

RESPONSABILIDADE MÉDICA

ROBERTO AUGUSTO DE CARVALHO CAMPOS,
ROSMARI APARECIDA ELIAS CAMARGO, OSWALDO FRÓES

Associação Paulista de Medicina

Endereço para correspondência: Av. Brigadeiro Luís Antônio, 278 — 3º andar — Bela Vista —
CEP 01318-000 — São Paulo — SP

O papel do médico sofreu profundas e importantes alterações na sociedade ocidental desde a Antiguidade até o presente, o que se refletiu na sua relação com o paciente. Hoje em dia, devem ser considerados aspectos éticos e legais que interferem com a prática da medicina.

Palavras-chave: exercício profissional, responsabilidade médica, relação médico-paciente.

(Rev Soc Cardiol Estado de São Paulo 2002;6:826-31)

RSCESP (72594)-1276

INTRODUÇÃO

Narra a mitologia grega que Esculápio, filho de Apolo e Corônis, nasceu em Epidauro, ao pé do monte Mirtião, onde foi abandonado. Uma cabra aleitou-o e um cão velou por ele. O pastor Aristene, ao qual os animais pertenciam, encontrou o menino. Surpreso com o clarão que o rodeava, compreendeu que ali havia um mistério e não ousou recolhê-lo.

Apolo confiou Esculápio ao centauro Quirão, que lhe ensinou Medicina. O jovem tornou-se tão hábil nessa ciência que descobriu o meio de ressuscitar os mortos.

Júpiter, temendo que essas ressurreições alterassem a ordem do mundo, fulminou Esculápio com raios forjados pelos Ciclopes. Após sua morte, Esculápio transformou-se na constelação Serpentário. Os emblemas de Esculápio são duas serpentes enroladas em um bastão, pinhas, coroas de louro, uma cabra ou um cão.

Esse breve relato histórico nos leva a refletir que, ao contrário de Esculápio, que foi fulminado porque, dominando a arte da Medicina, poderia alterar a ordem do mundo, nos dias atuais, os médicos estão suscetíveis a questionamentos sobre sua conduta justamente quando

não conseguem essa ordem.

O exercício da Medicina em nossos dias está associado a crescente angústia e preocupação ensejadas pelas demandas judiciais sofridas pelos profissionais.

Na verdade, não se constitui problema conjuntural da prática médica, muito menos limitado à realidade específica de nosso país. Trata-se, sim, de discussão antiga e abrangente em termos geográficos.

A Medicina tornou-se diferenciada em relação às cobranças sociais em decorrência de três fatores básicos:

- tem como essência de sua atividade a saúde, e, sendo esta o principal bem de qualquer pessoa, sua preservação e sua promoção são requeridas a todo momento;
- extrapolando a individualidade, além de ser um bem precioso de cada um, a saúde é de todos, para todos, “erga omnes”, ou seja, um interesse coletivo;
- finalmente, cada sociedade de homens, independentemente de sua estruturação político-social, tem interesse pela saúde, por causa de aspectos epidemiológicos, preventivos, sanitários ou econômicos, sendo este último o aspecto conjuntural que enseja gran-

de universo de questionamentos.

Os três grupos de fatores apontados transformaram a Medicina na profissão mais normatizada em todas as sociedades. No entanto, as leis, por serem esparsas, dispostas em nosso país na Constituição Federal, no Código Penal, no Código Civil, no Código de Ética Médica e nas Leis Complementares, além de normas isoladas, não traduzem um corpo legal capaz de harmonizar a prática médica. Ao contrário, inibem e promovem dificuldades na relação médico-paciente.

RESPONSABILIDADE MÉDICA

Toda vez que um ato médico provoca dano material ou moral ao paciente cria-se a obrigação de indenizar civilmente. Essa obrigação está tipificada no artigo 159 do atual Código Civil Brasileiro. O ato que provoca o dano pode ser comissivo ou omissivo.

No caso do médico, são pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa do agente, relação de causalidade, dano experimentado pela vítima e o fato de que o profissional deve estar habilitado legalmente para o exercício da profissão.

