

Elements of medical law

Roberto Augusto de Carvalho Campos¹, Rosmari Aparecida Elias Camargo², Oswaldo Fróes³, Maurício Malavasi Ganança⁴

1) Professor Doutor do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Co-responsável pela linha de pesquisa Biodireito do Programa de Pós-Graduação em Otorrinolaringologia e Cirurgia de Cabeça e Pescoço da UNIFESP.

2) Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Advogada especializada em Biodireito.

3) Professor do Departamento de Direito Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

4) Professor Titular do Departamento de Otorrinolaringologia e Cirurgia de Cabeça e Pescoço da UNIFESP; Professor Coordenador da linha de pesquisa Biodireito do Programa de Pós-Graduação em Otorrinolaringologia e Cirurgia de Cabeça e Pescoço da UNIFESP.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Universidade Federal de São Paulo – Escola Paulista de Medicina; Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Endereço para correspondência: Av. Brigadeiro Luiz Antonio 278. São Paulo. CEP 01318-000

RESUMO

A Medicina tornou-se diferenciada em relação às cobranças sociais porque tem como essência de sua atividade a saúde, que é um interesse individual e de toda a coletividade.

Tais aspectos transformaram a Medicina na profissão mais normatizada do nosso ordenamento jurídico, tendo na conduta médica o principal objeto de questionamentos na esfera cível, criminal e ética.

No processo, o questionamento do autor e a resposta do médico adquirem consistência com a comprovação das alegações com o prontuário médico, sempre a principal prova nas demandas dessa natureza, na medida em que neste documento estão presentes as informações relativas ao diagnóstico, terapêutica e prescrição, momentos críticos para as questões do Direito Médico.

Descritores: bioética, responsabilidade legal, erros médicos

SUMMARY

Medicine has become differentiated in relation to social demands because has as an essence of its activity Health, which is an individual and general interest.

Such aspects transformed the Medicine into the most normatized profession in the juridical ordination process, which has in the medical procedure the main object of questionings in the civil, criminal and ethic area.

In the process, the author's questioning and the physician's answer acquire consistency with the approval of the claims with the medical report, always the major proof in the demands of this nature while in this document, information regarding diagnoses, therapeutics and prescription are present. Critical moments for questions of the Medical Law.

Keywords: malpractice, litigation, adverse event

Toda ação jurídica tem como fundamento determinadas regras ou preceitos, cujas normas ou princípios lhe servem de orientação para a conduta adequada a cada situação concreta em termos de relações jurídicas. Assim, os princípios de direito são importantes elementos, que formam os axiomas jurídicos, derivados de cada atividade profissional, que não estão necessariamente fixados em leis ou mesmo nas disposições constitucionais mas que atuam na formação da consciência jurídica.

O que importa notar é que tais princípios são fundamentais tanto para o exercício como para a proteção dos direitos.

Atualmente é importante verificar qual conjunto de proposições fundamentam o Direito Médico, como garantia da validade dos diversos institutos, ou seja, quais são os princípios informativos setoriais deste ramo do Direito.

O que se constata é que hoje o **Direito Médico** vem se firmando como um ramo autônomo da ciência jurídica, porque tem um objeto próprio, qual seja, o **Homem** como **Ser**,

com direito à vida saudável, direito natural como tantos outros, com uma grande transcendência social e política, pois cabe ao Estado, em nosso sistema constitucional, prover as condições ideais de bem estar e saúde da população.

Neste sentido, o Professor José Afonso da Silva assevera que:

“A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem e recuperem.”¹

O Poder Público, pela **regulamentação, fiscalização e presença**, tem por objetivo a execução destes mandamentos constitucionais, ficando ao critério do mesmo a ação direta ou por terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, na forma da lei. (Neste sentido, artigos 196 e 197 da Constituição Federal de 1988).

¹ in “Curso de Direito Constitucional Positivo”, José Afonso da Silva, Ed. Malheiros, SP, 9ª ed. P.707.

Desta forma, a ação do médico, bem como de todos os profissionais da saúde, está voltada para o ordenamento constitucional, com alto interesse público, o que implica em questões de relação jurídica onde deve ser cuidadosamente especificado em que consiste este trabalho, sob pena de se enquadrá-lo nas normas do direito civil e penal geral, descuidando-se do que é específico no plano da saúde.

O Direito Médico tem marcada autonomia em relação aos demais ramos do Direito porque, mesmo considerando suas correlações com o Direito Civil de modo particular, que lhe serve de fundo, pois os princípios do Direito Médico não são necessariamente os mesmos do Direito Civil, em razão do objeto, bem como a responsabilidade é partilhada com o próprio Poder Público.

