

RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DE ERRO DA ATIVIDADE MÉDICA

Jorge Vieira dos Santos (IC) e José Geraldo Romanello Bueno (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackenzie/CNPq

RESUMO

O presente trabalho teve como escopo verificar mediante análise dos textos doutrinários afetos a matéria, bem como buscou identificar quais as principais causas que influenciam direta ou indiretamente no erro da atividade medica. Inicialmente cumpre nós salientar que o material de estudo para o referencial proposto embasou na doutrina e outros textos como pesquisas de julgados dos tribunais superiores, bem como análise do código de ética medica, e provas realizada em 2015 pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.

Palavras-chave: Erro Médico1. Antiguidade 2. Responsabilidade Civil 3.

ABSTRACT

This work was scope verify through analysis of doctrinal texts affect the matter, and sought to identify the main causes that directly or indirectly influence the error of the medical activity. First meets us note that the study material for the proposed framework underwrote the doctrine and other texts as judged surveys of the higher courts, as well as analysis of the medical code of ethics, and tests carried out in 2015 by the Regional Council of São State Medical Paulo.

Keywords: Medical error 1. Antique2. Civil Responsibility 3.

1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade já se preocupava com a responsabilidade por erro médico, o código de Hamurabi, assim como os demais códigos da antiguidade, como os códigos de Ur Nammu, Manu, Cho- king chinês chegando até os antigos romanos através da lei das doze tábuas, todos estes povos já se preocupava com os erros médicos, e desde então já previa pesadas penas para os erros advindos do exercício da atividade da medicina.

Foram os romanos que esboçaram a diferenciação entre a pena e a reparação, isto é, distinguiram o que era delitos públicos de caráter perturbador da ordem dos delitos privados, cuja pena econômica naqueles era recolhido aos cofres públicos, enquanto nos delitos privado a pena em dinheiro era pago a vítima. (CROCE,2002. p.8.)

Esta através da “*Lex Aquilia*”, responsabilidade aquiliana criou o que seria o embrião da responsabilidade civil por erros médicos, conforme descreve Delton Croce, tal instituto já se aplicava desde a babilônia nos tempo do rei Hamurabi. (CROCE, 2002, p.6)

Com o progresso do conhecimento científico tornou-se tecnicamente possível intervenções ainda na fase pré-natal. Esses avanços tecnológicos trouxeram para o campo do direito outros problemas que, da mesma maneira que fora revolucionárias também inimagináveis. Com estes avanços da engenharia genética, há a possibilidade de se construir seres completamente modificado, já que essa ciência tem condições de acessos a qualquer material genético, sobre tudo o humano.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

A MEDICINA NA ANTIGUIDADE

A origem da dor e a doença são intrínsecas, e não dúvidas de que se confunde com a própria origem do homem. Da mesma maneira também é indubitável que desde então surge para estes, a necessidade de se buscar a cura dessa dor, e superar os males que os afligem torna-se necessário, e cujo objetivo dessa busca é o prolongamento da vida. (MELO,2014, p. 3.)

A Medicina é tão antiga quanto à dor, e seu humanismo tão velho quanto a piedade humana. Tem como finalidade precípua a investigação das mais diversas entidades nosológicas e estabelecer condutas, no sentido de manter ou restituir a saúde dos indivíduos. (FRANÇA,2013. Item. 1.1.)

De modo que tal preocupação já havia desde a antiguidade, e nos nossos dias não poderia ser diferente. Entretanto hoje, tornou-se muito comum ao indivíduo que, ao buscar a cura, se depara com uma dor tanto quanto pior do que a doença a qual se pretende supera-

la. Estamos falando de erro médico, que na atualidade tornaram-se tão comum para a sociedade, quanto os males as assolam.

A dor produzida por erro médico não há remédio, não há tratamento para um mal que aflige diretamente a alma, trata-se de uma dor psicológica, em que ao contrário das patologias comum onde deixam marcadas as cicatrizes, esta vai muito além do limite suportável pelo ser humano.

Pois as frustrações, a vergonha e o sentimento de inferioridade, ferem-no – o em seu íntimo, e deixam profundas cicatrizes que aos olhos humano são invisíveis, mas afeta diretamente a sua dignidade como pessoa. E o caso dos erros cometido por cirurgias plásticas, bem como diagnóstico dado de forma errada, que em muitas vezes cominam em imputação de um membro.

Conforme ensina Neemias de Melo, foi assim que surgiram nas comunidades aqueles que por meio de experiências concretas destacavam, como os expertos ou taumaturgos, cujas qualidades lhes eram conferidas pela comunidade, ou assim eles próprios se auto rotulavam. De modo que todos os magos, curandeiros e sacerdotes eram vistos como pessoas diferenciadas, por entenderem que estes eram dotados de poderes sobrenaturais distinguindo-se dos demais membros da comunidade, de maneira que a confiança e o respeito pelas suas atividades estavam diretamente relacionada e essa distinção. Assim como a suas vestes, a comida, seus pensamentos e até o seu próprio sistema de vida necessitava ser diferente dos demais membros da comunidade.(MELO,2014, p.03)

A medicina na forma como hoje conhecemos se deve aos gregos, cujo statu de ciência racional como se conhece foram frutos das indagações, isto é, com as formas de técnicas de cuidados, bem como e as explicações racionais que a partir de então aquele caráter de concepção mágica que os cercavam, passa a dar lugar a compreensão racional de suas origens, entretanto as crenças e superstições continuaram a serem prestigiadas. (MELO,2014, p.04)

Hipócrates o grande mestre considerado como o pai da medicina, o qual ainda hoje se cultua neste campo do conhecimento, trouxe uma nova visão da atividade medica até então inexistente e desconhecida. Assim como ciência, a medicina passa a ser revista com novos contornos agora de cunho racional científico. (MELO,2014, p.04.)

