada até os dias atuais. Destacam-se da responsabilidade civil: a evolução, contando o seu histórico; o conceito, com seus aspectos jurídicos e doutrinários; a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva, bem como seus pressupostos e os requisitos do dano.

A pesquisa em seu segundo capítulo desenvolverá a temática: do erro médico. Onde declinará sobre o seu histórico, o conceito, a responsabilidade do médico no que tange a sua natureza e perante as leis brasileiras. Ainda neste capítulo reportar-se-á a pesquisa sobre as excludentes de responsabilidade, a dimensão do dano e a sua reparação diante do erro médico. A prescrição será analisada, como efeito comparativo, pelo Código Civil de 1.916; pelo Código Civil de 2.002 e pelo Código de Defesa do Consumidor. Sendo demonstrada a importância do instituto da prescrição no cotidiano da sociedade, principalmente no tocante as relações consumeristas, inclusive no erro médico.

O terceiro capítulo da pesquisa versará sobre os aspectos penais e administrativos que envolvem o erro médico. Neste capítulo serão mencionadas as implicações penais e suas conseqüências no âmbito do direito civil. Já no âmbito da administração pública, direta ou indireta, será destacada a responsabilidade civil objetiva do ente federativo por atos de seus agentes.

Em toda pesquisa será mantida a imparcialidade, evitando-se pareceres particulares, tendo sempre como norte a visualização do erro médico, principalmente sobre o olhar da responsabilidade civil, seja a responsabilidade

civil uma tentativa de reparar o dano sofrido pela vítima em decorrência do erro médico ou a responsabilidade civil como preventiva, como advertência para o profissional médico.

CAPÍTULO 1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Evolução

No início da civilização humana a justiça era coletiva. Neste período muitos foram os povos que atribuíam aos fenômenos naturais a ira dos deuses contra membros da comunidade, por este motivo, para que os deuses não castigassem a todos por responsabilidade exclusiva de um ou alguns membros é que a sociedade primitiva reagia com violência contra aquele a quem os deuses deveriam castigá-lo exclusivamente.

Da vingança coletiva evoluiu para a vingança privada - reparação individual, pelas próprias mãos, contra o agressor – justiça tutelada pela Lei de Talião, preconizadora da reparação do mal pelo mal, tendo como aplicação da justiça: “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Entretanto o poder público era quem declarava o direito de retaliação da vítima contra o seu agressor, sempre em doses idênticas para se evitar a desproporcionalidade em relação ao dano sofrido. O mesmo princípio de vingança veio na Lei das XII Tábuas, na tábua VII, lei 11ª: se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo. Para esta lei a Responsabilidade era objetiva, independia da culpa, bastava o aparente dano para ser a vítima titular do direito ao revide.

No dizer de Venosa (2005 p. 27): “a Lex Aquilia é o divisor de águas da responsabilidade civil”. A Lei Aquilia, inicialmente de amplitude restrita tem o seu caráter jurídico aumentado para um modo geral na época de Justiniano. Com base neste diploma é que surge a moderna concepção de responsabilidade extracontratual. Esta lei traz princípios de que se deve compensar o dano injustamente provocado, mesmo que esta responsabilidade não advenha do contrato, embora hoje com muitas modificações ainda se denomina a responsabilidade extracontratual de responsabilidade aquiliana.

A Lei Aquilia foi aprovada em forma de plebiscito em data incerta, provavelmente entre o final do século III e início do século II a.C., com este evento

a responsabilidade passou a ser patrimonial, saiu da pessoa do devedor para o seu patrimônio, atribuindo ao titular de bens o direito de ser ressarcido em dinheiro por quem tivesse ocasionado por culpa o dano material. Neste contexto histórico da Lei Aquilia qualquer dano causado contra escravos era enquadrado na mesma categoria da responsabilidade, isto ocorria porque o escravo nesta época era considerado coisa, logo era um bem patrimonial do seu Senhor, até mesmo a morte de um escravo teria a mesma conotação. A lei agora mensurada punia a culpa do agente, tendo como culpa a imprudência, a Negligência ou imperícia e até mesmo o dolo.

O direito moderno modificou o conceito de culpa trazendo a responsabilidade civil para a teoria da responsabilidade do dano, isto ocorre na Escola de Direito Natural ampliadora da lei aquiliana que era casuística, a parti do século XVII. O direito francês foi o grande aperfeiçoador da teoria da responsabilidade civil, estabelecendo os princípios gerais.

No nosso ordenamento o Código Civil de 1916 não sistematizou a responsabilidade civil. Os legisladores deste Código elegeram o artigo 159: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano"; para consignar a regra geral da responsabilidade aquiliana, e na Parte Especial mais dois Capítulos com dispositivos sobre o tema. Além do pouco disciplinamento o mesmo era asistemático, isto, talvez, porque a história da época não se exigia, como nos dias atuais, a reparação do dano.

Já no Projeto do Código de Obrigações de 1965, também no Anteprojeto do Código Civil de 1972 e o atual Código Civil que data de 10 de janeiro de 2002 trouxeram um Título sobre responsabilidade civil. A Constituição Federal de 1988 e em leis infraconstitucionais, por exemplo, a Lei nº 8.078/90 traz também a responsabilidade civil, mesmo que de modo menos sistematizado.

1.2 Conceito

O étimo do vocábulo responsabilidade vem do latim, do verbo respondera, que tinha como significado garantir algo, porém só teria sentido este garantir algo

se alguém fosse incumbido a esta garantia. Linguisticamente "responsabilidade é a qualidade do que é responsável; obrigação de responder pelos seus atos ou de outrem" (SILVEIRA, 1986, p. 998). Na responsabilidade civil, desde que em um pólo esteja o credor e em outro o devedor. A este cabe a obrigação pelo adimplemento, uma vez que toda obrigação gera uma reparação.

No nosso Código Civil o conceito de responsabilidade civil vem pela justaposição dos artigos 186, 187 e 927, onde versam sobre a reparação do dano moral e patrimonial ocorrido por ação ou omissão, por ato lícito ou ilícito, por culpa ou previsão legal, tendo como referência a voluntariedade.

A doutrina é grande propulsora da evolução da responsabilidade civil, cada doutrinador é um pensador, um filósofo, que visa dizer em seus escritos as necessidades e evolução do homem no campo em que compete a aplicação da justiça. Como foram citadas as necessidades e evolução do homem é possível que em breve todas as doutrinas estejam se referindo aos conceitos de responsabilidade civil que hoje temos como se fosse um pretérito distante. Os parâmetros atuais nos concedem uma ótica de responsabilidade civil que Diniz (2005, p. 40), assim conceitua:

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

Diante dos conceitos jurídicos e doutrinários tem-se na responsabilidade civil o grande indexador que tem em um pólo a vítima, aquele que sofreu o dano moral ou patrimonial, e no outro o que deverá ressarcir-lo, sendo observada a previsão legal e o enriquecimento sem causa.

1.3 Da responsabilidade civil */*

A responsabilidade civil nasce dos fatos jurídicos que dão origem as obrigações, tendo como fonte imediata: a lei; e como fontes mediatas: os atos

jurídicos em sentido estrito, os negócios jurídicos e os atos ilícitos. No nosso ordenamento jurídico a responsabilidade civil divide-se em: responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva.

1.3.1 Responsabilidade Civil Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva nasce do ato ilícito que o Código Civil, no art. 186, assim rege: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Para que se configure a responsabilidade subjetiva será necessário que o agente agressor seja imputável, e que este tenha agido por dolo ou culpa, sempre comparando o agente agressor a uma pessoa normal do ponto de vista psíquico do homem médio brasileiro. A responsabilidade subjetiva pode ser direta ou indireta. Direta quando o indivíduo responde por seus próprios atos. Na forma de responsabilidade indireta, esta é subjetiva quando responde por força da lei por coisa inanimada ou ser movente que esteja sob sua proteção, conforme o Código Civil, art. 936: "o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior". E o art. 937: "o dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta".