O Prof. Hernández Gil ² é de parecer que:

“para que uma verdadera y propia autonomia, es decir, autonomía científica o substancial, sea precedente, es preciso que, a parte, y además de la concurrencia de todas o de algunas de las circunstancias enumeradas, tales como importancia de la materia regulada y transcendência, económica de la misma, abundancia de leyes especiales, etc., los principios jurídicos informadores y los preceptos reguladores de una determinada materia, dentro de la unidade de ésta, ofrezcan, en atención a su contenido e fines, unos caracteres específicos propios, entre si homogéneos, necesariamente distintos de los sistemas que se integram, aunque no en cambio, necesariamente derogatorios de éstos, si bien además puedan serlo, siendo preciso, de igual manera, razones metodológicas, sistemáticas y de política regulativa que así lo aconsejen, y que aquellos principios constituyan un todo orgánico, definido y delimitado, capaz de engendrar una unidade de doctrina y que del reconocimiento de todo esto, se deriven ventajas para la materia de que se trata”.

Apresenta ainda princípios de conduta que derivam da **Ética**, da formação profissional e responsabilidade social compartilhada, no exercício da profissão. Importante também considerar sua metodologia própria e um regime jurídico de direito privado, mas com alto interesse público.

Assim, devemos considerar que o exercício da Medicina nos nossos dias está associado à crescente angústia e preocupação ensejada pelas demandas judiciais sofridas pelos profissionais.

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

A **Medicina** tornou-se diferenciada em relação às cobranças sociais devido a três fatores básicos:

- tem como essência de sua atividade a saúde e sendo esta o principal bem de qualquer pessoa, a sua preservação e 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, devido a aspectos epidemiológicos, preventivos, sanitários ou econômicos, sendo este último o aspecto conjuntural que enseja grande 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 no nosso País na Constituição Federal, Código Penal, Código Civil, Código de Ética Médica, 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.

A Medicina é mais antiga do que o próprio Direito, que precede as leis. Inverter esta ordem, caoticamente, sem criteriosa consolidação do **“Direito Médico”**, significa transformar a Medicina em profissão que poderá, no futuro, ter como potencial “inimigo” o próprio paciente.

Para situar a questão é de se considerar inicialmente que a conduta humana pode ser obediente ou contraveniente à ordem jurídica. No primeiro caso, temos os **atos jurídicos**, entre os quais se insere o negócio jurídico, uma vez que se conformam com o ordenamento legal e, no segundo, os **atos ilícitos**, porque em desacordo com a ordem legal.

O **ato lícito** reconhecido pelo direito tem o poder de criar faculdades para o próprio agente, sendo jurígeno, e o ato ilícito e lesivo a outrem cria deveres tão-somente para o agente, em função da correlata obrigação de reparação que se impõe a quem causa dano a outrem.

Falta, no entanto, aos juristas, isto com muita frequência, uma correta compreensão da função da Medicina. É estranho para o médico o fato da lei qualificar como ofensa corporal uma operação cirúrgica necessária, realizada segundo as regras próprias, deixando de ser punível se o paciente deu o seu consentimento. Tal situação denota algo contrário à natureza da profissão médica, pois é o médico capacitado para tomar decisões, o que o faz em benefício do paciente e muita vez a negativa de uma medida, necessária na visão do profissional, pode levar ao insucesso, ficando o mesmo com a atribuição de culpa. Atualmente a jurisprudência vem reconhecendo tais situações e trazendo novos direcionamentos às decisões de conflitos entre médico e paciente e buscando entre os peritos, nesta área, as orientações necessárias para decisões, o que nos faz salientar a importância deste auxiliar do juízo e dos assistentes técnicos, escolhidos pelas partes em conflito.

Portanto, um dos princípios a considerar na formulação de um direito médico é a relação que se está estabelecendo

² in “Revista de Derecho Procesal, Publicación Ibero-Americana en Filipinas, n. II, 1957, p. 357”, citado por Eduardo Pallares em “Derecho Procesal Civil”, Editorial Porrúa, México, 1964.

entre esta **ciência natural** e a **ciência jurídica**, hoje muito mais preocupada com a **ciência social**, como aquela que cuida da realidade social.

São requisitos do ato ilícito:

- **conduta**, que se configura na realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior;
- violação de um **ordenamento jurídico**;
- **imputabilidade**, ou do resultado antijurídico à consciência do agente;
- penetração da conduta na **esfera jurídica alheia**, pois, enquanto permanecer inócua, desmerece a atenção do direito.

Entre o **ilícito civil e o criminal não há diferença ontológica**, mas para o direito penal o delito é fator de desequilíbrio social que justifica a repressão como meio de restabelecimento. Por outro lado, para o direito civil um atentado contra o interesse privado demanda a reparação do dano através da forma indireta de restauração do equilíbrio rompido.

O médico, no exercício de sua atividade profissional, não está apenas sujeito às normas contidas no Código de Ética Médica e sim, também, às sanções cíveis e criminais instituídas pela lei comum para punir os danos causados por uma conduta profissional inadequada.

Portanto, o objeto dos questionamentos ético e jurídicos é justamente a “conduta médica” ou o “ato médico”

A CONDUTA MÉDICA

A atividade do médico apresenta, em síntese, três momentos essenciais: o **diagnóstico**, a **escolha terapêutica** e a **prescrição** para o caso.

O **diagnóstico** implica em condutas tais como:

- Atualização do profissional médico;
- Cuidadoso exame do caso;
- Encaminhamento para exames suplementares, se necessário;
- Encaminhamento para outros profissionais, se a questão estiver fora da área de sua especialização.