Age-se comissivamente quando a ação é contraveniente à lei. Ato omissivo é aquele em que o indivíduo se abstém de atuar quando deveria fazê-lo, e a inércia transgredir dever predefinido. O essencial é que haja um nexo causal, um liame entre a conduta comissiva ou omissiva e o resultado lesivo.

Quando falamos em ação ou omissão não podemos deixar de mencionar o elemento culpa. Civilmente, a culpa pode ser objetiva ou subjetiva. A culpa objetiva pressupõe uma incapacidade de defesa por parte da vítima.

Se o fato danoso era impossível de se prevenir ou o resultado lesivo não poderia ter sido diverso, cabe ao autor da ação indenizatória provar o dano, sem a necessidade de se provar a intenção do agente que causou o dano.

Geralmente, se o agente é um responsável indireto, na maioria das vezes uma pessoa jurídica, a responsabilidade da prova cabe ao réu, aquele que está sendo acusado na ação. Ele é quem deve provar que seria impossível ter conduzido de outra forma.

Na responsabilidade subjetiva, o agente causador do dano responde por ter agido com negligência, imprudência ou imperícia. O agente

não queria o resultado, mas a ele deu causa diretamente. Nesses casos, a prova cabe àquele que acusa, ou seja, o autor da ação terá de provar que o réu agiu de acordo com uma das três modalidades de culpa subjetiva. Seu fundamento é a culpa, ao passo que na responsabilidade objetiva é o risco.

Na responsabilidade objetiva são admitidas duas modalidades, pois há um risco proveito em relação àquele que obtém a vantagem e um risco criado, pois, pela simples ação, o ser humano cria riscos para os demais, devendo responder se ocorrer o dano. Consideremos que o risco é a eventualidade de ocorrência de um acontecimento futuro, incerto e de prazo indeterminado, que não depende da vontade das partes, podendo causar um dano, que, apresentando nexo causal entre o ato culposo, deve o autor responder pelo mesmo, somente se eximindo da obrigação se provar que a culpa é exclusiva da vítima, em caso fortuito ou de força maior.

Na hipótese da conduta médica, esta é como regra observada de acordo com a culpa, em que o ônus da prova está a cargo do ofendido e apenas extraordinariamente deverá ser observada a responsabilidade objetiva.

Ocorre negligência quando se deixa de tomar os cuidados necessários para evitar um dano; é a inércia, a displicência, o descaso. O agente tem conhecimento preciso da conduta a ser tomada, não o fazendo por mera desatenção e preguiça.

A imprudência é o abandono das cautelas normais que deveriam ser observadas, o agente atua com afoiteza e inconsideração. Ocorre, por exemplo, na falta de moderação na utilização de recursos terapêuticos ou, ainda, no uso de técnicas operatórias não consagradas ou não usuais. No caso dos medicamentos, seu uso deve ter embasamento técnico criterioso, bem como a cirurgia deve ser realizada com as devidas cautelas.

A imperícia é o descumprimento de regras próprias a qualquer arte ou ofício; é a incapacidade gerada pelo desconhecimento técnico da profissão. O agente, não tendo conhecimento consistente de seu ofício, não aplica métodos diagnósticos e de tratamento com a eficiência esperada.

O Direito está assim presente na vida das pessoas e sua influência consiste no fato de que determina quais atos e omissões são relevantes nas relações humanas, fixando os padrões

dentro dessa forma de modelar a vida. Em outros termos, o Direito tem o importante significado quando nos mostra, "in concreto", como devemos nos conduzir, mostrando as regras do "dever-ser", quanto à própria pessoa e às demais no plano da comunidade.

No plano da atividade médica, o único balizamento das regras concretas de conduta é ditado pela própria ciência médica, e a adequação ao "dever-ser" jurídico constitui hoje o ponto fulcral da questão. Como ajustar, caso a caso, a conduta médica ao resultado obtido, ou não conseguido, em relação ao paciente? Se a lei nos informa qual deverá ser a conduta, ela não vai além da generalidade, como antes mencionado, mas o julgamento concreto exige especialização nessa área que hoje vem alcançando notável importância no plano das relações humanas — o Direito Médico.