A culpa é o elemento básico da responsabilidade subjetiva, a partir da concepção de culpa é que a responsabilidade subjetiva repousa sobre a teoria da culpa, não basta que se tenha a comprovação do dano, mas que se prove a culpa o agente. A respeito desta teoria a culpa deve servir como parâmetro para a indenização, seja pelo seu grau: "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização" (art. 944, parágrafo único, CC); ou pela gravidade, como expõe o Código Civil, art. 945: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

Para a responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa a obrigação de se indenizar pelo dano causado só será possível se for constatada a culpa do agente, não havendo culpa ou por falta de sua comprovação a vítima, infelizmente, há de suportar o prejuízo.

1.3.2 Responsabilidade Civil Objetiva

A responsabilidade objetiva dispensa a culpa do agente, como se faz na teoria subjetiva. Portanto pensar em responsabilidade sem culpa é se deparar com a teoria da responsabilidade objetiva, teoria do risco. A responsabilidade objetiva deriva da lei, ou da atividade. A culpa, nesta teoria, é presumida, no entanto admite-se que em alguns casos a inversão do ônus da prova. Por ser presumida a culpa é bastante a comprovação, pela vítima, do nexo de causalidade e o dano por ele provocado, como bem diz Rodrigues (2002. pag. 11):

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou acidental do agente causador do dano é de menor relevância. Pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

Na responsabilidade civil objetiva é a vítima que tem de provar o dano e o nexo de causalidade, embora em algumas hipóteses o ônus da prova seja invertido geralmente motivado pela hipossuficiência da vítima, que nem sempre é de cunho financeiro, mas, principalmente por falta de condições técnicas para a sua comprovação.

1.4 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Em toda a doutrina grande é o esforço e a dificuldade de se caracterizar os pressupostos da responsabilidade civil. Para Diniz (2005, p. 41): "bastante difícil é a caracterização dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade

civil". Vários os que tentaram determinar os pressupostos da responsabilidade civil, entre eles Marty e Raynaud, Salvatier e Toubucchi. Diante da doutrina os pressupostos mais evidentes da responsabilidade civil são na concepção de Rodrigues (2002, p. 14): "A) ação ou omissão; B) culpa do agente; C) relação de causalidade; D) dano experimentado pela vítima".

A) Ação ou omissão do agente. A ação é o fato gerador da responsabilidade civil. Caracterizada pela conduta humana, a ação é ato de forma comissiva ou omissiva, ilícita ou lícita, essencialmente voluntária e imputável. Da ação ou de sua falta é que o agente será responsabilizado civilmente por ato cometido por si próprio, por ato de terceiro ou por coisas animadas ou inanimadas, que estejam sob sua vigilância.

Os atos cometidos pelo próprio agente podem ter natureza ilícita, caracterizando a culpa do agente, como preconiza o Código Civil pátrio, artigos 186 e 187, fundado na concepção de culpa. Já os atos de conduta lícita se apoiam na teoria do risco que atualmente ganha cada vez mais espaço no âmbito da responsabilidade civil, nesta temática o Código Civil brasileiro traz nos artigos 927, parágrafo único, e 931 casos de responsabilidade por ato lícito. E cada vez maior a necessidade da reparação do dano e a insuficiência da culpa para solucionar a querela, daí a preocupação do legislador em atribuir à responsabilidade por ato lícito.

A responsabilidade oriunda de conduta comissiva tem por base a feitura de ato que não se deveria praticá-lo, e de conduta omissiva quando o agente deixa de observar a prática de determinado ato que deveria realizá-lo. A ação ou omissão só deverá ser imputada ao agente que agir voluntariamente.

B) Culpa do agente. A culpa na responsabilidade civil tem contorno diverso de outras atividades nos diversos ramos do direito, ou específico da própria responsabilidade civil. Por ser um dos pressupostos da responsabilidade, logo, decorre da ação ou omissão do agente. A culpa do agente leva a doutrina a um cisma, em dois grupos.

O primeiro grupo valoriza o aspecto psicológico do agente, não só analisando a violação de uma regra de conduta, mas que o agente tenha tido a

possibilidade de prever o evento danoso, tendo como parâmetro o entendimento de uma pessoa padrão, de entendimento comum à população.

Já o segundo grupo tenta avaliar o fato danoso como fato social que resultou da conduta irregular do agente que causou o dano.

A culpabilidade vista no âmbito cível ocupa dimensão diversa do direito penal. A culpa que repousa a responsabilidade civil tem conotação abrangedora do dolo e da culpa. Deste entendimento de culpabilidade devemos separar o dolo da culpa. Nesta o agente prevê a possibilidade de provocar o dano, porém assume o risco. A culpa repousa na negligência, imprudência ou imperícia.

A culpa em sentido estrito pode ser definida como conduta voluntária, que diverge ao dever de cautela imposto pela norma legal, que involuntariamente produziu dano, mesmo que previsto ou previsível.

O dolo é a vontade intencional do agente de praticar a conduta para provocar o dano. No dolo a atitude do agente é voluntária e consciente.

Tanto o legislador do Código Civil de 1916, no artigo 159, quanto o do Código Civil de 2002, artigo 186, elegeram a culpa como o epicentro da responsabilidade subjetiva, fundada na negligência ou imprudência que terá como parâmetro o homem médio, a pessoa comum. A negligência ou imprudência são os norteadores da responsabilidade civil. Além da culpa a responsabilidade civil ganhou reforço no art. 927, parágrafo único do Código Civil: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". A responsabilidade sem culpa no artigo supracitado teve sua origem no ordenamento brasileiro com o Decreto Legislativo nº 2.681 de 1912. Com o advento do Código Civil de 1916, o art 159, tal qual o art 186 do Código Civil de 2002, estatui a responsabilidade objetiva que desfilou em vários artigos do Código Civil de 1916 referia-se a responsabilidade no transporte ferroviário.

A culpa é extracontratual ou aquiliana quando nos ditames dos artigos 186 e 927, "caput, isto é, se faz necessário apenas a ocorrência do ato ilícito cabendo ao lesado a responsabilidade de prová-lo. Quando a responsabilidade é fundada no contrato o Código Civil, assim, disciplina no art. 389: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária

segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado'. Neste caso aquele que pedir indenização não será necessário a sua comprovação de prejuízo, deverá, tão somente, demonstrar que o devedor está em mora.

A culpa pode ser classificada em grave, leve ou levíssima. A grave é a que mais se aproxima do dolo, quando há negligência extrema que se manifesta de modo grosseiro, não sendo previsível à pessoa normal entre as demais. A leve é a que poderia ser evitada por pessoa comum, o bom pai de família, bastando atenção ordinária. A levíssima é a que para ser evitada deveria ser dispensado de atenção extraordinária, ou de técnica ou conhecimento específico. A maioria dos juristas não avalia o teor da culpa, mas a gravidade do dano fundados no "caput do art 944 do CC. "A indenização mede-se pela extensão". Todavia o mesmo artigo no seu parágrafo único admite ao magistrado um equacionamento entre dano e culpa: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização".

Há, entretanto, a possibilidade de excludentes da responsabilidade. São excludentes da responsabilidade: a culpa da vítima, o caso fortuito ou de força maior, cláusula de não indenizar, exercício normal de um direito, legítima defesa. A ocorrência de uma excludente da responsabilidade no entender de Rodrigues (2002, p. 164) "atenua ou extingue o dever de ressarcir, justamente por atenuar ou extinguir a relação de causalidade".

Sendo a culpa exclusiva da vítima não podemos, nesta hipótese, atribuir à responsabilidade ao agente causador do dano, este não teve culpa, inexistente neste caso a culpa do agressor, logo, também inexistente o dever de ressarcir o dano. Porém, se a culpa for concorrente entre a vítima e o agressor há de se verificar até onde vai a culpa de cada um para que se estipule o quanto que é indenizável, pelo agressor, e de quanto será o prejuízo que a vítima terá de suportar. Caso não haja possibilidade de determinar o grau de culpa de cada um, a doutrina propõe a divisão equitativa do dano.

