



"Não sendo a medicina uma ciência de cálculo, nem uma ciência apenas descritiva, e possuindo o seu raciocínio uma parte tão importante como os fatos, ela está cheia de erros, por causa da nossa ignorância sobre um número infinito de pormenores. Na medicina, exatamente como em qualquer outro ramo dos nossos conhecimentos humanos, as cabeças de Hidra do erro renascerem e multiplicam-se, à medida que vão sendo cortadas."

— Dicionário Médico de Medicina Interna e Externa - século XIX.

O MÉDICO E A JUSTIÇA

UM ESTUDO SOBRE AÇÕES
JUDICIAIS RELACIONADAS AO EXERCÍCIO
PROFISSIONAL DA MEDICINA

O MÉDICO E A JUSTIÇA

UM ESTUDO SOBRE AÇÕES
JUDICIAIS RELACIONADAS AO EXERCÍCIO
PROFISSIONAL DA MEDICINA

C R E M E S P

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo

2006

O Médico e a Justiça

Publicação do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo

Rua da Consolação, 753 - Centro - São Paulo SP - CEP 01301-910

Tel: (11) 3017-9300 www.cremesp.org.br

COORDENADORES INSTITUCIONAIS

Conselheiros

Dr. Nacime Salomão Mansur e

Dr. Reinaldo Ayer de Oliveira

COORDENADOR DO CENTRO DE DADOS DO CREMESP

Dr. José Cássio de Moraes

PESQUISADORES

Andrea Lazzarini Salazar

João Roberto Salazar

Juliana Ferreira

Karina Bozola Grou

Mário Scheffer

ARTE E DIAGRAMAÇÃO

José Humberto de S. Santos

REVISÃO

Leda Aparecida Costa

PARCERIA

Publicação realizada por meio de convênio com o

Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

O médico e a justiça / Coordenação Institucional de Nacime Mansur e Reinaldo Ayer de Oliveira. São Paulo : Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2006.

92 p.

Vários colaboradores

1. Erro médico 2. Ética médica 3. Prática da medicina 4. Relação médico paciente I. Mansur, Nacime (Coord.) II. Oliveira, Reinaldo Ayer (Coord.) III. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo IV. Título

NLM

W 32.5

APRESENTAÇÃO

É com grata satisfação que apresentamos o inédito estudo do Cremesp “O Médico e a Justiça”, que analisou ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina, propostas perante a Justiça Estadual de São Paulo.

Com isso o Cremesp dá uma importante contribuição para a compreensão dos aspectos que envolvem a má prática profissional, não só no âmbito de sua competência legal da fiscalização ética, mas também nas esferas cível e criminal.

O objetivo do estudo foi conhecer as reclamações levadas à Justiça por pacientes ou familiares insatisfeitos com o atendimento médico prestado; o posicionamento do judiciário diante do alegado erro médico; a natureza da prestação do serviço que gerou o processo judicial; bem como identificar os réus destas ações (se são médicos, hospitais, laboratórios de análises clínicas ou planos de saúde); e conhecer a dimensão dos possíveis danos causados àqueles que recorreram à Justiça.

O Cremesp é sempre procurado pela sociedade e pelos meios de comunicação para posicionar-se e prestar esclarecimentos sobre denúncias contra médicos, que possam conter eventuais infrações éticas relacionadas ao exercício da profissão.

Além dos casos específicos que têm repercussão e visibilidade na mídia, há um especial interesse pelo crescimento quantitativo, ao longo dos anos, das denúncias que dão entrada no Conselho e na Justiça comum, que são popularmente generalizadas como “erro médico”, termo bastante estigmatizado. Por isso, julgamos que o termo “má prática” seja o mais apropriado.

Desde o início desta gestão do Cremesp, foi estabelecido um diálogo franco com todos aqueles que desejam abordar este assunto. O Cremesp não só tem levantado as diversas causas da má prática e das condutas inadequadas dos médicos, como tem buscado apontar os caminhos para a solução do problema.

Dentre as mais de 3.000 denúncias recebidas pelo Cremesp por ano, cerca de 25% envolvem supostos atos médicos caracterizados como imperícia, imprudência e negligência do profissional e que podem trazer potencial prejuízo à saúde e à vida do paciente. A maior parte das denúncias, no entanto, está relacionada à insatisfação diante de determinado atendimento, à publicidade e propaganda irregulares, aos problemas com atestados e perícias médicas, às dificuldades de relacionamento entre colegas de profissão, entre médicos e empregadores também médicos, dentre outras situações.

Temos claro que nem todo mau resultado ou efeito adverso na Medicina está diretamente ligado à má prática médica. Mas todas as situações denunciadas precisam ser apuradas e punidas com justiça.

Mesmo com os avanços da ciência e com a crescente incorporação de novas tecnologias, a Medicina, infelizmente, ainda não tem respostas para todas as situações. A deterioração dos serviços de saúde, as condições de trabalho dos médicos, tanto na saúde pública, quanto no setor privado, não podem justificar, mas contribuem muitas vezes para uma resposta inadequada à necessidade de saúde dos pacientes.

Já as deficiências no ensino médico, com a proliferação de escolas sem condições de formação profissional, estão diretamente ligadas às infrações éticas. Baseados nesta convicção, o Cremesp intensificou a luta contra a abertura desenfreada de cursos de Medicina no Estado e implementou a iniciativa pioneira de avaliação dos estudantes de sexto ano de Medicina no Estado de São Paulo.

A partir de estudos como este, o Cremesp poderá adotar medidas preventivas que possam evitar situações de riscos tanto para a população assistida pelos médicos, quanto para os profissionais.

A prevenção da má prática e a conseqüente melhoria da qualidade da assistência médica, anseios do Cremesp, dependem do bom exercício da Medicina, o que requer um perfeito equilíbrio entre a formação básica adequada, o acesso à Residência Médica, a educação continuada ao longo da carreira, a boa relação médico-paciente, assim como remuneração e condições adequadas de trabalho.

