

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

*** Micaely Ramos Costa**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

****Rodrigo Márcio do Carmo Silva**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, pós graduado em Direito Público

RESUMO

O presente trabalho se desenvolveu tendo como referência a relação médico-paciente. Antes, tinha-se respeito reverencial pelo médico, mas subsistia contato humano. Havia a figura do médico de família, que frequentava até seu círculo de amigos. O respeito e a humildade do paciente foram, aos poucos, sofrendo incrementos que distanciaram o médico. Inicialmente foram abordados os aspectos globais da responsabilidade civil, aspectos estes indispensáveis ao bom entendimento do assunto. Posteriormente, enfocou-se nos erros ocasionados pela má prestação de serviços médicos citando formas de suprir a carência da vítima na produção das provas.

Palavras-chave: Erro médico. Responsabilidade civil. Culpa. Dano. Produção de prova.

1 INTRODUÇÃO

O século XX trouxe vários complicadores para a já desigual relação médico-paciente.

A vida é um dos valores inerentes à pessoa humana. Sua origem natural permanece misteriosa. O Máximo que se possa dizer é que a uma associação de elementos que produzem ou que dizem respeito a determinadas condições em que ela se produz. Certo é que, sem a vida, a pessoa humana não existe como tal. O caráter associativo das pessoas faz com que uns dependam dos outros, por várias necessidades, faz da vida um valor qualquer que seja a sociedade desde as mais precárias às mais desenvolvidas. A partir do momento em que se concebeu a vida como valor, passou-se a respeitá-la mantendo as peculiaridades a ela atribuídas pela sociedade, de acordo com a cultura de cada povo.

A evolução da medicina e os contantes progressos biotecnológicos deram vazão a varias discussões. É sabido que, forte corrente abandonou a idéia de vida como simples respirar, isto é, não somente como garantia de sobrevida, ou como garantia da “batida do coração”. A discussão que permeia a garantia do direito a vida versa, não raramente, em relação à sua qualidade e à sua dignidade, como discussão diária.

Para que o trabalho seja realizado, e necessário questionar qual a natureza jurídica da relação que se constitui entre medico e paciente. No âmbito jurídico não é verdadeiro afirmar que a relação contratual é diferente das demais relações contratuais, porque permeada por valores éticos, extraídos Código Ética Medica e expostos como metajurídicos. Não é só o contrato de prestação de serviços médicos que é permeado por valores éticos, todos os contratos são. Entretanto, não são quaisquer valores que não são valores metajurídicos. A relação contratual em foco, como qualquer outra, informado pelos princípios da boa fé contratual, da justiça contratual e da autonomia da vontade. Os princípios são normas jurídicas assim como as regras. Eles contem valores, apesar de não serem valores.

Ressalta-se que responsabilidade civil na área da saúde é matéria que esta em constante desenvolvimento, na medida em que acompanha o próprio progresso da medicina, e a jurisprudência não perde esse ritmo. O cerne da responsabilidade civil esta na idéia de quem causa um dano a outrem deve providenciar a sua integral reparação, não se podendo perder de vista, portanto, os pressupostos da obrigação de indenizar: ação, dano, nexo de causalidade.

Assim, analisar-se-á ao decorrer desde trabalho as características mais relevantes da relação médico-paciente e os aspectos decorrentes destas.

2 HISTÓRICO

Desde os primórdios sempre houve a sede freqüente de se avaliar o dano sofrido por um individuo, com intuito de averiguar a responsabilidade do autor do ato, e determinar a punição que deveria sofrer ou o valor peculiar que estaria obrigado a fazer.

Para se chegar ao paradigma da dignidade da vida, acredita-se interessante proceder a uma pequena abordagem histórica sobre o direito do indivíduo ao próprio corpo.

E, é na Lei das XII Tábuas, a qual, diga-se de passagem, tem importância indiscutível, bastando dizer que foi ela responsável pelo surgimento do Direito Civil e das leis, em que se encontram as disposições mais antigas acerca do tratamento dispensado ao ser humano, como vemos a seguir:

Fragmentos da Lei das XII Tábuas

TÁBUA SEGUNDA

Dos julgamentos e dos furtos

9. Se alguém, sem razão, cortar árvores de outrem, que seja condenado a indenizar à razão de 25 asses por árvore cortada.

TÁBUA SÉTIMA

Dos delitos

1. Se um quadrúpede causar qualquer dano, que o seu proprietário indenize o valor desse dano ou abandone o animal ao prejudicado.

2. Se alguém causar um dano premeditadamente, que o repare..

9. Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses.

TÁBUA OITAVA

Dos direitos prediais

11. Se a água da chuva retida ou dirigida por trabalho humano causar prejuízo ao vizinho, que o pretor nomeie cinco árbitros, e que estes exijam do dono da obra garantia contra o dano iminente (gripo nosso).