Edmilson assegura com toda razão, que a vida e a saúde constituem nos bens mais importantes de que dispõe o homem, e para que estes tenham vida em plenitude e com saúde, torna-se necessário que se recorram ao profissional da medicina, ciência que a cada dia ganham maior relevância na sociedade. (BARROS JÚNIOR, 2011. p. 4.)

Genival Veloso de França em comentário ao código de Ética médica, ensina que é também missão dessa ciência orientar e esclarecer os legisladores na elaboração das leis sobre fatos médicos e fomentar o bem social. É, em suma, uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade, sem discriminação de qualquer natureza. (FRANÇA, 2011. p.14.)

A Medicina para Genival Veloso de França é tão antiga quanto à dor, e seu humanismo tão velho quanto à piedade humana. Tem como finalidade precípua a investigação das mais diversas entidades nosológicas e estabelecer condutas, no sentido de manter ou restituir a saúde dos indivíduos. (FRANÇA, 2013. Item, 1.1)

É também missão dessa ciência orientar e esclarecer os legisladores na elaboração das leis sobre fatos médicos e fomentar o bem social. É, em suma, uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade, sem discriminação de qualquer natureza.

O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, a Carta da Republica de 1988 com o seu perfil garantista, tratou do direito à saúde com muita ênfase, tanto que há vários dispositivos relacionados a este direito do brasileiro, conforme pode ser observado nos seus art. 6º, cujo texto o classificou como um dos direitos sociais. Segue nesta mesma esteira o art. 196, da Carta da Republica quando expressamente consignou a saúde como um direito de todos e um dever do estado.

Bem como ainda no texto constitucional a previsão do seu art. 200, que além das atribuições conferidas ao sistema único de suade, o legislador entendeu por bem deixar de forma expressa, nos incisos I e III, do referido artigo, que é do estado a responsabilidade na fiscalização, e em ordenar a formação de recursos humanos para a área da suade.

Assim fica claro qual os objetivos do constituinte com relação ao bem estar e a saúde da população brasileira. Ademais, existem outras referências à saúde na Constituição, tais como a necessidade de edição de normas de saúde voltadas à redução dos riscos laborais (art. 7.º, XXII).

Ainda sobre a saúde na Constituição Federal, também é dever municipal na prestação do serviço de saúde em cooperação com o Estado e da União (art. 30, VII), a possibilidade de intervenção federativa quando o ente não aplicar o mínimo constitucional devido à saúde (arts. 34, I, e; 35, III), e a previsão excepcional de vinculação da receita de impostos no direito à saúde (art. 167, IV).

Entretanto, o direito a saúde nem sempre recebeu o tratamento proposto pelo legislador constitucional. Ainda que após o advento do Sistema Único de Saúde (SUS), a

sociedade brasileira passou a ter a garantia deste direito de forma universal, que pelo menos formalmente, pode se dizer que à saúde recebeu o destaque devido no cenário Constitucional Brasileiro.

Pois, esta Carta política, ao contrário da carta constitucional de 1934, que não considerava a saúde uma prioridade do estado, mas tão somente uma possibilidade de aplicação muito restrita ao trabalhador, nesta época não se pensava a saúde como valor a todos os brasileiros, cuja menção dada ao tema pela carta de 1934, está contida no inciso II do art.10.

Ou seja, era secundariamente apresentada por meio de uma competência administrativa da União consistente no dever público de combate às endemias e epidemias. Porquanto a definição de saúde como hoje conhecemos, só se deu a partir da Constituição em 1946 da Organização Mundial de Saúde (OMS), a qual expõe a saúde como um “completo estado de bem-estar físico, mental e social” e não tão somente a ausência de doença. (FRANÇA, p.17.)

Entretanto a doutrina de uma forma geral assevera que tal conceito não está imune às críticas em decorrência do uso de expressões vagas como “completo” e “bem-estar” – o que poderia implicar sua inatingibilidade fática –, a verdade é que a utilização desse conceito amplo e aberto tem por finalidade salvaguardar a saúde e a dignidade da vida humana.

BREVE HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Parece nos oportuno discorrermos um pouco sobre a responsabilidade civil, faz-se necessário para o melhor entendimento, fazermos um breve retrospecto sobre o tema, e para tanto nos valem os ensinamentos de Flavio Tartuce, segundo o qual, desde a Antiguidade este tema goza de enorme prestígio social. Para este autor, a responsabilidade civil surge com os primeiros relacionamentos humanos e, em particular as obrigacionais. (TARTUCE,2011. p.5.)

Delton Croce afirma que, nos primórdio da humanidade não se cogitava em reparação do dano, pois a provocação deste propiciava desde logo a vingança as quais eram guiadas pela brutalidade dos instintos, e de consequências selvageiras em relação ao ofensor. Haja vista que nessa época dominava o materialismo do Direito, o qual se proclamava pelo princípio geral do castigo cuja consequência era imediata ao dano. (CROCE, 2002. p. 6.)

Segundo informa Maria Helena Diniz, nos primórdio da civilização humana, imperava a vingança coletiva. Posteriormente evolui e passa para o individual, ou seja, ao contrário do início onde a reação se dava de forma coletiva, agora a reação é imediata e individual, isto é, trata-se da justiça com as próprias mãos.(DINIZ,2015. p. 27)

Disso, é possível verificarmos que, com o surgimento dos conflitos, as relações endêmicas, as patologias, os crimes, bem como as disputas familiares e tribais, as quais naquela época ficavam submetidas ao tratamento da conhecida lei de Talião.