Desiré Carlos Callegari

Presidente do Cremesp

ÍNDICE

A PRÁTICA MÉDICA NA JUSTIÇA BRASILEIRA	9
DESCRIÇÃO DA PESQUISA	13
A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL	23
DESCRIÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS DA PESQUISA NA ESFERA CÍVEL	39
DESCRIÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS DA PESQUISA NA ESFERA PENAL	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
BIBLIOGRAFIA	91

“não sendo a medicina uma ciência de cálculo, nem uma ciência apenas descritiva, e possuindo o seu raciocínio uma parte tão importante como os fatos, ela está cheia de erros, por causa da nossa ignorância sobre um número infinito de pormenores. Na medicina, exatamente como em qualquer outro ramo dos nossos conhecimentos humanos, as cabeças de Hidra do erro renascem e multiplicam-se, à medida que vão sendo cortadas”.

Dicionário Clássico de Medicina Interna e Externa – século XIX.

1

A PRÁTICA MÉDICA NA JUSTIÇA BRASILEIRA

A prática médica está firmemente baseada na relação que o médico constrói com o paciente. Habitualmente o resultado tem sido o atendimento adequado ao doente e à coletividade. Sem dúvida, a prática médica, comprometida com o desenvolvimento científico e tecnológico e com a medicina baseada em evidências, tem possibilitado avanços nos padrões de saúde individual e coletiva dos povos. O aumento da idade média alcançado nos últimos anos é um destes marcadores importantes da melhoria das condições de vida e de saúde das pessoas. Não obstante, a prática médica, como qualquer atividade humana, é passível de resultados adversos e falhas.

Há uma variedade grande de expressões para designar os eventos adversos que ocorrem com os doentes em decorrência do atendimento ao agravo à sua saúde.

Inicialmente, deve-se considerar a evolução natural da chamada doença de base como responsável por grande parte dos eventos considerados desfavoráveis. Exemplo disso é a falência no tratamento de determinadas doenças graves quando estão esgotadas todas as possibilidades terapêuticas. Essa situação ocorre quando o profissional empregou os recursos adequados, obtendo resultados diferentes do pretendido, decorrentes da situação incontrolável, própria da evolução do caso.

De outra maneira, pode acontecer que os recursos possibilitados pela ciência, especialmente a medicina, e aqueles disponibilizados pela organização do sistema de atenção à saúde, não alcançam os resultados desejados, ocorrendo um fato adverso, considerado controlável. Nessas situações, o

estudo de diferentes variáveis tem permitido conhecer melhor e estabelecer protocolos de redução de tais fatos.

É nesta dimensão que passamos a cotejar o que se considera como erro médico.

Usualmente, entende-se por erro médico toda falha cometida por médico no exercício de sua profissão. É comum a referência a erro médico quando ocorre: o insucesso de um diagnóstico e ou de um procedimento, a falha na proposta de uma terapia, a utilização inadequada de um equipamento, a assistência insatisfatória ao doente, a dificuldade na relação médico-paciente, etc. Esse entendimento, além de inadequado, já que desconsidera o evento adverso, inerente à prática médica, estabelece, previamente e de maneira preconceituosa, o julgamento de alguma coisa que não foi julgada.

A má prática médica pode ser conceituada como: conduta inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir dano à vida ou agravo à saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência. Esta é a condição e definição de uma má prática médica, ressaltando que não há erro sem dano ou agravo à saúde de terceiros.

Na medicina legal define-se responsabilidade do médico como *“a obrigação, de ordem civil, penal e administrativa, a que estão sujeitos os médicos, no exercício profissional, quando de um resultado lesivo ao paciente, por imprudência, imperícia e negligência. Tal forma de responsabilidade fundamenta-se no princípio da culpa, em que o agente dá causa a um dano, sem o devido cuidado a que normalmente está obrigado a ter, e não o evita por julgar que esse resultado não se configure”*¹.

Na análise da prática de um médico, feita por meio de processo administrativo (ético) ou de processo judicial, leva-se em consideração as circunstâncias envolvidas, com o objetivo de caracterizar e diferenciar a má prática (erro médico) e um evento adverso. Por pressuposto, e, por medida de justiça, a queixa (denúncia) deve ser inicialmente considerada como alegado erro médico.

O julgamento justo, consistente em provas e argumentos, termina quando fica evidenciado ter havido má prática e, desta maneira: a culpa, a condenação e a punição do profissional.

Não obstante as diferenças conceituais entre o erro médico e o evento adverso, há na doutrina jurídica quem considere erro médico como:

¹ França, Genival Veloso. *Medicina Legal* p. 459.

“o mau resultado involuntário, oriundo de falhas estruturais, quando das condições de trabalho e os equipamentos forem insuficientes para um satisfatório atendimento, ou trabalho médico danoso ao paciente que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência, gerando o dever de indenizar”².

Esta definição amplia, sob o enfoque jurídico, a visão do se que tem por erro médico, considerando não apenas o “erro” cometido pelo profissional médico, mas também toda falha cometida no âmbito da prestação de assistência à saúde. Não resta dúvida, contudo, que o tema tem maior significado e importância para a classe médica, que presta a imensa maioria dos serviços de assistência à saúde, seja como profissional liberal, empregado de hospital, de clínica ou como credenciado de operadora de assistência à saúde.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, sensível à questão do erro médico, elaborou um conjunto de estudos para diagnosticar a situação dos médicos paulistas junto ao Poder Judiciário brasileiro, especialmente para conhecer como a Justiça paulista vem tratando as denúncias relacionadas com a prática profissional do médico.

O erro que resulta em dano ao paciente acarreta conseqüências tanto no âmbito civil, quanto na esfera penal. Atualmente, no Brasil, a responsabilidade civil por erro médico é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo novo Código Civil, que dispõem sobre a natureza da responsabilidade do profissional e dos prestadores de serviço de saúde, as modalidades de indenização cabíveis, o ônus da prova, entre outros aspectos. A legislação aplicável é relativamente recente, já que a vigência do Código de Defesa do Consumidor data de 11 de março de 1991 e a do novo Código Civil, de 11 de janeiro de 2003.