Àquela época, por volta do ano 462 a.C., o valor do indivíduo era reconhecido pelos créditos que possuía, além do poder que dispunha, comprovando-se tal assertiva em algumas disposições da lei supramencionada, que permitia a morte e o acorrentamento de seres humanos como manifestação da justiça, nas situações em que devedores não saldassem suas dívidas.

Mais foi somente através dos séculos que o direito à vida passou a ser reconhecido e protegido como valor jurídico. Antes, o que existia era a origem humana e social deste direito. É que não havia qualquer formalização para garantia do direito à vida, e sua proteção era feita de forma reflexa, no sentido de que, quem a desrespeitasse, atentando contra ela, era punido.

Passo a passo, com a evolução, que levou séculos, chega-se aos dias atuais. Cabe aqui afirmar que, embora o Brasil através de sua legislação penal atribua pena ao homicida, isto desde 1830, a garantia do direito à vida, como expressão constitucional, somente veio à baila pela carta da República de 1988, inserido no caput do art. 5º, senão vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade [...] (BRASIL, 2012).

A polêmica com assunto surge quanto à relação entre médico-paciente, pois há grande resistência entre os profissionais de saúde quando se determina o liame existente contratual, um contrato de prestação de serviços médicos. Os danos causados em razão de erro na prestação de serviços médicos, dando enfoque à dificuldade de produção de prova por parte do paciente devido, principalmente, à sua hipossuficiência frente ao profissional da medicina.

3 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No campo médico, pode-se dizer que a ação consiste em uma lesão do direito à vida, à integridade física ou psíquica. Já o dano pode ser material, moral ou estético, sendo que o art. 951 Do Código Civil estabelece:

O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal ou causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho.

Acrescente-se que são variadas as formas que os profissionais da área de saúde produzem danos indenizáveis aos seus pacientes. A lesão à vida e a integridade física podem ocorrer não apenas em casos de erro médico propriamente dito, mas também de falhas no dever de informação, ausência de recomendações e de exames no pré e pós-operatório, erros de diagnósticos, omissão de socorro etc.

É de geral conhecimento ser a responsabilidade civil subjetiva regra em nosso ordenamento jurídico, tendo como fundamento a culpa e demanda a análise da existência de vontade de lesar ou de conduta negligente, imprudente ou imperita. Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva é excepcional, tem como fundamento o risco e exige apenas a verificação de nexos causal entre a ação e a lesão, sendo irrelevante o aspecto subjetivo ou o comportamento do ofensor.

Nas obrigações de resultados o devedor está obrigado a obter um determinado objetivo e o lesado apenas tem que mostrar que a finalidade não foi atingida, sendo presumida a culpa do primeiro. De outra feita, nas obrigações de meio, o devedor está obrigado a empregar todos os meios possíveis, para alcançar a finalidade acordada, sendo que o lesado deve provar sua culpa na frustração do negócio.

Ainda que esteja diante de uma obrigação de meio responsabilidade subjetiva, deve-se buscar o sentido da ampla reparação dos danos, não se podendo conceber que, pela dificuldade probatória, fique a vítima do mal injusto desprovida de qualquer compensação. Nessa toada, a inversão do ônus da prova surge como ferramenta para minimizar a vulnerabilidade do lesado, bem como para favorecer a segurança e prevenção tuteladas pela ordem jurídica em uma sociedade de risco, como será visto.

2.1 Responsabilidade subjetiva

Pode-se afirmar que a responsabilidade subjetiva é aquela em que para que seja o agente causador do dano responsabilizado pelo dano causado deverá ser provado que agiu com culpa. É então indispensável a prova da culpa nos casos de responsabilidade subjetiva.

Assim, estabelecia o código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09) em seu capítulo III: [...] “Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.”

A regra geral é a de que os médicos têm responsabilidade civil subjetiva, ou seja, que depende da demonstração da culpa, nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia. Nesse sentido, dispõe o art. 14 § 4º, do Código de defesa do consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos [...]
§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz esclarece:

A responsabilidade civil do médico é contratual e traduz uma obrigação de meio, de modo que não contém o dever de curar o paciente, mas sim de prestar cuidados atentos e conscienciosos, de acordo com os progressos da medicina (DINIZ, 2002,).

E nem poderia ser diferente, diante da inviabilidade de se obrigar que os profissionais da área de saúde garantam e obtenham a cura de seus pacientes. O sucesso de tratamentos e intervenções médicas dependem também de fatores genéricos, da condição de saúde dos pacientes e de circunstâncias imprevisíveis. Desse modo, É razoável exigir que os profissionais lutem pelo melhor resultado possível, sem responsabilizá-los pelo imponderável

A responsabilidade desses profissionais, portanto, dependerá da análise da sua conduta, e não propriamente da conclusão do seu trabalho. Assim, ausente a prova da culpa, não se configura a obrigação de indenizar.