É fundamental que, no diagnóstico, ato de identificar e determinar a doença, o médico demonstre ter atuado com atenção, cuidado e consideração ao bem da vida do paciente, com uma perspectiva de cura de seus males, pois dele depende a escolha do tratamento adequado.

Nem sempre é possível um diagnóstico correto, pois informam os pesquisadores que são desconhecidas um terço das enfermidades catalogadas, razão porque o diagnóstico deve ser genérico, em determinados casos.

Muitas doenças têm sintomas similares e neste caso o erro de diagnóstico não é suficiente para uma condenação do médico. O que mais importa aqui é a condução do diagnóstico, ouvindo o paciente, coletando dados para uma interpretação correta, observando a existência de epidemias naquele momento, utilizando-se de todos os recursos disponíveis, e.g.,

exames laboratoriais, investigação pelos meios próprios, até a confirmação da hipótese formulada.

O diagnóstico implica assim em evidências clínicas ou exames subsidiários, e nos casos mais difíceis implica em comprovação com provas não apenas clínicas ou laboratoriais, mas também com aquelas complementares.

O erro de diagnóstico é escusável, e o que não se admite é o erro grosseiro ou procedimento que venha acarretar culpa grave.

Na **escolha terapêutica**, há uma relação direta com o diagnóstico, mas o que importa considerar é que as técnicas são hoje muito dinâmicas, e a decisão entre um procedimento mais antigo, se entender mais seguro, em detrimento de outras modalidades, deve estar precisamente demonstrado. Neste sentido a mídia vem demonstrando os progressos da tecnologia médica, o que em geral é possível apenas em grandes centros, não estando disponíveis para o homem comum do povo. O mesmo se diga de medicamentos.

A **prescrição** implica não apenas em indicação de tratamento por medicamentos, mas em certos casos de internação em hospitais ou clínicas especializadas, o que transfere para o médico o problema de uma indicação cujos custos nem sempre o paciente pode suportar.

Correlato ainda ao prognóstico, e se este for grave, sobrevém o **dever da informação**, o que implica em dizer a verdade, ao lado da necessidade de manter a esperança do paciente. Neste caso, se a perspectiva é de um desenlace fatal, a comunicação deve ser feita ao responsável pelo mesmo, conforme preceitua o artigo 59 do Código de Ética Médica.

Feito o diagnóstico, o paciente deve estar orientado quanto aos riscos possíveis, especialmente se for o caso de cirurgias, sua técnica, medicamentos a empregar, anestesia, de tal sorte que o paciente, ou aquele que por ele for responsável, pois há o caso da menoridade que será representada até o limite de dezesseis anos incompletos e assistida entre os dezesseis e maioridade dos vinte e um anos. Esta orientação será sempre em linguagem clara, fácil de ser aquilatada, de sorte a permitir uma decisão sobre o proposto.

Neste sentido lembramos que o prontuário e fichas de assentamentos do médico são da maior importância, constituindo-se ainda em meio de prova em defesa do profissional, pois em inúmeras situações o médico é chamado em juízo, ou mesmo em inquéritos para prestar esclarecimentos de casos que se deram há longo tempo, o que apenas a anotação segura, completa, esclarecedora, pode vir em sua defesa.

A **intervenção médica** em geral é precedida de consentimento do paciente ou de seus responsáveis, salvo nos casos de emergência, quando o risco de vida ou hipótese de

danos irremediáveis se apresenta, não havendo tempo suficiente para informação aos familiares.

Para o Prof. Aguiar Dias ³, o consentimento do paciente implica em se considerar os seguintes pontos principais:

- Se menor ou sem condições de consentir, deve a autorização ser obtida junto aos responsáveis, o que não exclui os casos de emergência em estado de perigo ou necessidade, pois nem sempre é possível obter autorizações no momento necessário; ⁴

- Em nenhum momento o paciente será objeto de experimentações ou riscos desnecessários, pois o que guia a atividade do profissional médico é a prudência, a cautela, para maior segurança da sua missão; ⁵

- A intervenção é urgente, inevitável, se o paciente apresentar intenção suicida, pois sua vontade, neste caso, deve ser desprezada;

- Se o tratamento é legalmente compulsório não há que se cogitar de consentimento.

É ainda necessário considerar que o consentimento do paciente não exime o médico de responsabilidades, daí a importância do tratamento ou intervenção se apresentarem de modo proporcional aos riscos.

Atualmente, com a vigência do Código de Defesa do Consumidor (Art. 4º, IV) o dever de informar é princípio de proteção e direito básico, devendo a mesma ser adequada, clara, inteligível.

A conduta médica implica ainda no **dever de vigilância**, pois a omissão em relação ao paciente que está inconsciente, sedado ou mesmo a pessoa fragilizada pelo mal de que padece, estando sob a responsabilidade do médico. O médico toma as providências cabíveis, sem inércia, passividade ou descaso, não se caracterizando uma vigilância apenas contemplativa. Quando encaminhado aos hospitais, estes têm o dever de atendê-los adequadamente em suas dependências.