Já a responsabilidade penal do médico é regulada principalmente pelo Código Penal, que está em vigor desde 1940, mas teve a parte geral reformada pela Lei n.º. 7.209/84, além de outras leis específicas como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Penais, a Lei n.º. 9.099/95.

O presente estudo apresenta como o Poder Judiciário brasileiro, especialmente a Justiça paulista, tem enfrentado a matéria e interpretado a legislação vigente nos aspectos de maior relevância e interesse para os profissionais e para o Conselho Regional de Medicina de São Paulo, entre os quais a forma de responsabilização dos profissionais, as indenizações e seus valores.

2 Diniz, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, p. 587.

2

DESCRIÇÃO DA PESQUISA

O objetivo do presente trabalho é verificar o comportamento da Justiça nas demandas sobre o alegado erro médico, de modo a fornecer subsídios para o Cremesp orientar suas ações de regulação e fiscalização do exercício da medicina no Estado de São Paulo.

O trabalho foi elaborado visando atingir os seguintes objetivos específicos: a) quantificar as decisões sobre o alegado erro médico proferidas pelos tribunais analisados ao longo de determinado período; b) verificar quais são os réus dessas ações judiciais (médicos, hospitais, operadoras de planos de saúde, etc.); c) identificar a natureza da prestação do serviço médico discutido nas ações; d) conhecer os problemas ou danos causados aos pacientes; e) analisar o posicionamento do Judiciário quanto à questão do alegado erro médico; f) analisar (quantitativa e qualitativamente) as sanções aplicadas nas ações que reconhecem a prática do erro médico; g) identificar os principais fundamentos jurídicos das decisões.

Para tanto, foram percorridas três fases: a) coleta de decisões judiciais, b) análise das decisões coletadas e c) elaboração e publicação dos resultados.

2.1 COLETA E SISTEMATIZAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

2.1.1 Abrangência geográfica

A abrangência geográfica das decisões integrantes da análise observou a área de atuação do Cremesp, qual seja, o Estado de São Paulo. Dessa forma, as decisões selecionadas dizem respeito às ações propostas perante a Justiça estadual de São Paulo.

2.1.2 Tribunais pesquisados

O estudo englobou decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal na análise dos recursos interpostos em ações oriundas do Estado de São Paulo. Portanto, o estudo limitou-se às decisões judiciais proferidas já em sede de recurso (2ª. instância¹ e instâncias especiais²)³.

As decisões de 1ª. instância não foram analisadas separadamente em razão da dificuldade de obtê-las perante a Justiça estadual de São Paulo. Tais decisões não se encontram informatizadas e o Poder Judiciário estadual não possui um banco de dados a partir do qual seja possível pesquisar o universo de ações judiciais envolvendo erro médico. O posicionamento da 1ª. instância, entretanto, foi analisado indiretamente a partir das decisões proferidas pelos tribunais, como será explicado adiante. Por essa razão, eventuais decisões de 1ª. instância que não foram objeto de recurso – ou seja, que foram acatadas pelas partes – não puderam ser examinadas na presente pesquisa.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) é o órgão competente por julgar, em 2º grau de jurisdição, os recursos das ações judiciais de responsabilidade civil decorrentes de erro médico⁴.

Já o extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (TACRIM/SP)⁵ era, até dezembro de 2004, data final do período pesquisado, o órgão competente para julgar, em sede recursal, as infrações penais com pena de detenção⁶, que incluem os crimes de lesão corporal culposa e de homicídio culposo, nos quais pode se enquadrar o erro médico⁷.

1 Tribunal de Justiça e extinto Tribunal de Alçada Criminal.

2 Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

3 Essas decisões são tomadas pelos órgãos colegiados dos Tribunais, sendo chamadas de acórdãos.

4 Durante o período de julgamento das decisões analisadas (2000 a 2004), além do Tribunal de Justiça (TJ), em São Paulo, o Tribunal de Alçada Civil (TAC) também julgava recursos de ações cíveis. A divisão das matérias que ficava a cargo de cada um era definida por meio de provimento do TJ. Desde 2005, com a reforma do Poder Judiciário implantada pela Emenda Constitucional nº. 45, os Tribunais foram unificados, só existindo atualmente o Tribunal de Justiça. Vale ressaltar que os Juizados Especiais Cíveis não tratam de ações de responsabilidade civil decorrentes de erro médico em razão da complexidade da questão.

5 Extinto pela Emenda Constitucional nº. 45. Atualmente, esta competência também é do TJ.

6 Art. 79, II, “b”, da Constituição do Estado de São Paulo.

7 Não foram pesquisadas as decisões proferidas no âmbito do Juizado Especial Criminal – JECRIM, pois estas não se encontram informatizadas e não há ferramenta de pesquisa na Internet.

Ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) compete dar a última palavra sobre a interpretação das normas infraconstitucionais, a partir das decisões dos Tribunais Estaduais (2ª. instância), entre eles o TJ/SP. Nesse sentido, dentre as suas competências (especificadas no artigo 105 da Constituição Federal) consta verificar se as decisões de 2ª. instância ofendem lei federal vigente no país, mediante provocação da parte vencida por meio de recurso especial. Nesse sentido, algumas decisões proferidas pelo TJ/SP foram levadas ao STJ sob alegação de violação da Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e/ou da Lei nº. 3.071/16 (antigo Código Civil), ambas federais.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal (STF) apresenta-se como o órgão máximo do sistema judiciário brasileiro, sendo competente para julgar os recursos interpostos contra decisões sob alegação de contrariedade à Constituição Federal.

2.1.3 Natureza e teor das decisões

Foram coletadas decisões que cuidam dos aspectos civis e criminais que dizem respeito à responsabilidade do médico de indenizar a vítima ou sua família (esfera civil) e de responder à sociedade pelos ilícitos cometidos (esfera criminal).