2.2 Responsabilidade objetiva

Em regra, os hospitais, laboratórios, clínicas e sociedades de médicos respondem de forma objetiva pelos danos causados a seus pacientes com fulcro no Art. 14 do CDC: “Poderá até ocorrer responsabilidade solidária do médico e da sociedade, valendo para o primeiro a responsabilidade subjetiva e, para a segunda, a objetiva”.

Portanto, é preciso esclarecer: quando se trata de responsabilidade do nosocômio, em razão da atuação dos profissionais de seus quadros, há necessidade de prova de culpa (negligência, imprudência e imperícia) por parte de seus prepostos. Em outras palavras, o hospital responde de forma objetiva pela conduta culposa daquelas que agem como seus prepostos. Em outras palavras, o hospital responde de forma objetiva pela conduta culposa daqueles que agem como seus prepostos. Assim disserta o art. 932, III do Código Civil: “Art. 932 São também responsáveis pela reparação civil: [...] III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

Na verdade, os hospitais responderão objetivamente, mesmo em relação aos serviços inerentes ao seu estabelecimento comercial, tais como: instalações, enfermagem, estada, exames e equipamentos.

Nos casos de responsabilidade objetiva cabe a vítima apenas provar o dano sofrido e o nexo de causalidade entre o dano e a atividade desenvolvida pelo agente, ficando dispensada da prova da culpa.

A Teoria da responsabilidade objetiva não pode ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei. O princípio da responsabilidade no Código Civil é o da responsabilidade subjetiva, sendo a responsabilidade objetiva exceção.

2.3 Responsabilidade e reparação

As vítimas de erros médicos foram colocadas, de forma estratégica, na escuridão da injustiça: se não morre arrastam-se com o peso das seqüelas, atormentadas pela angústia da dúvida sobre a efetiva reparação dos danos. Tome-se, como referência, o drama da americana Linda McDougal, que sofreu uma mastectomia dupla, para combater câncer agressivo, apontado por biópsia de material indicado em mamografia sem necessidade, por que ocorreu troca de exame pelo patologista. A mulher que deveria extrair os seios era outra e não ela. O erro, que chocou a opinião pública, que dele soube por programas televisivos, foi motivo de reportagem que se

encerra com um sugestivo: “ninguém foi punido”. (DIÁRIO DE SÃO PAULO, 22/01/03, B-7).

A essência da medicina preditiva, esclareceu Sergio D.J.Pena:

Como o próprio nome indica, é a capacidade de fazer previsões quanto à possibilidade de que o paciente venha a desenvolver alguma doença (nível fenótipo) com base em testes laboratoriais em DNA (nível genotípico). Assim, a capacidade preditiva do teste vai depender do nível de relacionamento do gene testado com a doença. Por exemplo, imaginemos a situação de um indivíduo jovem, filho de uma senhora na qual foi diagnosticada a Coreia de Huntington, uma doença neurodegenerativa autossômica dominante causada por um gene de grande efeito localizado em 4p16.3. A detecção neste indivíduo jovem de uma mutação permitira a afirmação de que inevitavelmente ele virá desenvolver a mesma doença que sua mãe no futuro, independente de qualquer medida que ele possa tomar. Neste caso, então, tem-se um diagnóstico pré-sintomático.

A ordem jurídica adapta-se com espantosa facilidade às transformações sociais e, não raro, apresa o ritmo de sua atualização, quer pela publicação de legislação atualizada quer pela coragem dos juízes que emitem sentenças inovadoras estimulando a jurisprudência do futuro. O exame de DNA que a ciência médica emprestou para a justiça resolveu o problema da prova da investigação da paternidade, sem contar o seu inestimável auxílio na identificação da autoria de crimes graves, quando cometidos com vestígios que propicia esse tipo de exame.

A reparação de danos prioriza com racionalidade a posição do lesado os cientistas do direito inventam técnicas e mecanismo para que a regra *alterum non laedere* ou *neminem laedere* (não fazer mal a ninguém) torne-se realidade. Reparar significa, na técnica moderna do direito das obrigações, uma espécie de ato de império ou submissão do risco da atividade desenvolvida ao dano provocado independentemente da prova da culpabilidade. Compreende-se a distinção, conferindo-se o teor do parágrafo único do Art. 927 do Código civil:

Art. 927 Haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

É curioso observar que a obrigação de indenizar atingiu importância social significativa, não só pela sua função primária (de recompensar o prejudicado, recompondo seu patrimônio moral e material), como também pela vantagem sociológica. Uma sentença condenatória exemplar recomenda, como serviço de cidadania, a reflexão dos envolvidos e dos terceiros que tomam ciência dos fatos (nesse ponto, a mídia auxilia e muito, com divulgações de julgamentos de interesse popular), e essa repercussão termina por produzir consequências gerais positivas, apurando hábitos, costumes e atitudes. Na medida em que a sociedade de conscientiza de seus direitos e da não impunidade civil dos comportamentos hostis, agressivos e ilícitos, as pessoas reivindicam respeito à dignidade delas e, naturalmente cultuam o valor evolutivo.