O caso fortuito ou de força maior levam os doutrinadores a entendimentos e conceitos diversos. A doutrina mais tradicional atribui o caso fortuito: aos eventos da natureza; e os de força maior aos atos humanos. Para que exista o caso fortuito ou de força maior será necessário que o evento seja inevitável - requisito objetivo - e a falta de culpa do agente diante do ocorrido - requisito subjetivo.

Já doutrinadores como Diniz (2005) entende que na força maior se conhece a causa que provocou o evento, enquanto que o caso fortuito é provocado por causa desconhecida.

Estas questões doutrinárias não influem no campo legal. O nosso Código Civil no artigo 393 trata conjuntamente o caso fortuito e a força maior sob a exigência de que os efeitos não fossem possíveis evitá-los ou impedi-los.

Em regra o caso fortuito e a força maior são excludentes da responsabilidade civil seja contratual ou aquiliana. Porém há casos que mesmo o caso fortuito ou a força maior não isenta da obrigação de reparar o dano, caso da responsabilidade objetiva, cujo mister por si só se enquadra na teoria do risco. Há também hipóteses em que mesmo ocorrendo o caso fortuito ou a força maior persiste a obrigação do agente, são os casos previstos em lei, p. ex.: os artigos 246 e 583 do Código Civil.

O caso fortuito e a força maior devem ser analisados no caso concreto com cautela, sempre norteado pela imprevisibilidade e inevitabilidade do evento, verificando, ainda, se o agente não concorreu para o evento.

Cláusula de não indenizar. Esta excludente de responsabilidade emerge do contrato. Entretanto, não é absoluta, o julgador deverá sempre analisar se esta cláusula não é abusiva ou se não contraria o ordenamento jurídico.

Exercício normal de um direito ou exercício regular de um direito está regulado no Código Civil, artigo 188, inciso I, como excludente de responsabilidade civil, embora o artigo 187 do mesmo diploma suste os abusos, excessos, taxando-os como ato ilícito.

Legítima defesa. O instituto da legítima defesa no Direito Civil funda-se nos mesmos critérios do Direito Penal. Mesmo o Direito Penal sustando a possibilidade da vingança pelas próprias mãos (cf.art. 345, CP) admiti a legítima defesa como excludente de culpabilidade. Se o direito tutela a vida, logo cada indivíduo tem o dever consigo mesmo de defendê-la. De modo análogo age o Direito Civil excluindo a culpabilidade para aquele que agir em legítima defesa de si ou de outrem isentando da responsabilidade civil (cf.art. 188, I, CC). Na legítima defesa o julgador deverá avaliar a proporção dos atos, a desproporção na atitude do ofendido se caracteriza como ato ilícito, como se ver no texto do nosso Código Civil, no artigo 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.”.

Neste aspecto do artigo 187 do Código Civil fica notável a proporcionalidade da repulsa contra o agressor, isto é, o fendido responde pelo excesso na legítima defesa.

A legítima defesa putativa exclui a culpabilidade do agente, porém não exclui a antijuridicidade, portanto ocorrendo a legítima defesa putativa o ofensor deverá ressarcir o prejuízo. Há de se considerar que o ofendido não lhe deu causa à legítima defesa.

Na legítima defesa se o prejuízo for sofrido pelo próprio agressor não há de se falar em ressarcimento, mas se o prejuízo recaiu em terceiro este pode ser ressarcido pelo ofendido cabendo ação regressiva contra o agressor.

C) Relação de causalidade ou nexos causal. O nexos causal é o pressuposto que liga a conduta do agente ao dano. Esta relação causal é imprescindível na reparação do dano. Verifica-se que a responsabilidade objetiva dispensa a comprovação da culpa, entretanto esta responsabilidade não dispensa o nexos causal. A comprovação do nexos causal, no caso concreto, é algo que deve ser provado, porém, difícil é de se estabelecer a relação de causa e efeito. Logo sem a comprovação do nexos causal a vítima que experimentou o dano, o prejuízo, há de suportá-lo por falta do liame entre a conduta reprovável e o efetivo dano.

A necessidade da constatação do nexos causal é uma pilastra na responsabilidade civil, embora não seja estritamente cobrado o vínculo direto do referido nexos. Neste sentido bem explica Diniz (2000, p. 109):

... de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.

Se se tratar de efeito indireto sobre o nexos de causalidade, mesmo nesta hipótese o agente que praticou a atitude danosa há de se responsabilizar por toda danificação causada proveniente de sua ação, p. ex., se A dirigindo seu carro

colide em um poste deixando a rede elétrica danificada causando dano aos eletrodomésticos dos consumidores que utilizam energia desta rede elétrica. Neste caso A terá de reparar o dano causado a rede elétrica e ressarcir o prejuízo destes consumidores. O efeito indireto não isenta o agente de sua culpa.

D) Dano experimentado pela vítima ou, simplesmente, dano. Há várias modalidades de dano na legislação brasileira. A Constituição Federal menciona o dano ao meio ambiente (art. 225, § 3º); ao patrimônio cultural (art. 216, § 4º), o dano material, moral ou a imagem (art. 5º, V e X) e nuclear, com previsão de responsabilidade civil objetiva da União (art. 21, XXIII, c). Não apenas a Constituição Federal discorre sobre o tema, mas várias são as normas infraconstitucionais que perseguem a recomposição do dano.

O Código Civil brasileiro tutela em diversos artigos espalhados por todos seus livros à proteção material e moral. Além do Código Civil há também leis que visam evitar abusos que poderiam levar prejuízo à parte hipossuficiente, p. ex., a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1.973, que dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências, que reservou o Capítulo VI, art. 28 – DA RESPONSABILIDADE, e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1.990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Na conceituação de Venosa (2005), o dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. Analisando este conteúdo logo se verifica de que o dano é um dos pressupostos, o mais importante, para que haja a responsabilidade civil. Em face de que só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar (RSTJ, 63:251). É impossível exigir a responsabilidade civil – a obrigação de ressarcir um dano – de alguém se realmente este dano não foi provado. Será necessário a sua comprovação, seja de natureza material ou moral.

No dano material a responsabilidade tenta resguardar o patrimônio da vítima pelas perdas que sofreu e pelo que deixou de ganhar. Como dito no parágrafo anterior, da comprovação do dano, esta é de responsabilidade do lesado. Esta teoria ganha concorrência com a responsabilidade contratual que trata da reparação do dano sem que seja necessário o lesado prova o prejuízo sofrido, o dano é presumido, decorre da mora nas obrigações pecuniárias, neste caso, o credor terá direito à indenização, aos juros de mora. Também decorre da obrigação

contratual a obrigação de indenizar nos casos de inadimplemento nas obrigações de fazer ou de não fazer.

A reparação deve ser, preferencialmente, na medida do dano. Esta reparação sempre recai em uma sanção pecuniária, p. ex., se A danifica um objeto de B e tendo B restituindo a A com objeto igual, mesmo assim houve um ressarcimento pecuniário, há de se considerar que este objeto restituído tem um valor monetário. Difícil é de se calcular o valor do dano quando este não recai sobre coisa material, mas sobre o físico ou sentimento humano, p. ex., a vítima sofre por ter sido abalada o seu íntimo, a sua dignidade, a sua moral. Neste caso a vítima não reclama, inicialmente, o prejuízo material, mas a dor, o sofrimento, o dano moral.

Mesmo que o dano moral não tenha a característica de reparar o dano em pecúnia, porque este é inestimável, tem por objeto amenizar a dor, o sofrimento, da vítima e penalizar o agressor em uma sanção pecuniária e/ou penal, dependendo do caso real, visando a não repetição do ato agressivo.

A ideia central de dano moral é que não afeta o patrimônio material da vítima, entretanto o dano causado a moral de uma pessoa além de ferir o seu íntimo poderá também acarretar prejuízos patrimoniais. Esta modalidade de dano, por ser de alta subjetividade a de se verificar com minúcias, extrema cautela por parte do julgador, para se evitar o ressarcimento sem culpa e enriquecimento sem causa.

É simples a estipulação do dano material, pois é dano visível, mensurável. No entanto a de se calcular segundo o comando dos artigos 402 e 403 do Código Civil (CC), cuja regra é: nas perdas e danos incluem e são devidos os prejuízos efetivos e os lucros cessantes.