Quanto às decisões de natureza civil cumpre destacar que, em sua grande maioria, são decisões de mérito que efetivamente analisaram o pedido feito pelo autor da ação. Contudo, algumas delas trataram de questões meramente processuais⁸, não tendo apreciado o conteúdo do pedido do autor – o que ainda será feito no decorrer do processo.

2.1.4 Local e expressões utilizadas na coleta

As decisões foram coletadas nos sites dos tribunais mencionados acima, por meio do sistema de busca do setor de jurisprudência. A busca jurisprudencial foi feita das palavras-chaves “erro e médico” e “responsabilidade e médico”.

⁸ Os aspectos processuais são aqueles relacionados às formalidades da ação judicial. Uma decisão dessa natureza não analisa o pedido do autor (por exemplo, a indenização) por entender que existe uma ou mais questões de forma que impedem o julgamento do mérito da ação. Exemplos: ilegitimidade de parte (autor e/ou réu não deveriam figurar como parte); incompetência (juiz entende que a ação deve ser processada e julgada em outro foro e não naquele em que fora proposta a ação); entre outros.

2.1.5 Limite temporal

Integraram a pesquisa as decisões publicadas entre 1º. de janeiro de 2000 e 31 de dezembro de 2004. Este mesmo período foi fixado para a análise das decisões do TACRIM/SP. No STF e no STJ não foi preciso impor esse limite temporal, uma vez que o número de julgados sobre o tema não é expressivo, viabilizando a análise de todas as decisões encontradas nesses tribunais sobre o alegado erro médico.

2.1.6 Total de decisões analisadas

Durante a coleta, verificou-se que, por várias vezes, uma mesma decisão aparecia repetidamente nos resultados das buscas. Por essa razão, o número de decisões efetivamente analisadas foi inferior ao estimado inicialmente (cerca de 450).

Ao todo 353 decisões de natureza civil foram analisadas, sendo 334 do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 do Superior Tribunal de Justiça e uma do Supremo Tribunal Federal. Na esfera criminal analisou-se um total de 23, sendo 15 do TACRIM/SP, cinco do STJ e três do STF.

2.2 ANÁLISE DAS DECISÕES COLETADAS

Para sistematizar os dados das decisões cíveis fez-se um questionário que foi aplicado em cada uma delas. Tendo em vista o universo restrito de decisões criminais, estas foram analisadas separadamente.

2.2.1 Questionário

O questionário contemplou os seguintes itens: 1) tribunal que proferiu a decisão; 2) número do acórdão; 3) data de julgamento; 4) natureza da ação; 5) objeto da ação; 6) município de origem; 7) nome do autor; 8) nome do(s) réu(s); 9) outros prestadores envolvidos; 10) natureza da prestação de serviço; 11) problema ou erro discutido na ação; 12) motivo da ida ao médico, hospital ou à clínica; 13) dano físico causado ao paciente; 14) perícia; 15) local de ocorrência do erro; 16) resultado em 1ª. instância; 17) resultado em 2ª. instância; 18) resultado na instância especial; 19) responsabilidade reconhecida na decisão; 20) condenação; 21) fundamentação.

Como se nota da leitura do questionário, alguns desses itens foram preenchidos, de modo descritivo, como no tópico “problema ou erro discutido na ação”. Outros receberam pré-classificações, como o “local de ocorrência do erro”, havendo ainda aqueles que, além da pré-classifi-

cação, contaram com campos descritivos para especificações, como aconteceu com os “réus” e com o “dano físico causado ao paciente”.

Desses itens, merecem esclarecimentos:

a. Objeto da ação

Este item diz respeito ao pedido da ação, que foi pré-classificado em: “dano moral”, “dano material”, “dano estético”, “indenização não especificada¹⁰”. Na contagem do número de cada tipo de pedido, as ações que cumularam pedidos foram computadas tanto em dano moral como em dano material, por exemplo. Por essa razão, o número total de pedidos não corresponde ao número de decisões analisadas.

b. Réus

Os réus também foram pré-classificados como “médicos”, “hospitais”, “clínicas”, “laboratórios”, “poder público” e “outros”.

A classificação “poder público” permitiu identificar os casos em que o alegado erro médico deu-se na prestação do serviço público de saúde. Nesses casos, é possível processar não apenas as pessoas físicas que prestaram o atendimento, mas também o ente responsável pelo serviço público (municípios, estados ou União).

Na categoria “outros” estão os réus que não se enquadraram nas demais categorias, de que não puderam ser identificados pela leitura das decisões judiciais, ou ainda os réus que, embora pertencentes a alguma categoria, não foram encontrados no cadastro do Cremesp. Foi o que aconteceu, por exemplo, com dez médicos. Isso ocorreu em virtude da exigência técnica do banco de dados de decisões – que se comunica com o cadastro de médicos e empresas da área da saúde do Conselho (hospitais, laboratórios, clínicas, operadoras, etc.).

9 Dano moral: dano que causa dor, sofrimento, tristeza à vítima e é recompensado em dinheiro diante da impossibilidade de se “voltar” à situação anterior ao fato danoso. **Dano material:** dano que afeta o patrimônio da vítima e deve ser reparado em valor equivalente ao que lhe foi subtraído, visando a “recomposição” da situação (material) anterior ao fato lesivo. **Dano estético:** dano que atinge o aspecto físico da vítima, causando-lhe deformações, marcas, defeitos. Assim como o dano moral, sua indenização é feita por meio de compensação patrimonial. As definições jurídicas mais pormenorizadas constam de item específico desta publicação.

10 Foram inseridas no campo “indenização não especificada” as decisões que concederam ao réu alguma indenização, porém sem especificar em seu teor detalhes sobre a espécie de indenização concedida. Por vezes, as decisões de 2ª. instância fazem apenas remissão às de 1ª. instância, que não foram objeto deste estudo.