Devemos acreditar que a ordem jurídica não nos decepcionará nessa caminhada, em busca de segurança e prevenção. Josserand (2010, p.123) afirmou que: “quanto mais aumenta os riscos do cotidiano agitado da vida moderna, maior é a nossa expectativa de uma certeza pela reparação dos prejuízos que suportamos, renunciando”.

A responsabilidade contratual está em marcha: ela afasta do seu caminho a responsabilidade delitual, é ilícito perguntar-se, um dia, os Tribunais não declaram, o médico ou o cirurgião responsável contratualmente pelos danos causados a seus clientes, por um tratamento contra indicado, por uma intervenção intempestiva ou infeliz. A responsabilidade contratual ganha terreno, espalha-se como uma mancha de óleo e não se sabe onde deterá na sua marcha progressiva, ora, os seus progressos são também os da responsabilidade em geral, pois, graças a ela, a vítima dum dano obtém mais facilmente, mais seguramente, uma justa reparação. A teoria dita da responsabilidade contratual opera à maneira de um transformador de alta tensão, intensifica a corrente da responsabilidade, cuja natureza modifica.

3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O direito que se aplica no Brasil mudou a partir de 1990, quando entrou em vigor CDC. A norma foi editada para se cumprirem dois mandamentos constitucionais: proteger o consumidor e valorizar o princípio da dignidade humana. Merece transcrição o seguinte comentário de Caio Tácito:

“na evolução da ordem jurídica, o ser humano, que primeiramente se tornou pessoa, como titular de direito, mais tarde assumiu a qualidade de cidadão, investindo de direitos políticos, conquista agora uma nova qualidade de preservação de sua vida cotidiana. O desamparado de ontem, é agora S.Exa. o consumidor, dotado de recursos eficazes para a afirmação de seus direitos e a reparação de eventuais prejuízos que venha a sofrer no cumprimento de suas necessidades elementares”.

A pessoa que figura como paciente de médico é consumidor, na forma dos arts. 2º e 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90. A inversão do ônus da prova é parte da facilitação de defesa, como o de acesso do consumidor à ordem jurídica, para que possa efetivamente se realizar a justiça. Diz inciso VIII do art. 6º senão vejamos:

Art.6º 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 da experiência (BRASIL, 2012).

Já é sensível o salto de qualidade na atividade judiciária, por conta da legislação consumerista. Facilitou-se o acesso ao judiciário para que as pessoas reivindiquem respeito a direitos antes não postulados, pela descrença no êxito da provocação. No que se refere à proteção daqueles que se relacionam com hospitais, clínicas, ou qualquer entidade fundada para prestar serviços médicos e hospitalares, incide a teoria da responsabilidade objetiva. Nesse contexto, incluem-se as sociedades de médicos que exploram a medicina de maneira empresarial, pois se os médicos perdem a pessoalidade da prestação de serviço, são tratados como fornecedores, subordinando-se à responsabilidade objetiva. No caso poderá até ocorrer responsabilidade solidaria do médico e da sociedade, vigorando, para o primeiro, a responsabilidade subjetiva e, para a outra, a objetiva.

Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 98) recomenda:

em ações de responsabilidades civil, motivadas por infecção hospitalar, a pertinência de uma investigação da rotina do hospital da política de prevenção da infecção, com observação de que é quase impossível chegar ao resultado de índice zero. Se a diligências constantes nesse sentido, não há culpa do estabelecimento.

Vive-se o estágio próprio do anticlímax do resguardo do direito de saúde, que é preceito constitucional. É certo que a assistência médica a ser prestada por órgãos públicos depende de incentivos financeiros para recuperação tecnológica e aperfeiçoamento do material humano, pelo que somente uma política atuante poderia se revelar capaz de reverter o quadro de carência que atormenta a população de baixa renda, realmente vítima da inoperância do atendimento público.

O judiciário pouco ou nada poderá contribuir nesse setor; entretanto, o que se refere ao controle da qualidade dos serviços prestados, os juízes exercem uma atividade censória pelas sentenças civis e penais, uma missão relevante, contribuindo (porque os conselhos de ética estão se empenhando em apurar, punir com cassação da licença, os poucos médicos indignos) para que o tratamento médico ocorra com segurança. As sentenças são armas de uma política de conscientização setorial. Um judiciário coerente estimula revisão de conceitos, retomada de valores, modificação de contundas e aprimoramento de técnicas de serviços. Se os profissionais sentem que são mais exigidos pelos consumidores e que as sentenças estão rompendo redutos em que a impunidade reinava, naturalmente, por instinto de defesa, eles criam métodos eficazes de eliminação das reclamações que são transformadas em severas indenizações e que estigmatizam os médicos como inábeis, com comprometimento do currículo e de uma carreira promissora.