Assinala o Flavio Tartuce, que essa era a forma de punição que se conhecia aos que estavam submetidos à chamada lei de Talião, cuja máxima se notabilizou pela expressão “olho por olho, dente por dente”. Segundo este autor, na antiga mesopotâmia no início do segundo milênio antes de cristo foi aplicação pelo código de Hamurabi. Naqueles tempos a violência da repressão poderia ser igual ou até maior do que ato anterior.¹

Maria Helena Diniz ensina que a responsabilidade civil, na atualidade, tornou-se um importante instrumento para restauração do equilíbrio moral e patrimonial defeito, e a redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça. (DINIZ, 2015, p. 21.)

Sergio Cavaliere Filho pontua que a violação de um dever jurídico nasce um novo dever, o de indenizar o prejuízo cuja expressão a doutrina chama de dever sucessivo ou secundário. Para este autor, a essência da responsabilidade está no desvio de conduta praticada contraria ao direito. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 16)

Salienta Silvio de Salvo Venosa, que o conceito de reparar o dano injustamente causado não é de todo antigo, segundo o autor, surge em época relativamente recente da história do Direito. O famoso princípio da Lei do Talião, da retribuição do mal pelo mal, “olho por olho”, já denota uma forma de reparação do dano. (VENOSA, 2015, p. 20-21) Para Silvio de Salvo Venosa o grande divisor de águas da responsabilidade civil foi a *Lex Aquilia*. Sustenta este autor que tal diploma, de uso restrito a princípio, atinge já na época de Justiniano ampla dimensão como remédio jurídico de caráter geral. (VENOSA, 2015, p. 21)

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEDICOS

Embora registro de práticas médicas na antiguidade não seja incomum, o primeiro documento que tratou especificamente do erro médico e, portanto, da responsabilização deste profissional foi o Código de Hamurabi. (BARROS JÚNIOR, 2011. p.2)

Já naquela época havia certa preocupação sobre a atividade medica fato este que se torna muito comum encontrar em seus artigos, dispositivos que cuidam tanto de normas gerais, como também há dispositivos que tratam especificamente dos da atividade medica. (CORCE, Danton. 2002, p.6-7)

¹ TARTUCE, Flavio, 2011. Op.cit., P.5. Segundo Flavio Tartuce palavra talião tem a sua origem no latim **talis** – igual, semelhante, tal –, donde **talio, onis**: pena igual à ofensa; tal ofensa, tal pena. De acordo com Flávio Tartuce (pg. 6), embora essa forma de pena tenha a sua denominação derivada do latim, língua dos Romanos, ela é encontrada em povos historicamente muito anteriores a eles”, TARTUCE, Flavio, 2011. op.cit., P.5.

O que se observa é que em todos os ordenamentos antigo está sempre presente a ideia da pena, o Código de Hamurabi, bem como outros povos da antiguidade, a ideia comum que se tem e a da construção de normas impregnadas de componente penais. Afirmo Flavio Tartuce, que a doutrina credita ao Código de Manu a evolução neste pensamento, pois neste código havia a previsão indenização e multa em favor do prejudicado. (TARTUCE, 2011, p.6) Entretanto o direito romano ainda persistia a influência da lei de talião sobre a Lei das XII Tabuas, instituto este que credita ser datado de 450 a.C., cuja autenticidade a doutrina especializada levanta dúvidas.(TARTUCE, 2011, p.6)

De maneira que para aqueles povos a forma mais segura e eficaz de se combater os instintos antissociais seria a aplicação do rigorismo das penas. E como consequência dessa orientação, foram a influência destes preceitos normativos sobre todos os ordenamentos jurídicos das sociedades que se sucederam no curso da história.

Silvio de Salvo Venosa, nos informa que as preocupações com a saúde remontam a antiguidade, cuja responsabilidade de cuidar dos doentes era dos magos e sacerdotes, que durante muito tempo era carregada de empirismo e medo da dor. (VENOSA, 2015, p. 145.)

A medicina deve aos gregos o status de ciência, na forma como hoje conhecemos, isto é, com as formas de técnicas de cuidados, bem como e as explicações racionais que a partir de então aquele caráter de concepção mágica que os cercavam, passa a dar lugar à compreensão racional de suas origens, entretanto as crenças e superstições continuaram a serem prestigiadas. (MELO, 2014. p.4.)

Hipócrates o grande mestre considerado como o pai da medicina, e que ainda se cultuam neste campo do conhecimento, trouxe uma nova visão da atividade médica até então inexistente e desconhecida. Assim como ciência, a medicina passa a ser revista com novos contornos agora de cunho racional científico.

Para Edmilson de Almeida Barros Junior, a Medicina é ao tempo arte e ciência, argumenta este autor que, como ciência funda-se nos cânones científicos de seus vários ramos de conhecimento, já como arte, o autor leva em consideração intrínseca interação com a relação médico-paciente. (BARROS JÚNIOR, p.1)

Para Silvio de Salvo Venosa, a medicina assim como o direito é uma arte, visto que no passado o advogado assim como o médico não tinha uma especialidade definida. O que havia era um bom clínico geral, que até mesmo por tradições das famílias exercia a função de médico, amigo e conselheiro. (VENOSA, 2015, p. 145)

Edmilson de Almeida Barros Junior esclarece que a medicina foi à primeira das profissões a suportar as pressões por mudanças em relação às demais instituições sociais.