Além de classificar os réus, sempre que possível seus nomes completos foram especificados. Os réus médicos também tiveram suas especialidades identificadas por meio das informações constantes dos cadastros do Cremesp.

c. Outros prestadores envolvidos

Nesse campo foram identificados outros prestadores de serviço que não figuravam como réus, mas de alguma forma estavam envolvidos no erro médico discutido judicialmente.

d. Problema ou erro discutido na ação

Neste item foram descritas as discussões sobre o alegado erro médico travadas nas ações – desde as queixas dos pacientes até as condutas médicas. Os problemas discutidos em todas as ações foram descritos independentemente do resultado das respectivas decisões.

e. Dano físico causado ao paciente

O foco aqui foi identificar os danos físicos mencionados pelos pacientes em decorrência do alegado erro médico indicado na ação. Todos os danos físicos relatados nas ações foram descritos, independentemente do resultado das decisões.

Este campo contou com a seguinte pré-classificação: “morte”, “lesão”, “coma”, “dano não especificado”, “outros” e “não houve dano físico”.

As lesões foram especificadas em campo descritivo e na classificação “outros” foram incluídos danos físicos como quadros de dores, inflamações, infecções e contaminações, que também foram especificadas.

f. Resultado em primeira instância

Para facilitar a avaliação do posicionamento da Justiça, esse campo foi pré-classificado em decisões: “favoráveis ao paciente”, “parcialmente favoráveis ao paciente”, “desfavoráveis ao paciente”, “extinção sem julgamento de mérito”, “outros” e “posicionamento não identificado”.

As decisões com resultado “parcialmente favoráveis ao paciente” foram aquelas que concederam apenas parte do pedido formulado pelo autor.

No campo “extinção sem julgamento de mérito” foram destacadas as decisões que, em razão de irregularidades formais do processo, deixaram de decidir o mérito da ação, encerrando-a.

Em “outros resultados” foram classificadas as decisões que também

em função de questões processuais, formais, não adentraram no mérito da ação. A diferença, aqui, é que a ação não foi extinta. Exemplo disso é a decisão que remete o processo para outro juiz por entender que este é competente para julgá-lo.

Cumprе ressaltar que a análise dos resultados das ações em 1ª. instância foi feita a partir do teor das decisões do TJ/SP, STJ e do STF.

g. Resultado em segunda instância

A classificação aqui adotada foi de decisões: “favoráveis ao paciente”, “parcialmente favoráveis ao paciente”, “desfavoráveis ao paciente”, “outros resultados” e “resultados não identificados”.

No campo “outros resultados” foram incluídas as decisões que não apreciaram o mérito da ação, por exemplo, decisões que converteram o julgamento em diligência para melhor apurar o caso, que cuidaram apenas de questões processuais, que anularam a sentença de 1ª. instância e remeteram o processo de volta para que nova sentença fosse proferida, etc.

Aqui foram computados os resultados tanto das decisões colhidas no TJ/SP, como daquelas colhidas no STJ e no STF. Da mesma forma como ocorreu na 1ª. instância, a partir das decisões das instâncias superiores (STJ e STF) foi possível, na maioria das vezes, identificar o posicionamento das instâncias inferiores (1ª. e 2ª. instâncias).

h. Resultado na instância especial

A mesma classificação adotada na 2ª. instância foi empregada neste item.

i. Responsabilidade reconhecida na decisão

As decisões aqui foram classificadas em “responsabilidade objetiva”, “responsabilidade subjetiva”¹¹ ou “responsabilidade não especificada”¹². Os casos em que não houve responsabilização foram computados como “responsabilidade não configurada”.

11 Responsabilidade objetiva: é uma modalidade de responsabilidade em que a conduta do agente não é verificada, isto é, o dever de reparar é obrigatório, independentemente de o causador do dano ter agido com culpa (imperícia, imprudência ou negligência) ou dolo. **Responsabilidade subjetiva:** é a espécie de responsabilidade que exige a caracterização da culpa ou dolo do agente para configuração do dever de reparação. As definições jurídicas mais pormenorizadas constam de item específico desta publicação.

12 Foram classificadas como “responsabilidade não especificada” as decisões cujo teor não especificou a espécie de responsabilidade caracterizada.

O item “responsabilidade subjetiva” foi ainda subdividido de acordo com o tipo de conduta do réu – “dolo” ou “culpa”¹³ – esta última sendo caracterizada por “imprudência”, “negligência” ou “imperícia”¹⁴.

Cumprido observar que quando as ações apresentavam mais de um réu, responsabilizados de forma distinta pela decisão judicial, o tipo de responsabilidade atribuído a cada um deles foi especificado nos campos descritivos. Por exemplo, responsabilidade objetiva para o hospital e responsabilidade subjetiva para o médico ou responsabilidade não configurada para o hospital e responsabilidade subjetiva para o médico. Dessa maneira, foi possível obter, além do número de réus responsabilizados judicialmente, a natureza da responsabilidade atribuída a cada categoria – médicos, hospitais, laboratórios, clínicas, operadoras de planos de saúde, poder público.

O campo “responsabilidade reconhecida na decisão” refletiu o estágio atual dos processos julgados pelo TJ/SP, STJ e STF no período selecionado. A grande maioria das decisões que integram o presente estudo já analisou o mérito da ação, e, portanto, a responsabilidade do(s) réu(s) em 2ª. instância, o que indica que a probabilidade de alteração dos resultados é muito pequena.

Entre as decisões que não responsabilizaram o(s) réu(s) – “responsabilidade não configurada” – estão as decisões de 2ª. instância que de fato não responsabilizaram os réus; também sendo incluídas as decisões de 1ª. instância que ainda aguardam pronunciamento do tribunal quanto à responsabilidade; e as decisões que ainda não julgaram o mérito da ação e, por essa razão, ainda não tiveram qualquer responsabilidade configurada.