As vítimas estão obtendo resposta aos anseios, obtendo indenizações que prometem resgatar o corpo e a alma feridos. Não é, todavia, o ideal, porque existem casos médicos que não são indenizados, apesar do resultado danoso irreversível, concretizando julgamentos inexplicáveis para a consciência dos que vivem e lutam pelo direito. Justamente para contornar o espanto de certos absurdos, é sugerido o melhor aproveitamento da técnica da inversão do ônus da prova em ação de responsabilidade civil para reparação de danos causados por erro médico, por consubstanciar sistema (legítima, frise-se) capaz de eliminar o risco da dúvida que

fundamenta as sentenças que deixam órfãos de justiça os pacientes lesados, sem comprometer a segurança do devido processo legal.

As sentenças são armas, escrevi linhas atrás, de uma política de conscientização setorial. Combatem a cultura da transgressão (a difusão da idéia de que “nada é proibido, e, por tanto, a própria noção de infração se despoja de significado”). São, no entanto, armas que só funcionam como se fossem baterias conectadas; a falha de um equipamento torna todo o seu poder vulnerável. Daí a necessidade de se construir uma ordem jurídica infensa a erro judiciário, como o de não amparar uma vítima de erro médioco, por questões probatórias.

O renomado Calmon de Passos garantiu:

O direito é a única forma de realização histórica da justiça, completando: uma ordem jurídica realiza tanto mais justiça quanto menos necessidades deixa insatisfeitas e quanto menos expectativas desatendidas ocasiona, e tanto mais injusta quanto mais desigualiza privilegiando, com o que agrava o número de excluir e dos insatisfeitos (PASSOS, 2003, p.151).

Nas ações de responsabilidade civil, derivadas de culpa do médico, o desafio da profissão médica criou uma aura de falibilidade do erro, que secundarizava a posição do paciente, relegada a plano inferior (vítima do destino). A evolução da teoria da responsabilidade civil criou opções inaplicáveis para os casos de erro médico: a socialização dos riscos (seguro para todos, indistintamente, como forma de garantir indenização tarifada para os infortúnios dos tratamentos), sonhada por Wilson Melo da Silva e realmente ideal, é impossível de ser implementada pelo poder público, devido a dificuldades econômicas do país; a responsabilidade objetiva do profissional liberal é, igualmente, uma sugestão que deve ser descartada, para não sacrificar o ideal dos abnegados médicos que praticam o seu mister com denodo, retidão superando desafios invencíveis impostos pela pobreza da população e precariedade do sistema hospitalar.

Espera-se que a “inversão do ônus da prova” sirva ao processo socialmente justo e, tal como a pólvora que foi utilizada para mudar o mundo, transforme - se em modelo de construção de sentenças que cicatrizem, pela reparação civil, as seqüelas do erro

médico comprovado, pela culpa, ou não explicado pela ciência permitindo que se projete, nesses casos, a luz da justiça.

3.1 Carga dinâmica da prova

A teoria da carga dinâmica da prova é utilizada em casos de resultado adverso e que não se explicam. A vítima não tem mais nada a provar, por tanto quem tem que produzir a prova é o médico. Incide quando se percebe que o profissional adota posição passiva quanto ao dever de cooperação processual na descoberta da verdade, ficando na defensiva e deixando de apresentar os prontuários e outros documentos que estão ao seu poder.

O adequado é que as partes ajam com lealdade processual e que os médicos colaborem com a formação da cognição judicial, juntando aos autos todos os exames, prontuários e eventuais vídeos atinentes ao caso. Mas, por vezes, há réus que sonegam dados e elaboram manifestações que estimulam laudos periciais não conclusivos. Nessas hipóteses, a inversão do ônus da prova detém essa tendência nociva e força o demandado a se concentrar na demonstração de sua conduta regular na prestação de serviço.

Não se pode mais exigir que os lesados por intervenções médicas se conformem no papel de “vítimas do destino”. Daí a importância da ampla investigação sobre a conduta dos profissionais da área de saúde e da prova de que atuam de forma consciente, atenciosa e prudente em relação aos seus pacientes, o que se espera legitimamente daqueles que escolhem lidar com a vida e a integridade física das pessoas.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A complexidade da ciência médica, das técnicas utilizadas e do corpo humano torna especialmente problemática a questão da prova na responsabilidade civil médica, sobretudo no que tange à demonstração do nexo de causalidade entre a conduta ou omissão dos profissionais e o dano suportado pelo paciente.

Se a obrigação é de meio, é necessário comprovar que o médico deixou de dispor dos meios possíveis para obter o resultado favorável ao paciente, ou seja, é preciso demonstrar conduta culposa, caracterizada pela imprudência, negligência ou imperícia.

O problema é que o paciente encontra - se em situação de hipossuficiência econômica e técnica. Como pondera Carlos Roberto Gonçalves (2008, p.96): “na pratica, a comprovação de negligência, imprudência e imperícia por parte dos médicos constitui verdadeiro tormento aos lesados pelos desmazelos e despreparos profissionais”.