(BARROS JÚNIOR, p. 3) Silvio de Salvo Venosa por seu turno nos informa que, em que pese a medicina nessas últimas décadas ter se socializado, da mesma forma ela também despersonalizou-se, tendo em vista a necessidade premente por especialização faz com que a relação médico paciente tida como tão importante para o sucesso de qualquer tratamento, tornou-se quase que exclusivamente profissional. (VENOSA, 2015, p. 146)

Segundo Edmilson de Almeida Barros Junior, se analisado sob a ótica realista, a proteção dos direitos fundamentais, os quais o ordenamento jurídico pátrio elevou a categoria de constitucionais, torna-se imperiosa a necessidade de proteção destes direitos, sobretudo, os direitos da personalidade sendo inclusive objeto de reparação de danos morais e patrimoniais sempre que alguém vier a sofrer lesões, inclusive em matéria de atos médicos. (BARROS JÚNIOR, 2011. p.3)

Sergio Cavalieri Filho, citando relatório da Organização Mundial de Saúde de 21 de julho de 2011, pondera que milhões de pessoas morrem todos os anos no mundo vítimas de erros médicos e infecção hospitalar. Para este autor, é mais arriscado ir para um hospital do que viajar de avião. (CAVALIERI FILHO, 2015, p.471)

Pois conforme informa este autor, as chances de uma pessoa morrer devido a erros enquanto está numa instituição hospitalar sobre cuidados médicos é de uma em trezentas, enquanto que os riscos em acidentes aéreos são de uma a cada dez milhões de passageiros. (CAVALIERI FILHO, 2015, p.471)

Conforme Edmilson de Almeida Barros Junior, Hoje as críticas não se restringem apenas à ciência médica as ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica, antes rara, estão se tornando cada vez mais frequentes, talvez em razão da má qualidade do ensino e dos péssimos serviços prestados, notadamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), talvez pelo aumento da procura desses serviços por parte da população em geral, cada vez mais pobre e doente; talvez, ainda, por ter hoje o cidadão maior consciência dos seus direitos e encontrar mais facilidade de acesso à Justiça. (BARROS JÚNIOR. 2011, p.3.)

Entretanto para que se possa imputar o erro ao profissional no exercício da sua profissão, torna-se necessário que se tomem alguns cuidados, pois nem sempre aquele profissional tem a responsabilidade pelos atos aos quais lhe são imputada.

Diante disso algumas considerações precisam ser feitas para ao final da apuração verificar se a conduta é possível de serem atribuídas ao profissional. E, é neste momento que a análise acurada torna-se imprescindível. Isto é, precisa no caso concreto ser analisado se houve imperícia, negligência ou imprudência.

Assim, o código Civil Brasileiro adota, como regra, o princípio da responsabilidade subjetiva, pela qual fica estabelecido que se não provada a culpa do agente, nenhuma

indenização será devida a vítima. Tal entendimento está centrado no brocardo jurídico romano, cuja expressão diz: *honest vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*, isto é, viver honestamente, não prejudicar ninguém, atribuir a cada um o que lhe pertence, são os pressupostos da responsabilidade aquiliana que se encontram nos arts. 186 e 187 c/c art. 927, caput do Código civil Brasileiro.

Desta forma, o que se extrai do texto da lei é que a responsabilidade dos médicos, exceto nas cirurgias plásticas e nos exames onde a finalidade é especificamente definida, é obrigação de meio, ou seja, os médicos não são obrigados a curar os seus pacientes, porém deverá usar de todos os recursos disponíveis ao seu alcance para realiza-la.

Flavio Tartuce, pontua que há uma questão relevante, controvertida e profunda relativa à obrigação assumida pelos médicos, que passa pelo tema do risco profissional. Pois de acordo com este autor, tornou comum afirmar que a responsabilidade dos profissionais da área da saúde é subjetiva pelo fato de estes assumirem uma obrigação de meio, ou seja, uma obrigação de agir com máxima diligência no desempenho de sua atividade. (TARTUCE, 2011, p. 164.) Nesta mesma seara, afirma Edilson Almeida Barros Junior que o médico hoje é mero prestador de serviços, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor (1990), que define serviço como toda e qualquer atividade remunerada, oferecida ao mercado de consumo. (BARROS JÚNIOR, 2011, p.52.)

Informa Flavio Tartuce, que a classificação das obrigações dá quanto ao conteúdo, e estas dividem em obrigações de meio e de resultado. Para este autor, na obrigação de resultado o devedor obriga-se a realizar um fato determinado, isto é, busca alcançar um objetivo, ao passo que na obrigação de meio, o devedor fica obrigado a empregar diligência buscando com prudência atingir a meta estabelecida, ou seja, necessariamente se busca o resultado almejado. Ou seja, nesta o devedor fica incumbido de realizar como os meios que dispõe o fim colimado da obrigação. Naquela o devedor assumi a responsabilidade de atingir os resultados acordado independentemente de do meio a serem utilizado. (TARTUCE, Flávio, 2011, p.164.)

Edmilson Almeida Barros Junior afirma que Juridicamente, o termo conduta pode ser definido como todo e qualquer ato humano, necessariamente praticado de forma voluntária e absolutamente livre e consciente, desprovida de qualquer tipo de vício ou coação, que se se deixa transparecer no seio social através de uma ação, que poderá ser por comissão, ou por omissão. (BARROS JÚNIOR. 2011. p.57.)