1.5 Requisitos do Dano

Os requisitos na obrigação de indenizar o dano são os seguintes: a) Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa. Só se pode falar em restituição se realmente se constatar o dano

pois este se caracteriza pela redução patrimonial ou lesão morais; b) efetividade ou certeza do dano. O dano deverá ser ressarcido mediante a verdadeira comprovação de sua existência, salvo os casos de dano presumido, pois o dano é condição elementar à sua indenização, logo se faz necessário a sua comprovação; c) causalidade. O dano deve está intrinsecamente ligado à causa que o provocou. Daí, podendo se distingui o dano direto – quando se origina da ação com consequência indireta – do dano indireto - causado por fato superveniente da atitude lesiva, p. ex. o fabricante de determinada peça defeituosa que após sua colocação provocou incêndio no automóvel. Neste caso o fabricante será responsabilizado também pelos prejuízos provenientes de circunstâncias posteriores; d) subsistência do dano. O dano tem de subsistir. Se já satisfeito pelo lesado – não subsiste mais, porém, se o prejuízo foi recuperado pela própria vítima – a obrigação ainda subsiste, e se foi reparado por terceiro, este se sub-roga no direito de ser ressarcido pela indenização; e) legitimidade, para pleitear a indenização pelo dano sofrido a legitimidade se restringe ao titular do direito atingido, ou seus beneficiários, leva-se em consideração os pressupostos da lei que se assenta em garantir os direitos daqueles que dependam ou possam reclamar alimentos do titular do direito; e f) ausência de causa excludente de responsabilidade, o dano só poderá reivindicado se não houver nenhuma excludente de responsabilidade, tais como: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, cláusula de não indenizar, etc.

CAPÍTULO 2 DO ERRO MÉDICO

2.1 Histórico do erro médico

No princípio da civilização humana a medicina era exercida por sacerdotes, feiticeiros, curandeiros, magos, e até mesmo, escravos. Destes profissionais, principalmente os primeiros citados, é que a medicina em seu primórdio era fundada na religião, no misticismo. Como no misticismo eram as atribuições de riqueza, pobreza, a morte, os fenômenos naturais, em fim tudo quanto o ser humano, da época, pudesse controlar ou ter conhecimento científico.

A responsabilidade do médico através da história começa com os povos antigos na tentativa de reger a conduta humana, em seus diversos aspectos, entre os quais podemos salientar a conduta do profissional da medicina. Dos Códigos antigos o que mais se destacou no ocidente por seu conteúdo inexorável, cujas penas eram na proporção do gravame, foi o Código de Hamurabi (1750 – 1686 a.C.), cuja feitura é atribuída ao rei da Babilônia. Neste Código traz nove artigos sobre a responsabilidade do médico – do artigo 215 ao artigo 223 – onde o mais notável pelo seu texto inflexível é o artigo 218: “Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.” Mesmo sendo o mais conhecido, estudos arqueológicos descobriram que o Código supracitado não é o mais antigo sobre a temática da responsabilidade do profissional da medicina. Na mesma essência do Código de Hamurabi estava o Código, Corpo de Leis, de Ur-Nammu (2111 - 2084 a.C.) que em seu artigo 625 referia-se a responsabilidade do médico no mesmo teor do Código Babilônico. A Índia também deu a sua coloração com o Código de Manu, cuja sua promulgação se estima entre os anos de 1300 e 800 a.C., No Cho-King dos chineses, na Lei de Zoroastro, com penas econômicas. O Talmude estabeleceu a multa, a prisão e o castigo físico como sanção à responsabilidade médica. O médico no Egito tinha uma posição social bastante elevada, pois se confundia com o sacerdócio, entretanto deveriam observar as normas de um livro estabelecedor das regras do seu exercício profissional. A não observância dos preceitos tinha a morte como

punição. Porém observadas, as regras, mesmo que o paciente viesse a óbito, mesmo, assim, o médico não seria punido, havia cumprido o seu mister.

A responsabilidade do médico por seu erro em Roma emerge com a Lei Aquilia, onde se estabeleceram os primeiros extratos da responsabilidade, onde previa desde a indenização de um escravo que morresse sob seus cuidados, até o exílio ou a deportação do médico que cometesse imperícia ou negligência em seu ofício.

Na Idade Média a responsabilidade do médico era semelhante ao período histórico anterior, as sanções eram pesadas. Deste período o documento mais antigo que se tem sobre a responsabilidade do médico em seu exercício profissional é o Júri dos Burgueses de Jerusalém, no século XIII, neste um médico é condenado a pagar indenização pela morte de um paciente.

Foi na Idade Média que a medicina teve pela primeira vez a sua regulamentação, no ano de 1335, pelo rei da França, JEAN I, que restringiu o exercício da medicina exclusivamente para os diplomados nas Universidades.

O direito canônico (1200 a 1600) foi um dos grandes marcos do direito ocidental, neles estavam os fundamentos da justiça segundo o Cristianismo. A contribuição do direito canônico refere-se ao direito civil e criminal que a parti de então vieram a ser modificados, adaptando-se as novas tendências do direito, base do direito atual. Já a base da responsabilidade civil do medico deve sua linhagem atual ao direito francês que estabeleceu suas primeiras normas, parâmetro para muitos países, inclusive o Brasil.

Em 1829, a Academia de Medicina de Paris elegeu a responsabilidade moral como exclusiva para a punição do médico, passava assim, o médico a deixar de indenizar as vítimas do seu exercício profissional, salvo por erro grosseiro e inescusável. Porém esta fase durou pouco tempo, em 20 de maio de 1836 a Corte de Cassação Francesa introduz no seu ordenamento que o trabalho médico a partir desta data deveria ser visto como uma obrigação contratual, mesmo sendo um contrato especial.

Ainda na França, em 1832, o parecer de Jean-Jacques Dupin, Procurador-Geral da Corte Civil do tribunal de Cassação de Paris. No parecer de DUPIN, os médicos deveriam ter o mesmo tratamento de qual quer outro cidadão. Os médicos, neste parecer, perderiam o privilégio de sofrerem sanções apenas de

cunho moral e passariam a responder judicialmente por negligência, imprudência ou ignorância de conhecimentos técnicos.

Atualmente os atos errôneos dos médicos são detectados com mais facilidade, haja vista que o cidadão está mais bem informado, isto leva cada vez mais estas querelas aos tribunais que devem declarar se houve ou não responsabilidade médica, assim, se houve responsabilidade – o valor da indenização. Diante do grande número de ajuizamentos com pedidos de indenização por culpa profissional, inclusive a médica, é que em países como a França existe o seguro responsabilidade, como pode se notar no enunciado de Rodrigues (2002, p. 3):

Realmente, enquanto em muitos países, principalmente na França, as questões de responsabilidade civil representam alta porcentagem dos feitos ajuizados, no Brasil, embora numerosas, não atingem cifras tão elevada. Isso se deve, pelo menos em parte, acredito, ao menor desenvolvimento, entre nós, do seguro responsabilidade.

No Brasil atual, a responsabilidade civil médica, firma-se na culpa: imperícia, imprudência e negligência. Além da responsabilidade civil o médico ainda poderá ser julgado por responsabilidade penal ou ética, sendo a ética julgada pelos Conselhos Regionais e Federais de Medicina (Lei nº 3.268/ 57, art. 2º). A garantia do julgamento da responsabilidade civil do médico no Brasil está assente, principalmente, na nossa Constituição Federal, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor - CDC - (Lei nº 8.078/90).

2.2 Conceito de erro médico

A profissão médica é das mais antigas, remonta aos primórdios da humanidade quando o mago ou o sacerdote se incumbia do tratamento dos enfermos. Neste momento da história da humanidade os tratamentos eram feitos de modo empírico-experimental, onde o metafísico e o conhecimento técnico faziam à medicina da época.

A mistificação egípcia levava em consideração vida após a morte e na imortalidade da alma, diante desta concepção desenvolveram sofisticadas técnicas de mumificação, que foi de muita valia para o estudo da anatomia do corpo humano. Essas atividades científicas estavam intimamente ligadas à magia e a religião que sofria o monopólio de uma restrita elite formada por sacerdotes e escribas.