Uma observação importante a fazer é que tanto as ações decididas somente pela 1ª. instância, como aquelas que ainda não tiveram decisão de mérito, podem ter seu resultado alterado, embora sejam minoria.

Do mesmo modo, entre as decisões que implicaram no reconhecimento de responsabilidade – “responsabilidade objetiva”, “responsabilidade subjetiva” e “responsabilidade não especificada” – estão aquelas decididas em 2ª. instância e aquelas somente decididas em 1ª. instância. Estas últimas ainda poderão ser revistas pelo tribunal.

13 Culpa: é um erro de conduta do agente por negligência, imperícia ou imprudência. **Dolo:** é a conduta intencional de causar dano.

14 Imprudência: é a conduta precipitada ou ousada, ausente de moderação. **Negligência:** é a conduta passiva, inerte, sem o dever de diligência. **Imperícia:** é a conduta com insuficiência de conhecimentos técnicos ou faltando com atenção às normas da profissão.

Cabe também esclarecer que, diante do reduzido número de ações que alcançam as instâncias superiores (STJ e STF), como será explicado adiante, as decisões de 2ª instância normalmente tornam-se definitivas.

j. Condenação

Como o objetivo das ações de natureza cível é a reparação dos danos sofridos pela vítima de erro médico, a condenação em geral implica na imposição da obrigação de indenizar. Por essa razão, as decisões que condenaram o(s) réu(s) foram classificadas em: decisões que concederam “indenização por dano moral”, “indenização por dano material”, “indenização por dano estético” e “não especificado”, indenizações cujas especificações não foram reveladas pela decisão. Os casos que não condenaram o(s) réu(s) foram computados no item “não houve condenação”.

O item “indenização por dano material” foi ainda subdividido em “pensão”, “lucros cessantes”, “despesas de reabilitação”¹⁵ e “outros”.

Além da classificação acima, sempre que possível, foram especificados os valores da indenização fixada na condenação. Por exemplo, indenização por dano moral de R\$ 100 mil, ou indenização por dano material – pagamento de pensão de dois salários mínimos durante dez anos. Dessa forma, foi possível não só catalogar as espécies de indenizações determinadas em cada decisão, computando cada uma delas separadamente, como também identificar os valores atribuídos a cada uma dessas indenizações pela Justiça.

Vale lembrar que em muitos casos as decisões judiciais condenaram o(s) réu(s), numa única ação, ao pagamento de mais de um tipo de indenização. Exemplo: condenação por dano moral e também por dano material na modalidade de pagamento de despesas com reabilitação. Na contagem do número de cada espécie de indenização concedida, decisões desse tipo foram computadas tanto em “indenização por dano moral” como em “indenização por dano material–despesas com reabilitação”. Por essa razão, o número total de indenizações é superior ao número de decisões que integram a pesquisa.

15 Pensão: benefício concedido em caso de morte ou invalidez da vítima. **Lucros cessantes:** é a forma de reparar a vítima obrigada de se afastar de sua atividade profissional por causa do dano. **Despesas de reabilitação:** são aquelas devidas em função da necessidade de novos procedimentos médicos para reabilitação, tais como cirurgia, fisioterapia, medicamentos, entre outros.

Como no item “responsabilidade”, a “condenação” refletiu o estágio atual dos processos. Sendo assim, no universo de decisões em que não houve condenação estão incluídas as decisões de 2^a. instância que reconheceram a inexistência de responsabilidade do(s) réu(s); decisões de 1^a. instância que aguardam revisão pelo tribunal; e decisões que ainda não julgaram o mérito da ação, nas quais, portanto, ainda não houve qualquer condenação. Tanto as decisões de 1^a. instância como aquelas que ainda não decidiram sobre a condenação podem ter seu resultado alterado quando apreciadas pela 2^a. instância ou quando o mérito for julgado.

Dentre as ações que tiveram alguma condenação – “indenização dano moral”, “indenização dano material”, “indenização dano estético”, indenização não especificada” – foram computadas as decisões de mérito de 2^a. e 1^a. instâncias.

2.2.2 Banco de dados

Para facilitar a sistematização dos dados colhidos, o Cremesp elaborou um banco de dados informatizado. O Sistema de Controle de Acórdãos foi desenvolvido sobre a plataforma *Oracle*, agregando a experiência da Central de Informática do Cremesp. Na elaboração, foram utilizados os modelos de dados *Star Schema* e *Snow Flake*, de modo a facilitar a obtenção de dados estatísticos. Foram aproveitadas informações já existentes na base de dados do Cremesp para evitar redundâncias e digitação de informações desnecessárias.

Esse banco reflete os itens constantes do questionário e foi alimentado com os dados coletados das decisões judiciais cíveis. Os dados referentes às decisões criminais não foram incluídos no banco de dados, uma vez que estas não foram analisadas por meio de questionário.

2.3 Elaboração dos resultados

A presente publicação contempla os principais resultados da pesquisa, destacando-se os aspectos de maior relevância para os médicos e a legislação aplicável no país para o denominado erro médico ou responsabilidade do médico.

3

A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

3.1. NA ESFERA CÍVEL

Apesar da designação *erro médico*, este (o médico) não é o único a figurar como réu nas ações propostas por pacientes insatisfeitos com os serviços médicos, como apontado anteriormente. O presente estudo revelou que hospitais, operadoras de saúde, clínicas, laboratórios, Poder Público e outras pessoas, muitas vezes também são chamados a responder ações indenizatórias decorrentes de alegados erros médicos. Por essa razão, na breve exposição da legislação aplicável que se segue, procurou-se levar em conta a multiplicidade dos réus envolvidos.

3.1.1 A configuração da responsabilidade

a. O Código Civil de 1916 e a responsabilidade subjetiva

O Código Civil de 1916 fixou não somente a regra geral da responsabilidade civil (artigo 159¹), como também cuidou especificamente da responsabilidade dos médicos, no seu artigo 1.545:

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

¹ “Art. 159 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, 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.”