Não se pode aceitar que a lei esgote a definição das medidas concretas em relações médico-paciente, daí resultando a importância do trabalho dos juízes e tribunais, trazendo a interpretação necessária a cada caso, definindo, balizando as decisões nesse ramo novo para o Direito, mas tão antigo como o próprio Homem.

Como ensina o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, "toda lesão a qualquer direito tem como consequência a obrigação de indenizar". E mais, "o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos". Cita, em abono de sua tese, a definição de dano moral apresentada por Savatier como "qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc."

A partir de 1988, com a Constituição Federal, foi definida uma das questões controversas do direito civil, relativa ao dano moral e seu ressarcimento, tornando-se o fundamento maior do pedido como está no art. 5º, inciso X: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Esta enumeração é meramente exemplificativa, não se tratando de

"*numerus clausus*". A legislação ordinária pode ampliá-la ou receber extensão pela via da interpretação jurisprudencial.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 9.078/91) assegura, em seu art. 6º, a efetiva presunção e reparação de danos patrimoniais e morais. Cabe, no entanto, considerar que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica a essa natureza de relação jurídica de modo puro e simples, pois, entre as inovações que trouxe, recepcionou a teoria do risco aos fornecedores de bens e serviços de um modo geral, com responsabilidade objetiva do fornecedor, como consta do artigo 3º, o que não permite a inclusão dos médicos, profissionais de saúde e demais profissionais liberais, uma vez que o § 4º do art. 14 acentua que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa, adotando a velha e clássica teoria da responsabilidade com base na culpabilidade do agente.

Até a Constituição de 1988, a questão foi controvertida e na doutrina internacional encontramos posições bastante divergentes. Alguns negam a ressarcibilidade sob o fundamento de que a indenização é ressarcimento de um prejuízo e reconstrução de um patrimônio, o que não se dá com a reparação do dano moral. Outros sustentam que os direitos de personalidade não podem ser impunemente atingidos, em que a dor não é questionada, mas resta a faculdade de obter reparação pela vulneração de um direito.

O direito brasileiro admite a indenização pelo dano moral, tanto o originário de obrigação contratual quanto o decorrente de culpa aquiliana. A expressão "dano moral" contrapõe-se a "dano patrimonial", significando que é ressarcível o prejuízo sofrido pela vítima, seja pela diminuição do patrimônio, seja quando este não é afetado direta ou indiretamente, caso do dano moral.

Outra questão importante refere-se à reparação em si mesma, em que aparecem igualmente opiniões diversas.

Alguns autores entendem que a indenização por prejuízo material não se confunde com a reparação por dano moral, pois a primeira é reintegração pecuniária ou ressarcimento "stricto sensu" e a segunda é sanção civil direta ao ofensor, ou reparação da ofensa, liquidada na proporção da lesão sofrida, envolvendo a idéia de solidariedade à vítima, dentro do razoável, para que não se converta em fonte de enriquecimen-

to, independentemente do prejuízo material.

O que se objetiva é a mágoa sofrida pela vítima, cuidando para que a determinação do prejuízo de afeição não enverede pelo rumo das pretensões absurdas.

Na reparação por dano moral, conjugam-se dois motivos:

- punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial;
- colocar nas mãos do ofendido uma soma que não é o “pretium doloris” ou o “pretium luctum”, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual, moral ou material, que possa amenizar a amargura da ofensa e o desejo de vingança.

O juiz arbitrará moderada e eqüitativamente a indenização, que não terá o objetivo de provocar o enriquecimento ou proporcionar ao ofendido uma vantagem ou móvel de captação de lucro (“de lucro capiendo”).

Na esfera criminal, a culpa adquire outra conotação. Podemos falar em culpa “stricto sensu” e dolo. No primeiro caso, o agente não queria o resultado lesivo alcançado por sua ação ou omissão mas por ele é responsabilizado, uma vez que agiu com imprudência, negligência ou imperícia. Diz-se que a conduta do agente foi culposa.

No segundo caso, o agente quis o resultado que sua ação/omissão alcançou ou, ao menos, assumiu os riscos de produzi-lo por meio de sua conduta. Esse tipo de conduta a lei qualifica como dolosa.