Ainda de acordo com Edmilson, no direito pátrio haver responsabilidade e necessário que haja todos os elementos ensejadores da responsabilidade, de modo que se houver falta de um dos elementos constitutivos da responsabilidade civil, não há falar em indenização, pois o fato gerador do dever de indenizar é o dano, resultado da violação do princípio geral

do *neminem laedere*, que significa dever genérico de abstenção, logo se não há dano não se pode imputar responsabilidade de indenizar.

Delton Croce sintetiza com muita propriedade qual deve ser o papel social da responsabilidade civil: “A responsabilidade é uma segurança para os médicos cultos, conscienciosos e prudentes, e uma ameaça constante para os profissionais desonestos, temerários, desatualizados e tecnicamente inábeis”. (CROCE, 2002. p. 4.)

Não se deve esquecer que o médico no exercício da sua atividade responde pelo menos por três espécies de responsabilidade, isto é, responsabilidade, ético profissional, responsabilidade penal e por fim responsabilidade civil.

O médico responde ao conselho de ética da sua categoria sempre que este violar algum dever ético profissional da sua profissão. E neste caso o conselho de Ética ao qual este está vinculado que o fará a apuração da falta cometida, bem como o aplicará as sanções previstas para aquele determinado caso.

Com relação à responsabilidade penal, o médico responde penalmente sempre que da sua atividade resultar em dolo para o paciente, e neste caso a instância para apuração será baseado no código penal. Já no que se refere a responsabilidade civil objeto deste trabalho será apurada levando em consideração a culpabilidade do médico, e neste caso deve ser analisado concretamente se restou violado o dever contratual ou extra contratual.

Em que pese os médicos estarem classificados no rol dos prestadores de serviços regulado pelo código de defesa do consumidor, a responsabilidade deste profissional é subjetiva, por força do § 4º do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, não poderia este estar inserido no rol dos prestadores de serviços regulado por este código, a jurisprudência tem entendido que trata-se de uma relação *sui generis*, porque mesmo sendo este enquadrado na relação de consumo sua responsabilidade precisa ser provada.

Logo, só após a análise do caso concreto será possível prever a responsabilidade do médico. Visto que a sua responsabilidade como será sempre subjetiva, ou seja, precisa analisar, dentre os pressupostos da responsabilidade civil, qual seja negligencia, imprudência e imperícia.

O Supremo Tribunal Federal desde o ano de 1955 já enfrentara a questão, e o último caso a ser resolvido foi o recurso extraordinário, 931.825 do Distrito Federal, cujo caso versou

sobre a responsabilidade civil estado em caso o pratica de erro médico, cujo ato resultou na morte da vítima.²

Na mesma seara, também segue o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que nos últimos anos tem visto a demanda cada vez maior para a busca de resolução de conflito desta natureza. Consiga-se que só no Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 1991 a junho de 2016, considerando os que já foram julgados e os que ainda encontram em tramitação neste tribunal, existem ao menos 471 processos que de alguma forma envolve a relação medica.

Da totalidade dos processos, 400 processo diz respeito a danos morais em decorrência de erro médico, que chegaram a esta corte pugnando pela reforma do julgado. Outros 61 processos que tramitaram ou ainda tramitam naquela corte, tem como objetivo a responsabilidade civil deste profissional por erro médico.

E 10 processo Responsabilidade Civil do Estado por erro médico em hospital privado credenciado pelo Sistema único de saúde (SUS). ³Pois bem, conforme se observa são ao todo 471 processos que tramitam naquela corte, cujo objeto comum a questão e o erro médico. Fica óbvio que no Brasil a saúde enfrenta problema muito além do que a simples falta de atendimento médico.

Pois a maioria dos processos em que o Superior Tribunal de Justiça foi chamado a decidir, ou os que ainda tramitam são dos estados da Região Sudeste do País. Ou seja, trata-se da região onde há a maior concentração de pessoas no Brasil, e como não poderia ser diferente, os problemas da sociedade nesta região também o são infinitamente maiores.

Como visto, o nosso sistema encontra-se doente e qual a causa desta patologia muitos dirão que seria as más condições de trabalho dos profissionais. Outros, no entanto dirá que talvez seja a má formação que estes profissionais recebem das escolas de medicina que, não preparam estes médicos adequadamente para o perfeito exercício da profissão.

² BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF) em acórdão da lavra da eminente ministra Rosa Weber, entendeu que naquela tese debatida, onde cujo acórdão se tentara impugnar por meio de agravo alegando omissão ficou decidido que não há falar em omissão do acórdão. Por maioria decidiram conhecer do agravo e negar provimento nos termos da fundamentação. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> Acessado em 20 jun.2016.

³ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Há cadastrado no Superior Trubinal de Justiça (STJ), 471 processos onde o objeto da demanda tem em comum alguma coisa relacionada a erro médico. As ações estão assim especificadas. 10 processos Responsabilidade Civil do Estado por erro médico em hospital privado credenciado pelo Sistema único de saúde (SUS). 61 processos por responsabilidade civil do profissional por erro médico. E 400 processos por dano moral decorrente de erro médico. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisa_pronta/toc.jsp. Acessado em 20 jun.2016.

3. RESULTADO E DISCUSSÃO

AS POSSÍVEIS CAUSAS DE ERROS MÉDICOS

Há na relação médico paciente um dos pilares fundamental para o sucesso de qualquer tratamento, pois é dessa relação que se estabelece uma afinidade a qual leva tanto para o médico quanto para o paciente uma confiança recíproca, e disso não se pode esquecer o dever de informar.