Assim, diante de deficiências probatórias, é comum que os pedidos de indenização acabem sendo rejeitados pelos juízes, tendo as vítimas que se conformar com a posição de desafortunadas do destino.

4.1 Natureza da responsabilidade médica

Os médicos são profissionais liberais, e, por isso, se submetem no que tange à responsabilidade civil, que exigem a prova da culpa como sucedâneo do dever de reparar os danos. O dever de indenizar, para esse seguimento, não decorre do risco da atividade que exercem. Estão, pois, em princípio, livres da teoria do risco profissional e da responsabilidade objetiva.

O tratamento jurídico diferenciado justifica – se pela natureza da obrigação. Titulares passivos de uma obrigação de meios, os médicos não respondem pelo resultado da empreitada ainda que adverso. A pessoa com a saúde débil corre grave risco de sucumbir pela fragilidade da vida, e não seria lógico carrear ao médico que se encarregar de socorrê-la (e que é incapaz de dominar por mais sábio e competente que seja os mistérios da cura) a missão de salvamento. A ordem jurídica, cônica dos desafios que os médicos suportam na labuta diária, sempre reservou um crédito de confiança a esses artífices de uma função sublime, sem dispensar a “cláusula de incolumidade”, que obriga o médico a manter o paciente informado da doença e dos cuidados tomados para evitar “prejuízo fora das circunstâncias do momento”

Não obstante o contrato de prestação de serviços médicos tenha como objetivo natural a recuperação do paciente, o vínculo apresenta o conteúdo de verso do que respeita ao fator cumprimento (adimplemento), porque, para a execução do contrato, passa a ser relevante o comportamento profissional do devedor (médico), fator decisivo para que um determinado resultado (cura) possa ser obtido. Quando não se alcança tal resultado ou se projeta uma conclusão diferente, inesperada e inexplicável, a responsabilidade do médico dependerá da análise de seu comportamento. Como se exige sempre do médico um desempenho diligente e leal, será ele responsável em se provando o desvio dessa conduta ou omissão de certas precauções que são indispensáveis no mister compromissado.

O médico, por tanto, assume uma obrigação de meios. Todavia, para o médico que presta serviço de cirurgia plástica estética ou embelezadora, a obrigação ao contrário, passa a ser de resultado, diante de sua finalidade.

4.2 Cirurgia plástica

A história da cirurgia plástica remonta à Antiguidade. A partir do século VIII a. C., há registros de transplantes de pele e de reconstrução da face realizados na Índia e na Roma antiga. Mas essa especialidade médica que começou como procedimento reconstrutivo hoje é quase sinônimo de tratamento estético. São mais de 645 mil cirurgias plásticas realizadas anualmente no Brasil, sendo a maioria (69%) com finalidade estética, tanto em homens como em mulheres, são implantes de silicone nos seios, lipoaspiração (em diversas partes do corpo) e face. Já nos homens são pálpebras, nariz, e lipoaspiração.

É claro que quem procura uma cirurgia de caráter estético quer ficar sem 100% satisfeito quando isso não ocorre surgir às ações judiciais de indenização que visam a responsabilizar médicos e instituições pelo resultado negativo ou no mínimo aquém das expectativas.

A regra para a responsabilidade civil decorrente de erro médico é que ela seja subjetiva, entretanto, na cirurgia plástica estética, a situação muda e a

responsabilidade civil passa a ser objetiva. Isso por que se entende que a obrigação é de resultado, enquanto que na primeira hipótese é de meio.

Ressalva-se o caso de cirurgia plástica corretiva, pois aí se tem a necessidade em proceder à operação. Por tanto, no caso de erro médico a responsabilidade civil seria subjetiva, ou seja, teria que restar comprovada a culpa do profissional.

Assim, a culpa no erro médico se presume somente em cirurgia plásticas estéticas, sendo mais do que lógico esse entendimento.

Mesmo que a obrigação seja de resultado, cabe ao cirurgião observar o art.333, II, do CPC, senão vejamos: “Art. 333 inciso II. Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

É preciso verificar as situações caso a caso e, de toda forma, ainda que se considere tratar de obrigação de meio, é adequada à inversão do ônus da prova.

Ninguém se expõe a uma cirurgia plástica se não for para obter melhorias em seus aspectos físicos. Sendo assim, se, após a operação, o paciente adquirir um efeito obviamente pior que o anterior fica evidenciado o dever de indenizar do cirurgião.

Contudo, não se pode esquecer que, como todo procedimento médico, a cirurgia plástica também esta sujeita a diversos fatores alheios à conduta do profissional (condições orgânicas da pessoa, por exemplo) e que a avaliação do resultado obtido envolve as opiniões e as expectativas do paciente, possuindo, por vezes um grau de subjetivismo que não pode ser desconsiderado.