A medicina nos dias atuais dispõe de um vasto recurso científico, reconhecido inclusive por organismos internacionais. São inúmeros os recursos tecnológicos a disposição do médico. Toda essa tecnologia vem afastando o médico do paciente. Outrora existia a figura do médico de família que acompanhava toda problemática de saúde dos membros das famílias por ele assistida. Este tipo de médico trabalhava geralmente na condição de Clínico Geral que muitas vezes dava o diagnóstico apenas em conversar com o paciente, havia uma humanização neste profissional.

A tecnologia vem substituindo o lado humanitário do médico por diagnósticos feitos por análises – exames clínicos – tornando a relação médico - paciente cada vez mais impessoal. Além dos exames clínicos um outro fator que está contribuindo para que a relação médica - paciente seja cada vez mais profissional é o modo operante em que os médicos, semelhantes aos advogados, vêm se tornando cada vez mais especialistas, deixando de serem Clínicos Gerais para ter apenas uma especialidade, sejam atendendo em conglomerado ou individualmente.

Diante deste exposto podemos concluir que o erro médico é a conduta culposa do médico no exercício de sua profissão, seja avaliando um exame clínico, dando parecer técnico-científico, ou até no ato cirúrgico. Se da atitude culposa do médico resultar dano ao paciente, teremos, neste caso um erro médico. A culpa no erro médico é semelhante às demais profissões, isto é, a existência de negligência, de imprudência ou imperícia.

2.3 Da Responsabilidade do médico

Digna de controvérsia é a responsabilidade do médico, seja no aspecto contratual ou extracontratual, ou de fim ou de resultado, no entanto devemos medir cada responsabilidade médica no seu específico caso concreto.

2.3.1 Natureza da responsabilidade médica

A doutrina atualmente vem se empenhando em querer situar a relação médico-paciente como relação contratual. A visão que se tem é de não ser necessário um contrato formal, mas o mero atendimento de um enfermo cria tacitamente o vínculo contratual. A vantagem para o paciente em ser a responsabilidade do médico contratual é que o médico passa a ser um prestador de serviços, criando-se, assim, uma relação consumerista nos ditames o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor: "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Desta forma sua responsabilidade subjetiva fica sendo disciplinada, também, pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme o artigo 14, § 4º. E, conseqüentemente o paciente poderá exigir além da culpa a prática comum a todos os profissionais liberais, que no caso dos médicos, mesmo a obrigação sendo de meio, este se obriga a tratar do doente com zelo, ser diligente com o paciente, utilizar as melhores práticas e técnicas dentro de sua profissão.

Excepcionalmente a relação médica é extracontratual, neste caso a obrigação não deriva do contrato. Nesta situação a responsabilidade civil do médico emerge do ato ilícito.

Porém há casos em que é impossível a caracterização do contrato, tal fato ocorre em situações onde o médico e o paciente, ou seu responsável, não tenham feito nenhum tipo de contato anterior, p. ex., na prestação de socorro pelo médico a um desconhecido. Esta situação médico-paciente não tem cunho consumerista, observa-se tão somente o aspecto de uma relação civil, em que o médico responderá apenas se ocorrer por sua parte ato ilícito.

Melhor é observar que, seja contratual ou aquiliana, a responsabilidade civil do médico no ordenamento brasileiro surge sempre da conduta ilícita do médico. Da não observância de um dever de conduta resultando na culpa deste profissional.

Em regra o contrato médico é de meio, isto é, a não obrigação de um resultado final, mas que se apliquem os recursos possíveis necessários no tratamento do paciente. Por este prisma devemos entender que se o médico aplicou corretamente os conhecimentos científicos e empregou as técnicas e os equipamentos adequados, mesmo que o resultado para com o paciente não seja atingido ou mesmo após o tratamento persistam seqüelas, não se deve responsabilizar o médico por erro profissional. Por este exposto evidencia-se que não houve culpa do profissional, que a seqüela não foi proveniente de erro médico, mas da enfermidade preexistente.

Nas cirurgias plásticas a doutrina admite ser uma obrigação de resultado. Atualmente é cada vez mais freqüente as intervenções cirúrgicas para a reparação estética-corporal entre os brasileiros. Como este tipo de atendimento não recai sobre nenhuma enfermidade, mas de uma modificação estética, sendo, assim, o médico deve dentro da legalidade garantir a obtenção do resultado previamente acordado com o paciente. O resultado inesperado pelo paciente constitui culpa por parte do cirurgião plástico, podendo responder inclusive por dano moral, desde que o paciente não lhe tenha sonogado as informações necessárias para tal intervenção cirúrgica. A respeito da obrigação de resultado bem expõe o Acórdão:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MEDICO - 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. Presunção só afastada fizer ele prova inequívoca tenha agido observando estritamente os parâmetros científicos exigidos, decorrendo, o dano, de caso fortuito ou força maior, ou outra causa exonerativa o tenha causado, mesmo desvinculada possa ser à própria cirurgia ou posterior tratamento. Forma de indenização correta. Dano moral.

Sua correta mensuração. (TJRS - AC 595068842 - 6ª C. Cív. - Rel. Des. Osvaldo Stefanello - J. 10.10.95)

A cirurgia plástica está autorizada pelo Código de Ética Médica, artigo 51: "São lícitas às intervenções cirúrgicas com finalidade estética, desde que necessária ou quando o defeito a ser removido ou atenuado seja fator de desajuste psíquico."

2.4 Responsabilidade civil no erro médico

A responsabilidade civil é vista no Brasil de duas maneiras: através da responsabilidade subjetiva (teoria da culpa) ou pela responsabilidade objetiva (responsabilidade sem culpa). A responsabilidade do médico é semelhante a de qualquer outra pessoa. A responsabilidade no erro médico mantém os mesmos preceitos da responsabilidade civil.

2.4.1 Responsabilidade civil subjetiva no erro médico

A responsabilidade civil subjetiva no tocante ao erro médico tem origem na culpa. A culpa médica depende da ação ou omissão do médico, agente, causador do dano. Portanto haverá de se verificar se o dano originou-se da culpa (negligência, imprudência ou imperícia), ou até mesmo por dolo do médico. Porém, indispensável é a sua comprovação que há de ser promovida pela vítima, o paciente, ou seu sucessores de modo inconteste e inequívoco de que o médico em seu ofício laborou com culpa, efetivando o dano, caracterizando o erro. De outra forma torna-se impossível ação para reparação do dano, como se constata pelo acórdão:

ERRO MEDICO - CC, ART. 1.538 - Não confirmado a prova produzida, a pericial e testemunhal, que o mal de que padece o autor foi fruto de erro médico, não é possível determinar-se o pagamento de indenização por tal motivo. (TRF 4ª R. - AC 91.04.23994-6 - RS - 1ª T. - Rel. Juiz Vladimir Freitas - DJU 24.06.92) (RJ 182/131)

Entretanto o Código de defesa do Consumidor admite, diante da verossimilhança e a hipossuficiência, a inversão do ônus da prova, no seguinte exposto do art. 6º, VIII:

a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Sobre o laudo pericial, este pode ser contestado pelo juiz, decidindo da forma que mais lhe parecer justa, inclusive contrário ao parecer técnico, conforme o Código de Processo Civil - CPC, art.436: "o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou outros fatos provados nos autos".

Tendo a responsabilidade médica como contratual, não significa dizer que a culpa já está provada, que é presumida. O contrato gera para o médico a obrigação de cumpri-lo, essencialmente no tocante aos cuidados para com o paciente, sob penas de inadimplemento da obrigação contratual. É desta culpa que emerge do contrato, no agir ou não agir consciente, ou da culpa em sentido estrito que nasce a responsabilidade civil no erro médico. O médico jamais poderá exceder os limites contratuais, nos quais se destacam: a falta de solicitação de especialista, quando necessário; ter como auxiliar pessoa não habilitada; prática de aborto ilegal; receitar, a pedido do cliente, substância tóxica ou entorpecente; agir com culpa (negligência ou imprudência) no ofício de sua profissão; realizar experiência médica no paciente, sem sua autorização, ou sem a extrema necessidade.