Existem alguns crimes, denominados crimes próprios, que só podem ser cometidos pelos médicos. Um exemplo é o crime do art. 269, do Código Penal Brasileiro, que prevê pena de detenção e multa ao médico que deixar “de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”. O artigo 302, do mesmo diploma legal, tipifica como crime o fornecimento, por parte do médico, de atestado falso.

A Lei de Transplantes de Órgãos estabelece uma série de critérios a serem observados para a remoção de tecidos, órgãos e partes do corpo humano e tipifica como crime condutas que só podem ser adotadas por médicos. A par dos chamados crimes próprios estão os crimes comuns, que podem ser cometidos por qualquer pessoa.

Quando a conduta do médico em relação ao

paciente se caracteriza como um fato previsto na legislação penal pátria como crime, instaura-se o inquérito policial, procedimento investigatório que visa a colher provas e evidências quanto à autoria e à materialidade do fato alegado.

Quando um médico é processado e condenado na esfera criminal, essa decisão acarretará a responsabilidade pela indenização na esfera cível. A responsabilidade civil é independente da criminal, conforme preceitua o Código Civil Brasileiro em vigor, em seu artigo 1.525, e o novo código, no artigo 935; porém, quando as questões relativas à existência do fato ou sua autoria forem decididas na esfera criminal, não poderá mais ser questionado na esfera cível.

A absolvição no processo criminal influi, ainda, diretamente na ação cível nos casos em que o juiz fundamentar a sentença, afirmando que o agente praticou o ato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, conforme artigo 65 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Sob o aspecto ético, o médico deve ter sua atividade fundamentada nos princípios da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça.

O Código de Ética Médica prevê, como fundamentos básicos do exercício profissional, a promoção da saúde, o respeito à dignidade individual, a prevenção das doenças, o conforto físico, o bem-estar emocional, psíquico e até social. A não-maleficência traz ao profissional da saúde a oportunidade de não impor ao indivíduo sofrimentos que venham a deteriorar sua saúde.

Eventual infração aos princípios éticos que norteiam a atividade médica será objeto de apuração por parte dos Conselhos Regionais de Medicina, mediante instauração de sindicâncias ou processos disciplinares em face dos médicos envolvidos no fato questionado.

Esses procedimentos administrativos conferem ao médico a oportunidade de ampla defesa, sendo-lhe permitido, além da manifestação escrita acerca dos fatos que lhe são imputados, a produção de provas documental e testemunhal; o depoimento pessoal das partes envolvidas e o direito de recurso às instâncias superiores.

DO PRONTUÁRIO MÉDICO

Tecnicamente a defesa do médico é realizada apoiada em três elementos:

- o depoimento do médico;
- a análise do prontuário;
- o estudo da petição do autor da demanda.

Dos três elementos, especialmente o prontuário é imparcial e isento. Trata-se de documento desconectado dos interesses pessoais da lide; é frio, concreto e incontestável. Seu preenchimento adequado possibilita, aos olhos do magistrado, o retrato e a lente cujas cores e acuidade são fornecidas pelo médico.

É no prontuário que encontramos aspectos relacionados ao consentimento informado, em que o médico formalmente declara ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, a conduta, além dos riscos da doença e do tratamento que será instituído.

Pode-se argumentar a respeito da primordial importância do adequado preenchimento do prontuário médico com a análise dos doutrinariamente chamados Elementos da Responsabilidade, que são:

- o autor;
- o ato;
- a culpa;
- o dano; e
- o nexa causal.

Em relação ao autor, encontramos referências quanto ao exercício profissional na própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, XIII, em que se destaca: “é livre trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer”. O Código de Ética Médica, abordando as normas do exercício da atividade médica, foi publicado pelo Conselho, através da Resolução n. 1.246/88, possuindo 15 artigos referentes, exclusivamente, à relação dos médicos com seus pacientes.

Quanto ao ato, este sim, só poderá ser precisamente identificado pelo prontuário do médico. Este responde às indagações: “o que foi feito?”, “qual a natureza do procedimento?”, “como foi realizado?”, aponta para as circunstâncias do ato, suas intercorrências, acidentes, etc. Nesse

momento, o prontuário testemunha os fatos relacionados com as atitudes médicas.