A **atualização do médico**, tomando conhecimento dos avanços mais significativos de sua profissão, praticando uma medicina sempre atualizada é fundamental para mos-

trar que não se trata de um profissional negligente ou imprudente, pois está preocupado com aquilo que, em seu caso, constitui o bem mais importante, qual seja, a vida, a saúde das pessoas.

Cabe ainda mencionar a importância do **sigilo profissional**, previsto no Código de Ética Médica e no próprio Código Penal, que considera em seu art. 154 como crime o ato de revelação de segredo profissional, exceto nos casos em que a lei torna obrigatória a comunicação, e.g., doença infecto-contagiosa, doenças profissionais, toxicomanias, perícias judiciais, abortamentos criminosos, e.a.

O novo Código Civil Brasileiro, estabelece que:

*“Art. 229: Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:
I- a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;*

II- a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;

III- que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato”.

O art. 347 do Código de Processo Civil resguarda este direito do médico, afirmando que ele não será obrigado a depor sobre fatos a cujo respeito deva guardar sigilo por estado ou profissão.

A revelação de fato conhecido pelo médico em razão de sua profissão pode, por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente ser dada a público.

O descumprimento deste dever pode ensejar para o paciente o pedido de dano moral, pois ofende o direito à intimidade, um dos direitos da personalidade.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Toda vez que um ato médico provoca um dano material ou moral ao paciente cria-se a obrigação de indenizar civilmente. Esta obrigação está tipificada no artigo 159 do antigo Có-

Código Civil Brasileiro

⁴ **Art. 3º.** São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I- os menores de dezesseis anos;

II- os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III- os que, mesmo por motivo transitório, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I- os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II- os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III- os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV- os pródigos.

Parágrafo único – A capacidade dos silvícolas será regulada por legislação especial.

⁵ **Art. 13.** Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

digo Civil Brasileiro. O ato que provoca o dano pode ser comissivo ou omissivo.

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

“A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553”.⁶

O mesmo diploma legal estatua no art. 1.545, o que segue:

“Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte inabilitação de servir ou ferimento”.

Já no Código Civil atual, a satisfação do dano é de responsabilidade daquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilita-lo para o trabalho.

No caso do Médico, são pressupostos da responsabilidade civil: a 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 onde o indivíduo se abstém de atuar quando deveria fazê-lo**, e a inércia transgredir dever predeterminado. 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.

Neste sentido⁷, a lição de Reynaldo Andrade da Silveira:

“Ao estabelecer o preceito contido no art. 159, o Direito brasileiro, inspirado no Código Civil francês, erigiu como regra, quase que geral a teoria da culpa, como pressuposto para caracterização da responsabilidade civil, e de resto do dever de ressarcir.

Interessante notar, que a dever de indenizar, decorre da noção de dolo, isto é, quando o agente por ação ou omissão pretende, quer a ocorrência do fato; ou da noção de culpa, ou seja, quando agente, por ação ou omissão, negligência, imprudência ou imperícia, causa dano a outrem.

Posto não se tenha filiado, de modo, exclusivo à teoria da culpa, na medida em que o Código reconhece a culpa presumida em algumas passagens, a tônica da legislação brasileira é essa: o dever de indenizar decorre do dolo ou da culpa do agente, que por ação ou omissão provoca prejuízos.

Se essa é a regra, o Direito brasileiro, ‘pari passu’, vem admitindo, através de diplomas legais, a responsabilidade objetiva, isto é, a responsabilidade sem culpa, pois, dia a dia, cresce entre nós a chama Teoria do Risco ou Objetiva, em contraposição à clássica e cediça, Teoria Subjetiva, onde prevalece a idéia de culpa.

Cotejadas as duas teorias, que não são exercícios acadêmicos fúteis ou vazios, mas de ampla repercussão prática, temos que:

a) A **Teoria Subjetiva**, onde a responsabilidade esteia-se na noção de culpa, cabendo à vítima a prova da culpa do agente, e se demonstrada a negligência, imprudência e imperícia deste, decorre o dever de indenizar.

b) A **Teoria Objetiva**, ou do **Risco**, que tem como postulado indissociável que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se atrela por um nexo de causalidade, desprezando-se a idéia clássica de culpa.

Para a segunda das teorias, toda pessoa física ou jurídica que exerce alguma atividade, cria um risco de dano para terceiros, devendo, por isso mesmo ser compelida a reparar o dano, ainda que sua conduta esteja isenta de culpa.

A adoção desta teoria, para alguns, impõe um retrocesso à Antiguidade, visto que abraçaria a idéia da vingança anteriormente mencionada.

Nossa legislação já alberga esta teoria na Lei de Acidentes do Trabalho, no Código Brasileiro do Ar, na lei que regula a Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro, e quando se refere à Responsabilidade Civil do Estado, onde prevalece o dever de indenizar mesmo sem a existência ou prova da culpa.

Assim, notamos que convivem as duas teorias no seio do Direito Civil brasileiro, e pelo que se nota do Projeto de Código, tal situação tende a permanecer”.