Sérgio Cavalieri Filho informa que entre os direitos básicos do consumidor especificados nos incisos do art.6º do Código De Defesa do Consumidor, está o direito à informação. Segundo este autor, por vivermos em uma sociedade perigosa, quanto maior o risco a que está exposto o consumidor, maior é a relevância do direito a ser informado, e o Código de Defesa do Consumidor traz expressamente esta previsão em vários institutos, sobretudo no que ao inciso III do seu art. 6º. (CAVALIERI FILHO, In Revista EMERJ, 2004, p.82)

E continua o citado autor que se a informação é um direito básico do consumidor, em contrapartida o dever de informar é um dos principais deveres do fornecedor, tendo em vista a boa-fé objetiva que se traduz na lealdade, na cooperação, na transparência, entre outros na relação de consumo. (CAVALIERI FILHO, In Revista EMERJ, 2004, p.83)

Salienta Silvio de Salvo Venosa, que é dever do médico explicar a natureza da moléstia e os riscos do tratamento ou terapia. Bem como a responsabilidade destes aclarar sobre as consequências normais de determinada conduta, segundo ensina este autor, trata-se da situação do *bônus pater famílias* aplicada à atividade médica. Cujas informações, não pode e não deve ser de molde a desencorajar ou desesperar o paciente. (VENOSA, 2015, p.159)

Esclarece Genival Franca, que o Código de Ética Médica traz no capítulo relativo aos deveres dos médicos uma série de obrigações, que se não respeitadas poderá configurar como infração ética profissional, além dessas exigências de condutas, no que diz respeito à postura do médico no exercício da medicina, exigem-se dele também outros deveres, como o de informar, de colocar à disposição do paciente e da sociedade os recursos disponíveis, de dar acessos à documentação médica, de tratar o paciente qualquer que seja o prognóstico e de não abandonar seu assistido. (FRANÇA, 2011. p.122.)

Genival Franca assevera que a relação, mais íntima e mais responsável do médico com os pacientes e seus familiares, tem o propósito de democratizar o tratamento e fazer dessa interação uma convivência mais participativa, transparente e respeitosa. Essa consideração que se deve a eles faz parte das conquistas inalienáveis da cidadania e dos princípios consagrados na luta pelos direitos humanos. (FRANÇA, 2011, p.122)

Tal é o valor dado ao consentimento do paciente que o próprio conselho de ética médica, no seu art. 22 assim o define: “Art. 22 - Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.”

Nos últimos tempos os avanços tecnológicos alcançaram níveis antes inimagináveis, e o principal destinatário das implicações de toda essa evolução não há dúvida de que é o ser humano que será único prejudicado, conforme afirma Silvio Salvo Venosa, “Continua a Medicina a ser uma arte, mas sob diversos contextos. O paciente, nessas premissas, raramente terá condições de ponderar e escolher o profissional e o tratamento adequado para seu mal.” (VENOSA, 2015. p. 145.)

Para Gustavo Borges, a relação médico-paciente, constitui-se em dois personagens, e cada qual devem exercer os seus papéis, levando em consideração que o médico é aquele que tem a responsabilidade de ofertar o maior grau de bem-estar biopsicossocial à pessoa. Em contrapartida, paciente é quem está sofrendo de mal na saúde mental ou física, com ou sem risco de morte, ou quem busca o bem-estar biopsicossocial. (BORGES, 2014. p. 80.)

Adverte o autor, que nessa relação que origina a partir de necessidade preestabelecida, com funções distintas e previamente estabelecidas para cada um dos figurantes. Trata-se de uma relacional hierarquizada, uma vez que os mesmos ocupam posições diversas, cujo vínculo de dependência a que situa o paciente o coloca em desvantagem emocional. (BORGES, 2014. p. 80.)

Genival França informa que dentre os direitos dos médicos, está o de atendimento a um número limitado de pacientes, considerando a especialidade e as circunstâncias de cada caso, essa limitação é tem como escopo evitar além da acumulo de encargos, a má qualidade do atendimento. Da mesma forma também o médico poderá se negar de prestar atendimento ao paciente, salvo nos casos de urgência ou emergência quando da sua negativa resultar em danos irrecuperáveis para o paciente. (FRANÇA, 2011, p. 44.)

Também é direito do médico recusar atos profissionais que, embora seja este por lei autorizados, os seus ditames confrontam com a sua consciência. Porém essa recusa só é possível quando o paciente não estiver em iminente perigo de perder a vida, pois nestes casos se isso ocorrer, o médico certamente responderá por omissão de socorro. (FRANÇA, 2011, p. 44.)

Genival nos esclarece sobre as condições precárias de trabalho. Segundo este autor, muitos dos maus resultados na prática médica são originados das péssimas e precárias condições de trabalho, mesmo que se tenha avançado tanto em termos propedêuticos. Para o autor, trata-se de um cenário perverso, que pode parecer de certa forma até alarmista. Genival argumenta que parte o da precarização do sistema público de saúde conta com a

complacência dos administrados públicos que o faz nitidamente uma política dirigida e estratégica, cuja finalidade é sucatear-lo e entregar a para a iniciativa privada. Sendo assim diz o autor, fica fácil entender o que vem acontecendo em certos locais de trabalho médicos onde se multiplicam os danos e as vítimas, e onde o mais fácil é culpar os médicos. (FRANÇA, 2011, p.60.)

Por tais razões, não se pode excluir dos deveres do médico o de informar as condições precárias de trabalho, registrando-as em locais próprios e até omitindo-se de exercer alguns atos eletivos da prática profissional, tendo, no entanto, o cuidado de conduzir-se com prudência nas situações de urgência e emergência.