O elemento culpa relaciona-se com a possibilidade de identificar ou ilidir negligência, imprudência ou imperícia. Tempestividade, adequação, moderação, precisão e acurácia serão observadas no prontuário. Com os dados identificados na descrição cirúrgica, evolução clínica e prescrições podem afastar o elemento culpa do ato médico. Nessa oportunidade é observado se o médico deixou de tomar os cuidados necessários para evitar o dano, se ele abandonou as cautelas normais que deveria observar ou se descumpriu as regras disciplinadoras da ciência médica.

O dano, processualmente, é avaliado pelo perito judicial com seus assistentes. No entanto, todo perito, “a priori”, solicita vistas do prontuário para subsidiar seus laudos e pareceres.

Finalmente, o nexa causal, que estabelece liame entre a causa e o dano, ou seja, a conduta adotada e o resultado atingido, também terá análise embasada no binômio perícia-prontuário, pois somente assim a realidade dos fatos e as circunstâncias de ocorrência são esclarecidas.

O médico não deve aguardar da sociedade solução para o processo de deturpação de seu exercício profissional; deve, sim, aprimorar a relação médico-paciente, quer seja na anamnese e exame clínico cuidadosos, quer seja na utilização criteriosa dos elementos diagnósticos. Deve, também, instituir tratamento cientificamente consagrado ou, se inovar, que proceda de forma segura e fundamentada.

Em resumo, o correto equacionamento do problema implica uma atividade com três momentos básicos: o diagnóstico, a escolha terapêutica e a prescrição.

Cuidado, atenção, critério, respeito, além da incansável e constante atualização profissional, são elementos que o paciente requer e tem expectativa tácita em relação a todo médico.

MEDICAL LIABILITY

ROBERTO AUGUSTO DE CARVALHO CAMPOS,
ROSMARI APARECIDA ELIAS CAMARGO, OSWALDO FRÓES

The role of the physician underwent dramatic changes in the western society since Antiquity and that reflects on the professional relationship with the patient. Ethical and legal aspects are currently as important as the technical knowledge to characterize good medical practice.

Key words: medical liability, doctor-patient relationship, professional exercise.

(Rev Soc Cardiol Estado de São Paulo 2002;6:826-31)

RSCESP (72594)-1276

REFERÊNCIAS

1. Aguiar Júnior RR. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Revista dos Tribunais; v.718. p.33.
2. Bittar CA. Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar. São Paulo: Saraiva; 1991.
3. Camargo RAE, Campos RAC. A medicina e o direito frente a bioética. São Paulo: O Onze de Agosto, jun/1999. p.39.
4. Camargo ERA, et al. Do Direito Médico. In: Ganança MM, et al., eds. Estratégias terapêuticas em otoneurologia. São Paulo: Atheneu; 2000. p.21-31.
5. Delmanto C. Código Penal comentado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar; 1991.
6. Dias JA. Da Responsabilidade Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 1997.
7. França GV. Medicina Legal. Rio de Janeiro: Koogan; 1998.
8. Fróes O. Código Civil Brasileiro Comparado. Campinas: Millennium; 2002.
9. Kfoury Neto M. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1998.
10. Lopez TA. Responsabilidade civil dos médicos. In: Cahali YS, coord. Responsabilidade Civil — Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1984.
11. Mirabete JF. Código de Processo Penal interpretado. 5ª ed. São Paulo: Atlas; 1997.
12. Moraes IN. Erro médico e a lei. São Paulo: Lejus; 1998.
13. Navega EJ. Manual prático de Direito Penal e Processo Penal. São Paulo: Sugestões Literárias; 1997.
14. Nogueira PL. Curso completo de Processo Penal. São Paulo: Saraiva; 1995.
15. Panasco WL. A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 1984.
16. Pereira CMS. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense; 1993. p.53.
17. Romanello Neto J. Responsabilidade Civil dos Médicos. São Paulo: Jurídica Brasileira; 1998.
18. Sebastião J. Responsabilidade médica civil, criminal e ética. Belo Horizonte: Del Rey; 1998.
19. Silva JA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros.
20. Silveira RA. Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: Revista dos Tribunais; dez/1991.