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

A jurisprudência⁸ tem se orientado no seguinte sentido:

Da E. 2ª Câmara Cível, do TJSP, em apelação cuja ementa é a seguinte:

“Responsabilidade civil - Cirurgia de varizes - Defeito físico em decorrência - Inexistência de culpa do médico operador - Ação de indenização improcedente, se não ficar comprovada culpa do cirurgião”.

Do mesmo Tribunal paulista é a seguinte decisão:

“Responsabilidade civil - Médico - Culpa - Inexistência. Sem prova de culpa, ainda que o médico não tenha sido feliz no tratamento do paciente, não se há falar em responsabilidade civil”.

⁶ No Código Civil atual, a redação deste artigo é a seguinte: **Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷ RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO, Reynaldo Andrade da Silveira, (in RT, 674, Dezembro de 1991)

⁸ Jurisprudência citada por Reynaldo Andrade da Silveira, Responsabilidade Civil do Médico, in RT, 674, Dezembro de 1991.

Corte Estadual de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2ª Câmara Cível:

“Sendo a obrigação do médico uma obrigação de meio e não de resultado, é ele responsável pelo insucesso de uma cirurgia apenas quando fica provada sua imprudência ou negligência. Sem a prova de elemento subjetivo da responsabilidade civil, tudo há de ser debitado ao infortúnio. Não se apurando na instrução do processo, nada que possa comprovar o inadimplemento da obrigação de propiciar a assistência médica adequada, não há lugar para imputar-se responsabilidade indenizatória, seja ao respectivo médico assistente do paciente ou da própria organização onde o mesmo se achava hospitalizado”.

Tribunal do Estado de Alagoas, em 30.8.89, deliberou que:

“Responsabilidade civil - Erro médico - Inocorrência. A responsabilidade civil dos médicos, por atos de seu ofício, repousa na culpa. Assim, realizada a intervenção prescrita ao paciente, com a técnica adequada, não podem ser atribuídas à negligência, imprudência ou a imperícia de cirurgião as conseqüências desfavoráveis, provenientes de um mal evolutivo, decorrente de um processo inflamatório crônico e inespecífico”.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em julgamento que data de 1988:

“Responsabilidade civil – Erro médico – Dano moral – Juros. Não se concebe, nem se admite, no estágio atual da medicina o descuido ou a incompetência médica às regras de sua arte, com isso comprometendo a vida do paciente. Tal conduta gera responsabilidade civil com recomposição econômica, dentro dos limites tracejados pela lei em face do dano causado à comunhão familiar”.

Da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Minas Gerais:

“Responsabilidade civil – Erro médico – Indenização. O erro é próprio da falibilidade humana. O que não se pode admitir, no entanto, é que os melhores profissionais também não errem, é certo que, não sendo infalível a ciência médica, o erro desculpável do facultativo nunca poderia ser invocado como fundamento de responsabilidade. E não menos certo também é que nas obrigações de meio, que se contrapõem às obrigações de resultado, obriga-se tão-somente a diligenciar honestamente, a realização de um fim, com os meios de que dispõe a exemplo do que se dá com o exercício profissional da medicina, quando a responsabilidade do médico fica condicionada à demonstração da sua culpa, que por negligência, imprudência ou imperícia. Segundo o nosso Direito dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima”.

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. Nestes 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, como salientado, a **culpa** ao passo que na responsabilidade objetiva é o **risco**.

Na responsabilidade objetiva são admitidas duas modalidades, pois há um **risco proveito** quando aquele que obtém a vantagem, e.g. um patrão na empresa, deve ser onerado com a obrigação de indenizar as vítimas de acidente do trabalho; e o **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 nexos causal entre o ato culposos 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, onde 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. Negligente é o médico que desconsidera a queixa de vertigem com disacusia unilateral, não realizando qualquer tentativa de investigação diagnóstica. É também negligente o médico que, após diagnosticar episódios sucessivos de abscesso cerebral temporal, não promove diligências para identificar a causa primária para tal afecção.

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, o 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. É imperito aquele que trata, por vários anos seguidos, o seu paciente com o medicamento Flunarizina, apesar das queixas reiteradas de tremores, hipertonia e hipomímia que surgiram logo no início do tratamento.

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 desta 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 nesta 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 neste ramo novo para o Direito, mas tão antigo como o próprio Homem.

O ilustre Prof. Caio Mário⁹ nos diz que: “Quando opto pela definição do dano como *toda ofensa a um bem jurídico*, tenho precisamente em vista fugir da restrição à patrimonialidade do prejuízo”.

Assim, como ainda ensina o festejado doutrinador, “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 tranquilidade**, 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 controvertidas 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*”.

No mesmo sentido, a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/91) assegura a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, como que o artigo 6º, inciso VI.¹⁰

A enumeração, como dissemos, é exemplificativa, não se constituindo em **numerus clausus**, não podendo assim ser reduzida por via legislativa porque inscrita em cláusula pétrea da Constituição. A legislação ordinária pode, ao contrário, ampliá-la ou receber extensão pela via da interpretação jurisprudencial.