A culpa para caracterizar a responsabilidade do médico, por si só não é bastante, são necessários três pressupostos: o ato lesivo (culposo), o dano e o nexo causal. A reunião de todos na teoria da culpa é o suficiente para que se tenha, o médico, o dever de indenização. Na falta de qualquer um deles subjetivamente não há porque persistir a indenização. Conforme descreve sobre a falta o nexo causal, o acórdão:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MEDICO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A AÇÃO DO MÉDICO E O RESULTADO. Ausente o nexo causal entre a ação e o resultado, resta afastado a responsabilidade civil do médico. Apelo desprovido . (TJRS – Processo nº 598548873 – 6ª Câmara Cível – Rel. João Pedro Freire – 25/08/99).

Logo, para a satisfação do dano na responsabilidade civil tem que a culpa do médico ser comprovada. Averigua-se na lesão o nexo de causalidade de onde surge o liame entre o dano e a culpa do médico. Deve-se verificar se o dano foi consequência da culpa, se a culpa realmente existiu, a culpa deve existir em sentido estrito. A falta de comprovação da culpa no dano sofrido pelo cliente deve ser atribuída ao infortúnio, não cabendo reparação.

2.4.2 Responsabilidade civil objetiva no erro médico

Diante do art.14, § 4º do Código de Defesa do consumidor, não há responsabilidade objetiva por parte do médico. A responsabilidade objetiva da administração pública brasileira oscilava bastante no período imperial, entre objetiva e subjetiva, inicia-se sua consolidação firmada na teoria do risco com o Código Civil de 1916 trazida pelo art.15:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

A Constituição Federal de 1946 trouxe no art. 194: "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros". Sendo o mesmo artigo no parágrafo único garantidor de ação regressiva contra seus agentes culpados pelo dano. Este artigo revogou parte do art. 15 do Código Civil de 1916. A Carta Magna atual manteve a responsabilidade civil objetiva da administração sob a modalidade do risco administrativo, consolidando a responsabilidade sem culpa nos atos praticados por seus agentes em conformidade do § 6º do art. 37 da CF:

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

Em conformidade com a Constituição Federal o Código Civil de 2002, assim disciplina no art. 43:

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

Com este relato legal fica nítida a responsabilidade objetiva da administração pública, no entanto o mesmo relato consolida a reparação do dano, em ação regressiva pela administração pública, pelo agente, se comprovada sua culpa ou dolo.

Neste sentido devemos situar o erro médico na responsabilidade objetiva. Não só admitindo a conduta do médico, mas de todos que fazem parte da equipe de agentes subordinados à administração pública, além de ser a administração pública responsável, também por eventos em que não dependam de ação de seus agentes, como infecção hospitalar ou problemas em equipamentos que venham provocar dano ao paciente.

2.4.3 Excludentes de responsabilidade

Excluem a responsabilidade do médico o caso fortuito ou força maior, a culpa exclusiva de terceiros não subordinados ao médico e a culpa exclusiva do paciente.

O caso fortuito ou a força maior isenta o médico da responsabilidade civil. Considera-se a força maior um evento natural, superior às forças humanas, inevitável sua ação e suas conseqüências, embora identificada e previsível. A força maior é um evento que independe da ação humana, logo, externo à relação médico-paciente. Já, o caso fortuito é atribuição ao acaso, embora decorrente da conduta humana, não podendo ser previsto ou evitado, tanto pelo médico, como pelo paciente. A imprevisibilidade e inevitabilidade que ocorre em algum momento da relação médico-paciente excluem a responsabilidade, por culpa, do médico. Verifica-se não era possível evitar ou impedir o evento originador do caso fortuito. Nestes aspectos citados, principalmente por não depender do ser humano e da falta de culpa, é que a força maior ou o caso fortuito liberam o médico por seu erro.

A comprovação de que o erro não dependeu do médico, mas de terceiro não subordinado a sua inspeção, esta situação isenta o médico de culpa, cabendo a obrigação de reparar o dano ao seu verdadeiro causador. Na hipótese do médico, aquele que não deu culpa ao evento, ressarcir o paciente pelo dano cabe ação regressiva contra quem provocou o dano para haver o que foi pago (cf. art. 930, "caput" CC) .

Havendo culpa por parte do paciente na ocorrência do erro médico, nesta circunstância a culpa do paciente deverá ser avaliada ponderando a culpabilidade do médico e do paciente. Se houver culpa exclusiva do paciente pelo fato que ocasionou o erro, isenta-se o médico da responsabilidade, averigua-se que o médico não concorreu para o evento. Na relação médico-paciente quando ocorrer culpa concorrente os Tribunais deverão, conforme o art. 945 do Código Civil, avaliar a gravidade da culpabilidade do médico e a do paciente para que cada um responda na quantidade do seu feito. A culpa concorrente não exime o médico da responsabilidade, mas reduz o valor a ser indenizado por se apresentar, neste quadro, um concurso de culpas rateado diretamente proporcional ao grau que cada um concorreu.

Quando a culpa for concorrente o médico só responderá tão-somente, no tamanho de sua culpa, pelo dano que causou ao paciente, enquanto que a medida

do dano provocado pelo paciente a si mesmo deve ser absorvido por este perante a sua culpa. A culpa concorrente avaliará a culpabilidade do médico e o paciente.

2.5 A dimensão do dano e a sua reparação

O médico, quando profissional liberal, havendo culpa, responderá pelo seu erro profissional através da sua responsabilidade direta. Entretanto, não só o médico responde por este tipo de erro. Os hospitais, as clínicas, os planos de saúde, e seus similares respondem objetivamente por seus agentes ou prepostos, mesmo que, posteriormente caiba ação regressiva contra o médico. Na iniciativa privada a responsabilidade objetiva tem embasamento na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal: “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Também é objetiva responsabilidade dos entes públicos no erro médico, não só por previsão legal, mas também é entendimento dos Tribunais como se lê no acórdão seguinte:

INFECCAO HOSPITALAR - SINAIS MENINGEOS ANTES DE ALTA HOSPITALAR - Há culpa in vigilando, quando se dá alta a indivíduo submetido à cirurgia, dentro do período previsto de grande risco. A alta precoce constitui responsabilidade objetiva do hospital, se o paciente apresenta sinais meníngeos no período pós-operatório. A seqüela da meningite tardiamente tratada é de responsabilidade do hospital, se o início da incubação se deu no leito hospitalar. Mantém-se o voto singular que nega provimento ao recurso de apelação, admitindo a responsabilidade objetiva do estado. (TJDF - EIC/APC 17.549 - DF - Reg. Ac. 63.647 - 1ª C. - Rel. p/o Ac. Des. João Mariosa - DJU 19.05.93) (RJ 190/105)

O médico também responde por fato de terceiro desde que tenha culpa no eger ou em vigilar sobre sua equipe, p. ex., o médico que contrata como assistente anestesista inexperiente. No fato de terceiro há de se verificar se a culpa é exclusiva de terceiro, deste modo, o médico que satisfizer o dano poderá reavê-lo regressivamente. A culpa exclusiva de terceiro é excludente de responsabilidade.

No ordenamento brasileiro o Código Civil de 1916 reunia a responsabilidade dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas entre os atos ilícitos que vinham discriminados no artigo 1.545: “Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

Com o advento do novo Código Civil foi deixado de fora o nome das profissões do artigo 1.545 do Código Civil anterior, sendo substituídas por exercício de atividade profissional.

Os artigos 948, 949 e 950 do Código Civil tratam das ocasiões em que os médicos subjetivamente responsáveis ou os hospitais, as clínicas, os planos de saúde, e seus similares, objetivamente responsáveis, devem indenizar aquele que sofreu o erro médico, ou aos seus sucessores.

Nos artigos 948, 949 e 950 do Código Civil tratam respectivamente do homicídio culposo, lesão corporal ou outra ofensa à saúde, ou redução da capacidade laboral. O médico responderá civilmente, sempre lhe impondo, quando condenado, a uma indenização pecuniária, que pode ser paga em parcelas ou se a vítima ou seus sucessores exigirem de uma só vez. Estes artigos disciplinam a indenização de acordo com a gravidade do dano.