4.3 Da prova nas ações de indenização por erro médico

A verificação de culpa do profissional médico e a sua responsabilização por erros cometidos no exercício da profissão busca-se garantir ao ofendido a devida reparação pela lesão sofrida, arrolando-se na dita responsabilidade objetiva (sem culpa) o estabelecimento hospitalar onde o profissional prestou o serviço defeituoso;

o estado, no caso de atendimento pelo SUS; e as operadoras de planos de saúde se o atendimento foi prestado por intermédio de convênios.

Nas ações de responsabilidade por erro médico a prova da culpa é de árdua apuração, por não fica claro a existência de um contrato.

Abrange o Código civil, a prova da culpa e do nexo de causalidade encarrega à vítima ou a seus sucessores, tanto nas relações contratuais e extracontratuais. A obrigação de produção de provas desfavoráveis ao médico era quase impossível, devido auto-insuficiência do conhecimento do paciente diante ao médico.

Pode ser produzido qualquer tipo de prova legalmente admitida, porém, a prova de maior valor significativo é a prova pericial, na maioria das ações que versam sobre a responsabilidade do médico. Diante da complexidade da causa o julgador necessita de um conhecimento técnico para que possa constatar existência de culpa e do nexo de causalidade.

Como a maioria dos acompanhantes dos pacientes são leigos sobre o conhecimento da ciência médica, a prova testemunhal é de pequena saliência, pois necessita da riqueza de detalhes para o convencimento do julgador.

A inobservância do profissional mediante exames preliminares feitos no paciente poderá ter valor decisivo como prova documental, quando, pois esse procedimento é de extrema relevância caso aconteça futuras complicações.

A prova pericial é extremamente importante na apuração da responsabilidade civil médica e exige-se que o *expert* atue com total imparcialidade, apesar de ter de averiguar a conduta de uma pessoa pertencente à sua classe profissional. Nesses termos, o Código de Ética Médica (1994) dispõe que é vedado ao médico: art.98. Assim estabelece: “Deixar de atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou como auditor, bem como ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência.”

Apesar da importância que o laudo técnico possui para o julgamento, é preciso lembrar que a perícia é um elemento de prova e não vincula necessariamente o

magistrado, que deve considerar a totalidade do conjunto probatório produzido. Ademais, e sem intenção de afirmar que há corporativismo em prol da impunidade não se pode esquecer que as incertezas e imprevisibilidades da ciência médica aliadas às dificuldades do caso concreto podem levar o *expert* a priorizar uma resposta incompleta ou fundada no risco inerente, servindo para justificar um *non liquet injusto*.

A falha na conduta do profissional não se enquadra nas provas dos exames preliminares, pois estas são anteriores ao erro de execução da cirurgia. Para que seja detectado o erro, o julgador dependerá de um tipo de prova especial, com uma complexidade superior, chamada prova pericial, e que nem sempre é acessível a parte autora. Uma das condições de se tornarem difíceis, é a condição econômica que a vítima possui para a contratação de um profissional perito que realize a análise técnica de exigência da causa.

Perante o juiz o perito na maioria dos casos, não tem coragem de afirmar a existência do erro e do nexo de causalidade, deixando o paciente no prejuízo. Isto ocorre por medo de retaliação dos colegas ou por medo de enfrentar situação parecida e lhe darem um parecer contrario quando estiver enfrentando situação idêntica, esta conduta é classificada como corporativismo, que em regra é a imposição do profissional em demonstrar as falhas de outros.

Entretanto para que o paciente não sofra com o cooperativismo entre os médicos o legislador deverá aumentar a responsabilidade do perito, para os casos em que este não executar com clareza e prestar seus serviços à justiça.

5 AUTONOMIA PRIVADA E CONSENTIMENTO INFORMADO

No campo biológico o poder de autodeterminação do paciente pode ser sintetizado na expressão “consentimento informado”.

Essa expressão, porem não deve ser utilizada no direito, que de longa data serve-se de outro termo, mais abrangente e próprio, para designar o que aquela se refere: autonomia privada ou autonomia da vontade.

Autonomia da vontade tem uma conotação subjetiva, psicológica, em quanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real. Ao direito resta analisar a manifestação concreta da vontade e não suas causas e características intrínsecas. Não é objeto do direito perquirir sobre o conteúdo da consciência interna de cada ser. Daí decorre nossa preferência pela expressão “autonomia privada”.

Nos dizeres de Francisco Amaral (2003, p.85): “autonomia privada é o principio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”.

Devemos destacar que se trata de um principio, isto é, uma norma jurídica, imperativa que atua como diretriz para outras normas (plano de justificação) ou como solucionadora direta de problemas jurídicos, com aplicação imediata a um caso concreto, que determinará seu conteúdo (plano de aplicação).

Como agentes internos delimitadores desse conteúdo, apresentam-se a ordem publica e os bons costumes. Saliente-se que a dignidade da pessoa humana é componente da noção de ordem publica.