Assim, sob a proteção do antigo Código Civil, vigente até 10 de janeiro de 2003, para a configuração da responsabilidade médica fazia-se necessária a presença de três requisitos:

a) a existência de dano (material ou moral); b) a demonstração da conduta culposa e/ou dolosa do profissional; c) a existência de nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano sofrido pelo paciente.

Esse regime, baseado na culpa² do agente causador do dano (item b, acima), denomina-se responsabilidade subjetiva. Isso significa que, diante de determinado caso concreto, ainda que o paciente tenha sofrido dano, se for demonstrado que o médico procedeu com a atenção e os cuidados esperados, e que empregou a técnica adequada, ficará isento da obrigação de indenizar. Diz-se, então, que não se configurou a responsabilidade civil do médico.

Constituem espécies de *culpa* a imprudência, a negligência e a imperícia. A atitude médica revela-se imprudente quando o profissional atua de maneira precipitada ou ousada. Já a negligência é caracterizada pela omissão, inércia, passividade ou mesmo pela falta de vigilância. E, por sua vez, a imperícia dá-se quando carece ao médico a técnica adequada ou este deixa de observar as normas da profissão.

b. O Código de Defesa do Consumidor

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), vigente desde 11 de março de 1991, as relações de consumo passaram a ser regidas pelo sistema da responsabilidade objetiva³, visando tornar efetiva a reparação dos danos causados aos consumidores na sociedade de consumo.

2 Segundo Alvino Lima, “*Culpa* é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato.” *Culpa e risco*, p. 69.

3 Confira algumas razões listadas por Nelson Nery Jr. para justificar a adoção do regime da responsabilidade objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor: “3. Esse sistema [da responsabilidade subjetiva], entretanto, já não atende aos reclamos da sociedade hodierna, principalmente em face da economia de massa, que exige novas tomadas de posição dos que lidam com o direito. Os seguintes pontos, entre outros, merecem nossa reflexão: a) houve profundas modificações nos sistemas de produção, com o advento das revoluções industrial e tecnológica, esta última representada pela expansão da produção em massa; b) a produção em massa ocasionou a **desindividualização** do produto, e, em contrapartida, transformou o consumidor identificado em consumidor anônimo; c) o comerciante perdeu a preeminência de sua função intermediadora, em face dos grandes centros produtores; d) os contratos intermediários, que eram um elemento de ligação entre os negócios sucessivos, estão perdendo sua autonomia econômica, em benefício de um tratamento unitário, que leve em conta a linha negocial que vai de uma ponta a outra, do fabricante ao consumidor (“Absatzstruktur” – estrutura de mercado, na opinião de Diederichsen).” *Aspectos da Responsabilidade Civil do Fornecedor no Código de Defesa do Consumidor* (Lei n.º 8.078/90), p. 77.

Assim, enquanto a responsabilidade civil entre particulares continuou a ser regulada pelo antigo Código Civil (por exemplo, a responsabilidade decorrente de acidentes de trânsito), a responsabilidade civil na esfera das relações de consumo, ou seja, entre consumidores e fornecedores, foi subtraída da incidência do Código Civil, passando a ser regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nesse regime, diferentemente do sistema da responsabilidade subjetiva, para configurar o dever de indenizar, basta a demonstração: a) da existência de dano (material e/ou moral); e, b) da existência de nexo de causalidade entre o defeito do serviço e o dano sofrido pelo consumidor.

Sendo objetiva a responsabilidade do agente causador do dano sua conduta passa a ser irrelevante para a configuração da responsabilidade. Ou seja, mesmo que o agente tenha atuado com toda a diligência, atenção e empregado a melhor técnica, ou seja, não tenha ele atuado com culpa, ainda assim poderá ser condenado a indenizar o prejuízo sofrido pelo consumidor.

É o caso, por exemplo, do cliente do banco que sofre a retirada de certo valor de sua conta corrente: se for demonstrado o defeito no serviço prestado pelo banco e o prejuízo do consumidor, a instituição financeira será obrigada a indenizar o cliente, ainda que demonstre que adotou todos os cuidados necessários para evitar a ação de *hackers*.

b.1. Os médicos: exceção à regra da responsabilidade objetiva

No entanto, apesar dessa importante inovação introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo como regra, nas relações de consumo, o sistema da responsabilidade objetiva, a categoria dos profissionais liberais (médicos, advogados, etc.) foi expressamente excepcionada, mantendo-se a responsabilidade subjetiva, como se pode observar do artigo 14, § 4º., do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (sem grifo no original)

Isso porque a natureza da atividade médica é, em regra, de meio⁴, e não de resultado, razão pela qual não se justifica a imposição da responsabilidade objetiva (independentemente da apuração de culpa).

Portanto, se para os fornecedores de produtos e serviços em geral o Código de Defesa do Consumidor representou uma profunda mudança no que diz respeito ao sistema da responsabilidade civil, o mesmo não ocorreu em relação aos médicos (e profissionais liberais em geral), que continuam a responder perante seus clientes apenas quando demonstrada sua culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

Quanto à matéria, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor⁵ entende que:

“Trata-se do fornecimento de serviços por profissionais liberais cuja responsabilidade será apurada mediante verificação de culpa.

Explica-se a diversidade de tratamento em razão da natureza intuitu personae dos serviços prestados por profissionais liberais. De fato, os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes.

Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.”

De toda sorte, o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 6º, inciso VIII, como direito básico do consumidor, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”.

Assim, ainda que o regime da responsabilidade civil para os liberais tenha-se mantido de natureza subjetiva, quanto ao ônus da prova, deverá

4 “A obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de certo resultado. O médico, normalmente, assume uma obrigação de meios.

A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar certo fim, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar a outro, ou consertar e pôr em funcionamento certa máquina (será de garantia se, além disso, ainda afirmar que o maquinário atingirá uma determinada produtividade). O médico a assume, por exemplo, quando se comprometer a efetuar uma transfusão de sangue, ou a realizar certa visita.” Ruy Rosado de Aguiar Jr., p. 35.