Princípio de natureza cogente, obrigatório para o juiz e para o legislador, neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 9.078/91) assegura a efetiva presunção e reparação de danos patrimoniais e morais (art. 6º):

“Artigo 6º. São direitos do consumidor:

VI. a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Cabe, no entanto, considerar que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica a esta 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 § 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, onde 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, onde se podem fixar os seguintes pontos.

A expressão “dano moral” se contrapõe 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, onde aparecem igualmente opiniões diversas.

⁹ in “Responsabilidade Civil”, Ed. Forense, 1993, p. 53 e ss.

¹⁰ **INDENIZAÇÃO** - Responsabilidade civil - Erro médico - Dano moral e estético - Fixação - Critério - Arbitramento em conformidade com a profundidade e extensão do sofrimento imposto à vítima - Verba majorada, acrescida de juros simples a partir da data do fato e correção monetária a partir da data do acórdão - Recurso provido para esse fim.

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Erro médico - Dano moral - Fixação - Fato anterior à Constituição de 1988 - Irrelevância - Indenizabilidade já reconhecida no direito positivo anterior - **Aplicabilidade do artigo 1.553 do Código Civil** - Recurso provido para esse fim.

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Erro médico - Profissional que figurou como assistente - Participação essencial no ato cirúrgico - Solidariedade reconhecida - Sentença confirmada. (in **JTJ** - Volume 196/131).

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 enriquecimento, independente 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 equitativamente 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**).

A jurisprudência tem se dividido; ora entende que ocorrendo indenização material descabe a indenização moral, ora admitindo a acumulação, ora excluindo-a se não houver dano material nos casos a analisar: lesão corporal, dano estético, homicídio, esbulho.

O médico e o ônus da prova

Para a sentença, a prova pode ser o principal meio de convencimento do julgador, portanto, o que se alega tem relevância superior se puder ser comprovado.

A prova representa o conjunto de meios admissíveis empregados para demonstrar a verdade ou falsidade de fato conhecido ou controvertido. Provar, portanto, é demonstrar, propiciar o convencimento da certeza de um ato ou fato jurídico.

Dispõe a lei processual civil brasileira, que o juiz apreciará livremente a prova, *atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos*, devendo indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Vê-se, pois, que é através da prova que o julgador toma conhecimento dos fatos alegados pelas partes, e é com base nela que a pretensão destas é acatada ou rejeitada. Importante instrumento para a demonstração da perfeita, ou quase perfeita, correspondência entre o fato alegado e a realidade, a prova é fator decisivo para o desfecho do processo.

Seu escopo último é o convencimento do juiz a respeito da veracidade ou certeza das alegações relativas aos fatos ocorridos, e que embasam a pretensão de cada uma das partes.

Por outro lado, é regra de direito que o *ônus* da prova incumbe a quem alega, àquele que aciona. *Onus probandi incumbit ei qui agit*.

O sentido isolado da palavra *ônus* pode ser entendido como carga, peso, encargo, dever ou obrigação. Porém, compreendido na expressão *ônus da prova*, o termo não está a significar obrigação, visto que não representa um dever jurídico, como o que se impõe sob pena de aplicação de uma sanção em caso de descumprimento.

Nas ações de indenização para reparação de danos decorrentes de erro médico, o ônus da prova deverá recair sobre o autor, que terá de produzir as provas necessárias ao perfeito convencimento do magistrado, de que o médico obrou com negligência, imprudência ou imperícia, dando azo ao evento danoso. Haverá obrigação de reparar o dano sempre que restar demonstrada a culpa do facultativo. Essa é a regra.

Porém, o Código de Defesa do Consumidor, que aborda normas de direito material e processual, prevê, em seu artigo 6º, inciso VIII, a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, *inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*. Privilegiou, com isso, o direito do consumidor, considerando-o como parte mais fraca na relação, mais vulnerável em relação ao fornecedor.

Inserida no Direito Consumerista, que tem como princípios o acesso à Justiça e a facilitação dos direitos do consumidor, a inversão do ônus da prova, se deferida, impõe ao médico réu, como fornecedor de serviços, a produção das provas que infirmem as alegações do paciente autor, ainda que este nada tenha produzido para comprová-las.

É nesse contexto que em certas ações de indenização intentadas contra médicos, há requerimento, desde a apresentação da petição inicial, da aplicação da inversão do ônus da prova, para o fim de se reconhecer como verdadeiros os fatos alegados, em desfavor dos demandados.

Estabelece a lei, dois requisitos bem definidos, quais sejam, a verossimilhança da alegação e/ou a hipossuficiência do consumidor, que devem ser apreciados pelo juiz segundo as regras ordinárias de experiências.

Portanto, a concessão do beneplácito não fica ao mero arbítrio do juiz. Antes, impõe-lhe a lei, a investigação da verdade, a apreciação das provas no caso concreto, a verificação da presença dos requisitos previstos, com vistas a uma correta conclusão, que deve estar em harmonia com a apreciação jurídica das provas constantes do processo.