Mesmo antes, na vigência do Código Civil anterior, Pereira (1998), na visão do anteprojeto que serviu de base para o atual Código Civil, assim escrevia: “Vigora, desta sorte, a presunção de culpa por qualquer deslize que leve o cliente ou pessoas que se submetam aos seus cuidados à morte ou a prejuízos que as inabilitem ou diminuam a sua capacidade de trabalho.” Deste parecer doutrinário fica estampada a necessidade de proteção legal para o usuário de serviços médicos.

A indenização mede-se pela extensão do dano (art. 944, CC). Neste sentido deve-se avaliar todo e qualquer tipo de dano sofrido pelo paciente, se houve dano moral ou dano material. O dano moral é uma inovação da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, X). O dano material, além de ser previsão constitucional do mesmo inciso do dano moral, está previsto nos arts. 402 ao 405 do Código Civil. No dano material se averigua as perdas e danos, o que diretamente afetou o seu patrimônio,

no que expõe o Código Civil, art. 402: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que ele razoavelmente deixou de lucrar".

O dano emergente é de fácil estipulação, é a comprovação dos gastos ocorridos em decorrência da lesão proveniente do erro médico. A comprovação do dano emergente deve ser demonstrada pelo paciente, sob pena de valer o seu direito, na íntegra. Nos lucros cessantes a indenização deve abranger o que deixou de crescer ao seu patrimônio no interstício entre o fato lesivo e o pronto restabelecimento do paciente às atividades de rotina, sem nenhuma seqüela do tratamento ao qual foi submetido em decorrência da lesão oriunda do erro médico.

A comprovação pelo lesado nos lucros cessantes pelo paciente é de difícil computar, viável, neste caso, é a liquidação da sentença por arbitramento, em consonância com o art. 606, do CPC. Os lucros cessantes devem ser calculados por especialistas, levando-se em consideração, de modo razoável, tudo que o paciente deixou de aferir como lucro no período de debilidade proveniente da lesão provocada pelo erro médico até, mesmo o que foi pago a quem o substituiu nas suas tarefas de rotina.

Cabe também o lucro cessante quando o paciente for a óbito. Ocorrendo a fatalidade os lucros cessantes são de comprovação dos sucessores do falecido, e sua estimativa deve ter como referencial a perspectiva de vida do ofendido.

A liquidação do dano, que se aplica também ao decorrente de erro médico, as perdas e danos estão mencionados no Código Civil, art. 404: "As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional".

O Código Civil retrata a possibilidade de ser apurada as indenizações a serem pagas pelos profissionais em consequência de negligência, imprudência ou imperícia no exercício profissional, no que referencia o art. 951:

O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplicam-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.

Especificamente podemos separar as indenizações de acordo com as gravidades do dano causado ao paciente em decorrência do erro médico. No homicídio, o mal irreparável, a reparação se dá com base no disposto do art. 948:

No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

E remetendo ao “caput” do artigo: sem excluir outras reparações. Estas outras reparações diferenciam-se do que expõe os incisos I e II que tratam apenas de questões materiais, nelas deve ser computada a dor pela perda de um ente querido, o valor sentimental que não se pode ter cálculo em pecúnia, mas a pecúnia deve ser dada como conforto na esperança de amenizar o sofrimento.

Ainda podemos constatar no Código Civil a proteção contra lesão e outra ofensa à saúde, de modo a amparar o paciente vítima de erro médico como os custos do tratamento e os lucros cessantes, além de admitir o ressarcimento por outros danos pertinentes da atividade culposa do médico, p. ex., o dano moral. Esta garantia legal é dada pelo art. 949: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

Se do erro médico resultar incapacidade, ou redução, laboral a indenização será de acordo com o que o ofendido foi impedido de se acrescer com o seu ofício – lucros cessantes – e com o tratamento, além de danos morais, se for conveniente. Assim disciplina o Código Civil no art. 950, “caput”:

Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

As indenizações dos arts. 948 e 950 do Código Civil se consolidam na legislação processual impondo ao executado reserva patrimonial capaz de responder pelo adimplemento da obrigação pelo tempo que for necessário. O juiz poderá exigir do ofensor o que preceitua o Código de Processo Civil:

Art. 602. Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento.

§ 1º Este capital, representado por imóveis ou por títulos da dívida pública, será inalienável e impenhorável:

I - durante a vida da vítima,

II - falecendo a vítima em consequência de ato ilícito, enquanto durar a obrigação do devedor.

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital por caução fidejussória, que será prestada na forma dos arts. 829 e seguintes.

§ 3º Se, fixada a prestação de alimentos, sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte pedir ao juiz, conforme as circunstâncias, redução ou aumento do encargo.

§ 4º Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará, conforme o caso, cancelar a cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade ou exonerar da caução o devedor.

Esta garantia processual às indenizações visa dar segurança à vítima acometida por erro médico. Protege a vítima diante o vasto prazo que se prolongam as prestações devidas pelo ofensor na garantia de que sempre será possível o seu adimplemento e consequentemente a sobrevivência do ofendido.

O dano moral causado à vítima de erro médico pode ser cumulado aos danos materiais, as perdas e danos. Dadas as diferenças de natureza, tanto o dano moral quanto o material devem ser ressarcido, haja vista que houve o dano e todo dano deverá ser compensado. Sobre o acúmulo do dano moral com o dano

material, tem-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no acórdão:

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL E MATERIAL
- Além dos danos materiais, deve ser reparado o dano moral, que no caso se presume, dada a estreita relação de parentesco, na falta de prova em contrário. A reparação do dano moral é acumulável com o ressarcimento do dano material: se existe mais de um dano, todos reclamam reparação, sejam ou não da mesma natureza (TJ-RJ - Ac. do IV GR. de Câms. Cívs., reg. em 26-10-89 - EAp. 2.705/88 - Rel. Des. Barbosa Moreira. COAD 47849.

Conclui-se que a vítima de erro médico não só sofre o prejuízo financeiro, mas o agravamento à saúde, o constrangimento de sua debilidade, a deformação física ou até mesmo a morte provocam dano moral a si ou aos seus familiares mais íntimos. Desta forma constitui-se um dano emotivo, algo impagável, que assim, bem diz a jurisprudência neste acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do sul:

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

O dano moral trazido pela Constituição Federal de 1988, art. 5º, X, não está previsto no Código Civil vigente, mas admitido tacitamente e sem nenhum empecilho de que possa ser cumulado com os danos materiais, até mesmo porque

em algumas situações, principalmente quando ocorrem deformações estéticas-corporais, o dano moral, assim sendo também afetará o patrimônio da vítima do erro médico. Cogita-se nesta hipótese que o paciente teve sua aparência alterada para pior, cabendo não só o dano material como o moral podendo ser líquidos em ações independentes.

2.5.1 Da Prescrição

A falta do instituto da prescrição geraria insegurança jurídica, e conseguinte instabilidade que acarretaria travamento tecnológico e econômico. A prescrição significa juridicamente a perda de um direito pelo não exercício no tempo estabelecido por lei.

A prescrição para o erro médico no Código Civil de 1916 era vintenária conforme o art.177: "As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas". O prazo prescricional dado por este artigo levaria atualmente a uma grande demanda processual e inviabilizaria, em alguns casos, a comprovação do erro.

O Código Civil de 2002 reduziu o prazo prescricional na redação do art.205: "a prescrição ocorre em dez anos quando a lei não lhe haja fixado prazo menor". A prescrição no máximo de dez anos trouxe grande benefício à estabilidade jurídica, essencialmente no que preceitua prazos menores quando a lei determinar.

O médico como profissional liberal é um prestador de serviços, desta forma temos na relação médico-paciente, uma relação consumerista disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor que reduz o prazo prescricional para cinco anos a contar do conhecimento do dano e de sua autoria, conforme o art. 27: "Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria".