5.1 Requisitos de validade da autonomia privada

Além de respeitar a ordem publica e os bons costumes, o exercício da autonomia privada, como manifestação humana que pretende produzir efeitos jurídicos, exige requisitos de validade, são eles: informação, discernimento e ausência de condicionadores externos.

No momento em que emitir sua decisão, o paciente deve estar esclarecido do diagnostico, do tratamento mais adequado a se implementar e de seus efeitos, positivos e negativos. A decisão deve ser revestida do maior numero possível de informações, que devem ser passadas de forma clara e abrangente, avaliando as opções de tratamentos, riscos e benefícios.

O paciente precisa ter discernimento para tomada decisão. Discernimento significa estabelecer diferença, distinguir, fazer apreciação. Exige-se que o paciente seja capaz de compreender a situação em que se encontra. Em direito, a capacidade de fato, ou capacidade para o exercício, normalmente se traduz em poder de discernimento, no entanto, diante do quadro clínico o médico deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões.

Por fim a autonomia privada requer que não haja condicionadores externos à manifestação externa de vontade, isto é, a vontade deve ser livre, não podendo comportar quaisquer vícios, seja sociais ou de consentimento. Os únicos condicionantes admitidos são os da própria consciência do paciente.

5.2 Direitos e deveres

Pautando na autonomia privada do paciente, que como partícipe no processo de intervenção médica deve ser ouvido e ter sua vontade respeitada, exige-se certas condições:

O paciente, representante ou responsável precisa ser informado do diagnóstico, da evolução da enfermidade, das alternativas de tratamento, seus riscos, benefícios e possíveis seqüelas;

A intenção do agente de saúde voltar-se-á para uma finalidade positiva, devendo os efeitos positivos da intervenção ser proporcionalmente superiores aos efeitos negativos.

A técnica interventiva terá de ser imprescindível, não podendo ser substituída por outra com menos efeitos negativos.

Todavia note-se, ainda, que a morte é etapa da vida. É dever do médico aceitá-la, não utilizando procedimentos que prolonguem a dor e o sofrimento.

6 CONCLUSÃO

A vida deve ser considerada em todos em seus aspectos, não só no aspecto biológico. Para tanto, cada situação pede uma abordagem e o prolongamento da vida não pode identificar se com o prolongamento de sofrimento.

Drauzio Varella falou aos estudantes de medicina ser função primordial do médico, “aliviar o sofrimento humano”, e encerrar o texto os subscritores reconhecem que os profissionais da saúde cumprem o encargo com desempenho exemplar, superando as dificuldades das faltas de estruturas dos hospitais e departamentos, bem como a falta de recursos financeiros para exames que fechariam diagnósticos. Os erros acontecem e a esperança é que as sentenças não arrefeçam o compromisso médico, mas sim, que estimulem o desejo de aperfeiçoamento em busca da dignidade do ser humano.

Conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é fio condutor de todas as relações jurídicas. São as incorporações de valores, como liberdades e dignidades, à vida e irigidos à categoria de princípio, que, como tal, é norma jurídica imperativa. Sua utilização pode dirigir outras normas, auxiliando na criação, interpretação e aplicação desta, ou pode fazer de per si, diretamente e em caráter principal.

A autonomia privada compõe a dignidade da vida humana e permite sua realização. A relação jurídica médico-paciente é relação contratual, conformados por valores integrantes do sistema jurídico e expressos, principalmente por princípios. Além da ordem pública e dos bons costumes, a autonomia privada do paciente exige que este tenha conhecimento do seu diagnóstico, que devem, por tanto, ser expressos de forma clara e inteligível. Para emitir sua vontade, o paciente deve, ainda, possuir discernimento, devendo avaliar, no caso concreto, sua maturidade e nível de consciência.

Por fim, a manifestação de vontade não pode sofrer condicionamento externos, que causariam defeitos ao ato jurídico praticado, maculando por vícios do consentimento ou por vícios sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BUSNELLO, Saul José; PASQUALINI, Vitor Hugo. Responsabilidade civil subjetiva do advogado profissional liberal. **Prática Jurídica**, Brasília: Consulex, v.11, n.119, p. 31-35, 29 fev. 2013.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 15.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Dano moral coletivo nas relações de consumo . **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.21, n.82, p.87-109. abr./jun. 2012.

MATIAS, Monalessa Aparecida. Erro médico: aspectos gerais da responsabilidade civil médica na cirurgia plástica. **UNESC em revista**. Colatina: União de Escolas de Ensino Superior Capixaba, v.9, n.21, p.55-73. set. 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil, v.3**: contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, v.4**: responsabilidade civil. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTIAGO, Jorge Correia Lima. Responsabilidade objetiva do profissional. **Visão Jurídica**, São Paulo: Escala, n.67, p. 64-65, 2011.