Possível, portanto, a inversão do ônus da prova em desfavor do médico, nas ações indenizatórias por alegada falha na conduta profissional, somente se, após a apreciação das provas no caso concreto, concluir o julgador ser verossímil a alegação ou hipossuficiente o autor.

Merece ser lembrada a discussão doutrinária não pacífica que questiona o enquadramento do ato médico como relação de consumo, sugerindo, conseqüentemente, a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Contrários à linha dos consumeristas, alguns doutrinadores defendem que o legislador pretendeu, por meio do parágrafo 4º, art. 14, que estabelece a verificação da culpa na apuração da responsabilidade dos profissionais liberais, não apenas excluí-los da objetivação da responsabilidade civil, mas reafirmar a impossibilidade da apreciação desses casos sob outra ótica legal que não a do Código Civil.

Tais situações, obviamente, merecem apreciação atenta, sob pena de tornar os profissionais liberais, e em especial os médicos, alvos fáceis de pessoas ladinas, e o que é mais grave, com aparente respaldo legal.

DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Na esfera criminal, a culpa adquire uma 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. Este tipo de conduta a lei qualifica como dolosa.

Se a conduta adotada pelo médico, no exercício de sua atividade, causar dano ao paciente e tiver sido decorrência de negligência, imprudência ou imperícia, diz-se que foi uma conduta culposa e o profissional poderá vir a ser processado tanto na esfera cível quanto na criminal.

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 condutas para a remoção de tecidos, órgãos e partes do corpo humano e tipifica como crime, condutas que só podem ser adotadas por médicos. O mesmo ocorre com a Lei de Engenharia Genética, que disciplina o uso das técnicas de engenharia genética e liberação do meio ambiente de organismos geneticamente modificados. 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 caracteriza-se como um fato previsto na legislação penal pátria como crime, instaura-se um procedimento investigatório que visa acolher provas e evidências quanto à autoria e materialidade do fato alegado.

O primeiro passo para a apuração de um fato criminoso é a instauração de um inquérito policial, mero procedimento administrativo, apenas investigatório, que antecede a ação penal. O inquérito é presidido pelo delegado de polícia e tem

o intuito de ouvir as testemunhas, a vítima e o suspeito que, nesta fase, é tratado por “indiciado”.

O inquérito pode ser iniciado de diversas formas: mediante auto de prisão em flagrante, portaria, notícia-crime, por requerimento da vítima, mediante requisição de promotor ou juiz, ou, ainda, por meio de representação da vítima, nos crimes de ação penal privada.

Não há um rito preestabelecido para a elaboração do inquérito, mas ele obedece a uma certa ordem que se inicia com o recolhimento de certas provas como, por exemplo, as declarações das vítimas e das testemunhas e a realização de perícias. Após, haverá o interrogatório do “Indiciado” que, como o próprio nome indica, é o indivíduo para o qual apontam os indícios da autoria do crime que está sendo investigado.

Apesar do inquérito policial ser presidido pelo delegado de polícia, normalmente, as declarações da vítima, das testemunhas e o interrogatório do indiciado são feitos na presença do escrivão de polícia. Nesta fase não é obrigatória a presença do advogado, em face da natureza meramente inquisitiva do inquérito, porém a prática demonstra que a presença deste profissional, acompanhando o interrogatório do cliente e tomando conhecimento das provas colhidas, poderá prevenir possíveis abusos, inclusive com a adoção de medidas judiciais, se for o caso, como, por exemplo, a impetração de um *habeas-corpus*.

Ao final do inquérito policial, o delegado que o presidiu elaborará um relatório que será encaminhado ao promotor público para o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, que são as peças iniciadoras da ação penal pública ou privada, respectivamente, dependendo da espécie de crime que está sendo apurado. A autoridade policial não tem a prerrogativa de arquivar o inquérito, pois esta atribuição é do juiz, a pedido do Ministério Público.

Somente com o oferecimento da denúncia e sua aceitação por parte do juiz dá-se início à ação penal onde o indiciado passa a ser “réu”. A partir de então, inicia-se a fase denominada “instrução criminal”, onde o réu é intimado, tomando conhecimento da ação e da data que foi marcada pelo juiz para o seu interrogatório. Durante o interrogatório não é indispensável a presença do advogado, visto que é um ato privativo do juiz. Entretanto, sempre é mais conveniente que o advogado esteja presente para melhor instruir o seu cliente e fiscalizar a lei, não podendo intervir nas respostas dadas por ele às perguntas formuladas pelo juiz.

Após o interrogatório começa a correr o prazo para a defesa prévia, onde o advogado do réu alega sua inocência e arrola as testemunhas, sem antecipar a tese de defesa. Na fase seguinte, serão inquiridas as testemunhas de acusação e de defesa e, após, o Ministério Público e a defesa poderão requerer diligências, dentro do prazo de 24 horas para cada parte. Trata-se de fase em que se pode pedir esclarecimentos, colher elementos complementares ou novos, juntar, soli-

citar ou requisitar folha de antecedentes e certidões, entre outras coisas.