A nosso ver, não deixa de ser um bom argumento com relação a este último, já que nos exames aplicado pelo CREMESP de São Paulo, cuja exigência desta prova começara a ser aplicada em 2011, identificou que mais da metade dos alunos egresso das faculdades não estaria apto a exercer a profissão, dado ao grande índice de reprovados naquela prova. (EXAME DO CREMESP 2015, p 1)

Embora nos anos subsequente, que compreende a exigência da prova como condicionante para a formação destes estudantes nota-se que houve uma ligeira melhora nas avaliações destes novos médicos, entretanto a reprovação continua extremamente alta, sendo motivo de grandes preocupações por parte do cremesp que não tem poder para proibir os reprovados de exercer a profissão.

De acordo com os dados do exame realizado no ano de 2015 pelo (CREMESP), os médicos recém-formados desconheciam diagnósticos, tratamentos e procedimentos básicos adequados a problemas frequentes de saúde, como por exemplo, tratamento inicial de infarto, hipertensão arterial, crise asmática brônquica tanto em adultos quanto em criança, bem como não sabiam qual o tratamento inicial de vítima de acidente automobilístico, além de desconhecer as condutas na cetoacidose diabética e a identificação de quadro doenças mentais.

É importante salientar que metade dessas questões era considerada fácil, uma vez que a metodologia aplicada à prova pela banca examinadora, consistem em distribuir as questões proporcionalmente em fáceis, muito fáceis e difíceis. Com o citado exame, estes recém-formados desconheciam procedimentos básicos a que ficara evidenciado no exame, foi que aqueles médicos não souberam responder mais do que 60, de um universo de 120 questões cobrada naquela prova. Os procedimentos a serem adotados em caso como, por exemplo, de um enfartando.

O mesmo exame apurou que dentre os médicos recém-formados, os que são oriundos de faculdades de medicina públicas, teve o desempenho ligeiramente melhor, em comparação

os médicos formados nas faculdades privadas, que cuja taxa de reprovação ficaram na ordem, a recém-formados nas faculdades públicas saíram 33 % no ano de 2014, para 26.4% em 2015. (EXAME DO CREMESP 2015, p.1)

Já com relação aos médicos recém-formados oriundo das faculdades privadas oscilaram na ordem de 65,1% no ano de 2014, para 58,8% no ano de 2015. Entretanto se considerado os últimos quatros exames, a taxa de reprovação continua num patamar extremamente preocupante, pois saíram 54,5% em 2012, para 59,2 em 2013, passa a 55,0% em 2014 e chegando a 48,1 % no ano de 2015.

Outra questão que não se deve desconsiderar diz respeito ao mercado de trabalho, visto que este exame passa a ser o critério utilizado para o acesso a residência medica, concurso público, bem como os empregadores privados que também o adotara como critério para as suas contratações. (EXAME DO CREMESP 2015, p.6)

Indaga-se e para onde vão estes médicos reprovados, vai realmente exercer plenamente a sua profissão, e a sociedade, pode dizer que realmente estará segura com tão baixo rendimento destes profissionais? Parece que a resposta é não.

Segundo Edimilson, (apud, Lopez 2004, p. 119), o erro de diagnostico não leva à condenação se este obedecer todas as formas diligentes, entretanto para o senso comum ao considerar o estágio atual de conhecimento da medicina, o risco, parte indissociável da Ciência Médica, parece ter mudado de significado.

Assim, o que se infere dos argumentos supracitados, a tomar como base a complexidade e as peculiaridades da Ciência Médica, é impossível que as matérias envolvendo supostos danos médicos sejam discutidas em fóruns atécnicos. Isto é, leigos utilizando-se do senso comum em detrimento do conhecimento científico.

Ao que parece, tal concepção, além de provocar danos à honra de toda uma categoria, somente se presta as pessoas que buscam o lucro fácil, através dessas lides temerárias que só causa progressivo prejuízo à própria sociedade, que já tem ameaçado o direito constitucional à saúde. (BARROS JÚNIOR. 2011, p.125-126.)

Salienta o citado autor, que toda matéria científica, se acaso questionada, em qualquer instância, deve ser discutida com profundidade e concluída sobre solidas bases científicas, jamais sob a égide do conhecimento vulgar, e isso passa pela consideração das conclusões periciais em qualquer área do conhecimento.

Assim como bem pontua Nehemias domingos de Melo, a luta pela humanização da medicina deverá passar pela conseqüente humanização dos serviços médicos, e continua o autor, que este somente será coroada de êxito quando houver um despertar de consciência

que envolva os médicos, os doentes e seus familiares, a imprensa, o poder público, as sociedades de prestação de serviços médicos e até mesmo o judiciário, com a devida inversão de valores, de tal sorte a colocar o ser humano como o centro de todos os interesses que movimentam essa nobre arte de curar, que é a medicina. (MELO, 2014. p. 9)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese os profissionais da medicina, até mesmo pelo próprio exercício da sua atividade profissional já constituir por si só, como atividade necessariamente de risco, os médicos de hoje precisa ser vigilante com relação aos seus atos para não incorrer em violações de normas.

Aliás, o próprio Código de Ética Médica, no item IV do Capítulo II, assegura aos médicos o direito de se negar a prestar atendimento, quando estes entenderem que o local disponibilizado para o atendimento não apresentarem condições minimamente satisfatória de trabalho, que poderá afetar tanto aos pacientes quanto aos profissionais no exercício da atividade medica.

Entretanto, a realidade do nosso sistema de saúde parece que não comportaria o cumprimento de tal exigência, pois se os profissionais levassem ao pé da letra este preceito, certamente não haveria como o médico exercer sua profissão, pois o sistema público continua cada vez mais precário, enquanto que os preços pegos pelos serviços do sistema de convenio e seguro saúde são extremamente irrisório, o que faz que os médicos precisem atender o máximo possível de pessoas para ter condições mínimas de remuneração.