A prescrição do erro médico é de cinco anos de acordo com o Código de defesa do Consumidor da data do conhecimento do dano e de sua autoria. Porém,

a interrupção do prazo prescricional tem suas condições estipuladas no Código Civil e pelo Código de Processo Civil.

CAPÍTULO 3 ASPECTOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS DO ERRO MÉDICO

A satisfação civil não exclui as sanções penais ou administrativas. No Direito Penal o médico responderá por homicídio culposo onde a pena é de detenção de um a três anos (cf. art. 121, § 3º, CP), sendo aumentada em um terço se o crime resultar da inobservância de regra técnica da profissão (cf. art. 121, § 4º, CP). Em caso de lesão corporal culposa a pena de detenção é de dois meses a um ano (art. 129, § 6º, CP) e aumentada de um terço se ocorrer à inobservância de regra técnica (cf. art. 129, § 7º, CP). Além do homicídio culposo e da lesão corporal culposa o médico poderá, se ocorrer, responder por diversos crimes no exercício de sua profissão, seja na modalidade dolosa ou culposa, p. ex., o perigo de contágio de moléstia grave (art. 131, CP), perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132, CP), exercício ilegal da medicina (art. 282, CP).

As ações penais e cíveis são independentes. No entanto se ocorrer condenação penal, há reflexos no âmbito cível, isto independe de quem se trata a responsabilidade, seja em uma ação por erro médico, ou qualquer outra ação que apure a responsabilidade por dano a outrem. Neste sentido uma decisão penal condenatória, transitada em julgado, servirá de título executivo na justiça cível, isto é, a condenação penal dispensa o processo de conhecimento no que pertencer a mesma matéria, conforme o art. 584, inciso II, do código de Processo Civil. Na sentença penal absolutória por insuficiência de provas, nos termos do art. 386 do Código de Processo Penal, ao paciente caberá apenas a pretensão na área cível através de processo de conhecimento onde o paciente deverá provar o seu dano em decorrência do erro médico e, conseqüentemente, requerer o ressarcimento do dano.

A sentença penal absolutória pela falta de comprovação do fato alegado pelo paciente, transitada em julgado, inviabiliza-se qualquer pretensão pelo paciente no âmbito cível, vislumbra que o fato não alegado pelo paciente é inexistente, logo impossível a ocorrência de conduta culposa do médico, pois o fato é inexistente. Porém se a sentença for absolutória por falta de provas não libera o médico da ação cível, entretanto ao paciente caberá a apresentação de provas que demonstre a existência do fato.

No crime impossível, absolvido o médico, mesmo assim caberá ação cível onde o paciente que sofreu danos pode requerer em juízo a recomposição o prejuízo. A sentença penal condenatória no erro médico aproveita-se no âmbito civil, no entanto a condenação civil por responsabilidade civil no erro médico não significa a condenação penal.

Administrativamente o médico que trabalha em entidade pública, este poderá responder a processo administrativo em que o ente político visa, comprovada a culpa profissional do médico, o ressarcimento pelo que desembolsou, já que o município, o Distrito Federal, os Estados-Membros e a União são responsáveis por seus agentes, seja na administração direta ou indireta, segundo reza a nossa Constituição Federal, artigo 37, § 6º .

CONCLUSÃO

Presume-se que o diploma em medicina torna o médico habilitado para o exercício profissional, no entanto como qualquer outro profissional, o médico também está passivo de cometer erro no seu mister. A partir da perspectiva do erro médico é que foi levantada a hipótese de responsabilidade civil deste profissional. A responsabilidade civil do erro médico na qualidade de profissional liberal é sempre subjetiva e deverá ser em regra obrigação de meio, no entanto, devido novos conhecimentos e uma nova cultura do brasileiro, podemos ter na relação médico-paciente uma obrigação de resultado, como ocorre nas cirurgias estético-reparadoras.

O erro médico é dos mais terríveis. Verifica-se que quem está enfermo precisa, ou procura melhoras. Porém, em vez da cura vem-se um agravamento ou até mesmo o óbito em decorrência de culpa médica. A hipótese de erro médico deve ser repudiada por todos os ordenamentos jurídicos e na liquidação deste dano deverão os tribunais através de uma legislação eficiente, rápida e precisa decidir com justiça evitando o agravamento de quem já sofreu.

O cometimento do erro deverá ser apurado em todas as esferas judiciais, onde poderá ser condenatória ou absolutória, pois nem sempre o agravamento do quadro de saúde é de responsabilidade do médico. Há casos em que o paciente dá causa ao agravamento e há casos em que o agravamento, até mesmo com seqüelas, inevitável proveniente da própria enfermidade.

O que esta pesquisa propôs foi a redução dos índices de erro médico através de atitudes preventivas, tais como: melhoria na formação acadêmica, rigor na fiscalização dos Conselhos regionais de Medicina nas atividades de saúde pública ou privada e melhoria no atendimento de saúde pública. Porém, na existência do erro por culpa do médico deve-se, sempre, ser apurada a responsabilidade civil.

A responsabilidade civil no erro médico serve, não para reparar o dano sofrido pelo paciente, mas para amenizar aflição, angústia; garantir a sobrevivência ou, na pior das hipóteses - por motivo de morte - indenização aos inventariantes. Não podemos ver a responsabilidade civil apenas como perseguidora de médico,

ela deve ser justa avaliando até onde vão os efeitos da culpa que resultou o dano, verificando o grau da culpa e se o paciente foi concorrente.

O nosso ordenamento tomou para os entes públicos a responsabilidade objetiva, no caso da saúde o setor público está devendo em muito a esta teoria, da responsabilidade sem culpa, pois se tomou para si a responsabilidade que seja digna de seu cumprimento. Ademais, no serviço público de saúde não só peca o médico por seus erros, mas, principalmente todo complexo estrutural, além do que em alguns casos os médicos não têm suporte para trabalharem e aos pacientes lhes restam é a incerteza da cura. Sendo a saúde pública um direito difuso, uma garantia constitucional, cabe também ao Ministério Público a defesa da melhoria deste serviço.

Nesta pesquisa podemos ver que o caminho mais seguro para uma concreta reparação do dano causado por culpa do médico na relação médico-paciente é o suporte financeiro através de seguros profissionais.

A proposta básica deste trabalho foi centrada na vigilância que todos temos em combater o erro médico, porque na linha de frente deste erro está a vida humana, o bem mais precioso e que com a morte torna-se irreversível. Contudo, não podemos a dor dos que sofrem por erro médico deixarmos, pelo menos, sem a sua reparação civil. Sempre, nesta pesquisa, sua fundamentação foi proteger à vida, a integridade física e moral, e a proteção patrimonial, ou seja, apenas as conseqüência do erro médico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. PEREIRA, Ézio Luiz. *Vademecum 14 em 1 Universitário*. 2. ed. Leme –SP, CI Edijur, 2006.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. PEREIRA, Ézio Luiz. *Vademecum 14 em 1 Universitário*. 2. ed. Leme –SP, CI Edijur, 2006.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. PEREIRA, Ézio Luiz. *Vademecum 14 em 1 Universitário*. 2. ed. Leme –SP, CI Edijur, 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. PEREIRA, Ézio Luiz. *Vademecum 14 em 1 Universitário*. 2. ed. Leme –SP, CI Edijur, 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. PEREIRA, Ézio Luiz. *Vademecum 14 em 1 Universitário*. 2. ed. Leme –SP, CI Edijur, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 314. ANGHER, Anne Joyce. *Código civil, código de processo civil e Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Rieel, 2003.

BRASIL. Constituição Federal (1988). PEREIRA, Ézio Luiz. *Vademecum 14 em 1 Universitário*. 2. ed. Leme –SP, CI Edijur, 2006.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916.

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

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito Civil Brasileiro, v. 2: Teoria geral das obrigações*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 6. ed. São Paulo: BYK, 1996.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

* RODRIGUES, Silvio. *Direito civil, v. 4: Responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Erro Médico e responsabilidade civil*. Disponível em: http://saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/artigos/outros/erro.pdf. Acesso em: 30 abr. 2006.

VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito civil, v. 4: Responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.