Concluídas as diligências, a acusação e a defesa terão prazo para o oferecimento das alegações finais, que é o momento onde cada qual fará todas as argumentações para convencer o juiz da tese defendida. Caso o juiz entenda necessário, poderá solicitar novas diligências, como, por exemplo, a oitiva de uma nova testemunha.

Por último, será proferida a sentença contendo:

- um resumo do que foi alegado pela acusação e pela defesa,
- a motivação do juiz,
- o fundamento legal de sua decisão, e
- o dispositivo que condenará ou absolverá o réu.

Quando um médico é processado e condenado na esfera criminal, esta decisão acarretará a responsabilidade pela indenização na esfera cível. A responsabilidade civil é independente da criminal, conforme preceitua o novo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 935;¹¹ 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.

DA ÉTICA MÉDICA E DOS CONSELHOS DE MEDICINA

O direito à vida e à morte digna é abordagem presente desde o momento em que o homem consegue valorizar a sua existência e temer o seu fim.

A regulamentação do exercício da Medicina ocorreu primitivamente na França, no século XIV. O Brasil teve, a partir do final do século XIX, suas primeiras referências para a regulamentação da Medicina.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XIII, aponta que:

“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

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

Os códigos de ética médica e dos profissionais de saúde em geral prevêm, 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 a sua saúde.

O Código de Ética Médica, em seu artigo 6º, estabelece que:

“o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar um sofrimento físico ou moral...”.

Como vimos, é justamente no artigo V, inciso XIII, da Constituição Federal, e no artigo 6º do Código de Ética Médica que encontramos a síntese dos direitos e deveres do médico. A ele é confiado, até pela Constituição, o principal bem de todos, a saúde. Ao mesmo tempo se impõe que os conhecimentos, reconhecidos pela lei, não gerem sofrimento físico ou moral.

Os Conselhos Regionais de Medicina, ao legalizarem a profissão médica, também devem dar à sociedade a oportunidade do controle do exercício. Com isso, os Conselhos, que são autarquias especiais com personalidade jurídica de Direito Público, têm a função de disciplinar, impor normas, fiscalizar e julgar a atividade médica no território nacional.

Os atos médicos que motivem representação, queixa ou denúncia e apresentem as características de infração ético-profissional são tratados nos Conselhos Regionais por “processos ético-profissionais”, que têm a forma de autos judiciais, com as peças anexadas por termo e os despachos, pareceres e decisões exarados em ordem cronológica e numérica.

O processo é instruído por comissão de três membros que ouvem o denunciante, o denunciado e as testemunhas arroladas pelas partes e as determinadas pela Comissão de Instrução.

Após esta fase, é designado um relator e um revisor do processo que emitirão pareceres com posterior julgamento. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais são:

- advertência confidencial;
- censura confidencial;
- censura pública;
- suspensão do exercício profissional;
- cassação do exercício profissional.

Da imposição de qualquer pena caberá sempre recurso de apelação para o Conselho Federal de Medicina.

A denúncia ao Conselho Regional de Medicina em cada caso concreto pode ocorrer independentemente do inquérito policial, processo cível ou penal. No entanto, os pareceres exarados ou condenações têm relevância no convencimento do juízo nas ações cíveis ou penais instauradas.

A DEFESA DO 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.

¹¹ *Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

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 lente cujas cores e acuidade são fornecidas pelo médico.

É no prontuário que encontramos aspectos relacionados ao consentimento informado, onde o médico formalmente declara ao paciente o diagnóstico, prognóstico, 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, no seu artigo 5º, XIII, onde 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. Neste 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.

A 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. Nesta 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 terão 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 do 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 em 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.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Albera K, Bonziglias S, Giordano C, Cavalat H. *I disturbi dell equilibrio: nuova proposta di metodologia valutativa in ambito médico-legale*. Acta Otorinolaryngol Ital. 2002; 22 (2): 57-65.
2. Dias, JA. *Da responsabilidade civil*, 10ª ed., São Paulo: Forense, 1997.
3. Gevers. *Mixing of medical and scientific responsibilities is undesirable*. Ned Tijdschr Geneesk. 2000; 144 (35): 1662-4.
4. Gil, Hernández in Revista de Derecho Procesal Civil, Publicación Ibero-Americana en Filipinas, n. II, 1957, p. 357 *apud* Eduardo Pallares en *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed, México: Editorial Porrúa, 1965.
5. Pereira C M S. *Responsabilidade Civil*, Ed. Forense, 1993.
6. Roche N, Durieux, P. *Clinical practice guidelines: from methodological to practical issues*. Intensive Care Med. 1994; 20(8): 593-601.
7. Romanello Neto J. *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Ed. Jurídica Brasileira, São Paulo: 1998.
8. Silva JA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed, São Paulo: Malheiros, 1996.
9. Silveira RA. *Responsabilidade Civil do Médico* in Revista dos Tribunais, v. 674, p. 57-62, dezembro, 1991.
10. Ulsenheiner K. *“Guidelines, codes of practice, standards”. Risk or chance for physician and patient?* Orthopade 1998; 27 (3): 207-12.