A consequência não há como ser outra senão um atendimento cada vez mais mecânico e menos humanizado, que só trará consequências gravíssimas ao paciente, que certamente não é este o modelo de Saúde que a sociedade exige. Hoje o que se ver é o desmonte do sistema de saúde pública, por meio de políticas de saúde que claramente não se mostra de acordo com os ditames constitucionais. Cujo fim almejado não parece ser outro senão repassar o sistema de saúde pública para repassar a iniciativa privada.

Não parece ser esta a orientação da Organização mundial da Saúde, (OMS), que em seu relatório de 2010, defende a universalização do acesso à saúde, assim fica muito claro que a grande quantidade de erros médicos se deve mais as a estrutura e as péssimas condições trabalho a qual estes profissionais estão submetidos. (Relatório Mundial da Saúde, 2110. p. 23)

Não é exagero dizer que há casos em que estes profissionais não dispõem se quer de material básico para atendimento ao público. A rigor se fossemos considerar o que determina o Código de Ética Médica, a conclusão seria de que toda a comunidade medica estaria agindo

contra o dever ético previsto neste código, Sobretudo os médicos que trabalham para o Sistema público de Saúde.

Frise-se que não se trata de fato isolados, pois os casos de erros médicos que até pouco tempo era sinônimo de raridade, hoje se tornou comum, haja vista as notícias que se houve quase que diariamente sobre esses eventos. De tal sorte que já não se leva em consideração os casos de menor relevância, dessa forma o que nos restam lamentar, pois a rigor, o que antes era exceção, nos nossos dias tornou-se corriqueiro.

Porém não se pode esquecer que de fato há profissional que não tem o menor zelo pela dignidade da medicina cometendo os mais absurdos e inimagináveis erros, sobretudo quando se fala em cirurgias estéticas. Nestes casos trata-se de casos em que o médico age com o único intuito de ganhar dinheiro, para estes pouco importa se os seus serviços atinge o resultado esperado e se o paciente ficará satisfeito ou não.

Nessas situações o médico ele não só agiu com imperícia, mas sim com negligencia, pois ele não tem domínio sobre aquela determinada técnica ele não poderia ser perito de já que lhe falta o essencial qual seja, o conhecimento aprofundado. Assim nestes casos há além da imperícia há também a negligencia, pois omite ao paciente informação que se ele porventura soubesse, não poria a disposição dos possíveis riscos daquela determinada intervenção.

A conclusão que se chega, diante deste quadro alarmante identificado pelo órgão de classe, e que os fatores que influenciam as ocorrências de erros médicos, está diretamente relacionada a baixa qualidade do ensino, o sucateamento do sistema de saúde pública, a estafante jornada de trabalho que aliada ao resultado da especialização onde o paciente deixou de ser visto como um ser humano, tornando-o mero produto da relação de consumo, somada a exploração dos grupos econômico sobretudo de seguros e convenio de saúde, os médicos acabam tornando-os assim como os pacientes, vítima deste sistema, e a consequência natural é os erros que se multiplicam a cada dia.

Pois, dos processos que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), tanto os que já foram julgados quanto os que ainda tramitam naquela corte, na sua maioria são oriundos de regiões extremamente desenvolvidas do País, tais como São Paulo e Rio De Janeiro, Isto e, da região sudeste, onde está presente a maior densidade demográfica do país. E curiosamente são estes estados que se considerarmos as proporções populacionais, são os que menos investem em saúde pública. O que se nota é que exceto nos casos de negligencia imperícia e erros grosseiros, não se pode cogitar de erros médicos para os profissionais que trabalham no sistema público de saúde, pois não tem ao seu dispor as mínimas condições para o exercer com dignidade a sua profissão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica**. 2. São Paulo: Atlas 2011.

BORGES, Gustavo. **ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL, **Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**, Código civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 17 jun./2016.

BRASIL, **Lei, 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acessado em 28 jun. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em 08 jun. 2016.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acessado em 15 jun. 2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acessado em 20 jun./2016.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisa/pronta/toc.jsp>. Acessado em 20 jun.2016.

CAVALIERI Filho Sérgio. **A Responsabilidade medica e o dever de informar**, in Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, p. 81-87, out./nov./dez. 2004 http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista28/revista28_81.pdf. Acessado em 20 jun./2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CREMESP, **CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA**, disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/publicações/pdf/CodigoEticaMedica2013.pdf>. Acessado em 18 jun.2016.

CREMESP. **Exame do Cremesp 2015**, disponível em: https://www.cremesp.org.br/pdfs/resultado_Exame_do_Cremesp_2015.pdf. Acessado em 20 jun./2016.

CROCE, Delton; JUNIOR Croce Delton. **Erro Médico e o Direito**: 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena, curso direito Civil Brasileiro. v.7 Responsabilidade civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva 2015.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6. Rio de Janeiro Guanabara Koogan, 2011.

_____, _____. **Direito médico**. 12. Rio de Janeiro: Forense 2013.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OMS, **Relatório Mundial da Saúde, 2010**. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf?ua=1>. Acessado em 30 jun.2016.

TARTUCE, Flávio. *Coleção Rubens Limongi - Responsabilidade Civil Objetiva e Risco Vol. 10*. São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. ***Direito Civil: Responsabilidade Civil***, 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Contatos:jorgevieiraadv@gmail.com e gromanello@terra.com.br