5 Zelmo Denari. In: Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 159/160.

o juiz aplicar a inversão prevista no artigo 6º., VIII, restando ao profissional comprovar que não agiu com culpa ou que estava presente alguma hipótese de excludente de responsabilidade. De acordo com o mesmo autor, “*Se o dispositivo comentado afastou, na espécie sujeita, a responsabilidade objetiva, não chegou a abolir a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Incumbe ao profissional provar, em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade.*”⁶

b.2. Os demais prestadores de serviços médicos (hospitais, operadoras de saúde, clínicas, etc.)

Na área da saúde, os hospitais privados e as operadoras de saúde são exemplos de fornecedores que, a partir de 11 de março de 1991, data em que entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, passaram a responder objetivamente perante o consumidor⁷, valendo observar, contudo, que essa questão ainda não é pacífica nos tribunais.

Muito embora a maior parte das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça reconheça a responsabilidade objetiva de hospitais e empresas de plano de saúde⁸, recente decisão dessa corte, ao analisar pedido de indenização formulado contra hospital, em razão de alegado erro

⁶ No mesmo sentido é o entendimento de Maria Helena Diniz, ob. cit., p. 590.

⁷ Antes do Código de Defesa do Consumidor, os hospitais, clínicas, operadoras de saúde e demais prestadores de serviços médicos do setor privado já podiam ser responsabilizados pelo erro médico, por força do art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 (“Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o patrão, o amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522);”). Ocorre que, primeiro, a vítima do erro médico era obrigada a demonstrar a culpa do preposto desses estabelecimentos, ou seja, do causador direto do dano. Aplicava-se, portanto, o regime da responsabilidade subjetiva.

⁸ Veja-se, a título exemplificativo, a seguinte ementa: “CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido.” Interessante a percutiente análise da ministra Nancy Andrighi, manifestada em voto-vista, do qual destaca-se: “Em outras palavras, a operadora de planos de saúde, responde objetivamente pela eleição, escolha do plantel de profissionais que oferece a seus associados, bem como pelas instituições hospitalares, quando não for proprietária desta e, ainda, pelo acidente de serviço, independente de ter tido o profissional agido ou não com culpa. Por isso, fica afastada a possibilidade de a questão ser resolvida pelos arts. 1.521 cumulado com o art. 1.523 do CC, porque estes regem relações civis segundo as regras da responsabilidade subjetiva. (...) Ocorrendo prejuízo ao usuário-consumidor, independente de culpa do terceiro contratado, pelas leis civis, ou pelas leis trabalhistas a operadora responderá pelo acidente de consumo. Esta é a força da responsabilidade objetiva e solidária que o CDC impõe com o objetivo claro de proteger e ampliar os meios de reparação aos danos que o consumidor sofra, assegurando na relação interna entre médico, hospital e plano de saúde, o exercício do direito de regresso, somente nesta última relação jurídica é que a responsabilização se fará mediante a avaliação da culpa do(s) agente(s), não se aplicando, por isso, a tese de separação da culpa proposta pela recorrente.” Resp. 138059/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 13/03/01.

praticado por médicos a ele relacionados, decidiu que o hospital somente pode ser responsabilizado quando se demonstrar a culpa dos profissionais. O relator do recurso, Ministro Fernando Gonçalves manifestou entendimento de que a responsabilidade objetiva do hospital, pautada no artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, “*circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).*”⁹.

Apesar de esta ser a única decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, indica que a Justiça ainda não pacificou o entendimento acerca de qual o regime de responsabilidade civil que deve ser aplicado aos hospitais e a operadoras de saúde na hipótese de erro médico (subjetiva ou objetiva).

Vale sublinhar, por fim, que há consenso quanto à responsabilidade objetiva dos hospitais em relação aos serviços estritamente hospitalares, como, por exemplo, os relativos às instalações físicas, equipamentos, alimentação e atos praticados por todos os seus prepostos (exceto médicos).

Com relação ao poder público, nem seria necessária a existência do CDC em matéria de responsabilidade civil. Desde 1988 impera a Constituição Federal que, em seu artigo 37, parágrafo 6º., disciplina a matéria, determinando: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Assim, tanto a União, os estados membros, o distrito federal e os municípios, como os hospitais e demais serviços públicos, serão responsabilizados independentemente da existência de culpa, ressalvando-se apenas as excludentes de responsabilidade do caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima, uma vez que afastam o nexo de causalidade.

Essa norma foi contemplada no artigo 43, do atual Código Civil: “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

⁹ Resp. 258.389/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16/06/2005.

Como explicitado nas disposições acima transcritas, independentemente da responsabilidade objetiva do poder público, o médico e demais profissionais só responderão se for demonstrada sua conduta culposa ou dolosa.

c. O novo Código Civil e a responsabilidade civil do médico

Em 11 de janeiro de 2003, com a entrada em vigor no país do novo Código Civil, o regime geral da responsabilidade civil não se alterou, mantendo-se a necessidade de comprovação da culpa do agressor¹⁰, inclusive quando decorrente de erro médico, como se verifica do disposto no artigo 951:

“Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

A responsabilidade objetiva foi limitada às atividades que implicam, “(...) por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (artigo 927, parágrafo único do Código Civil¹¹), mas nestas não se inclui o serviço prestado pela classe médica, conforme esclarece Miguel Kfoury Neto¹²:

*“Evidentemente, a ninguém ocorrerá atribuir aos profissionais da área de saúde o exercício de atividade que, normalmente, por sua própria natureza, implica risco aos direitos do paciente – hipótese que, caso admitida, descartaria a verificação da culpa, na atribuição de responsabilidade, acarretando a adoção da responsabilidade objetiva, fulcrada na teoria do risco criado. Isto porque **a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco de agravamento do seu estado de saúde, propiciando melhora ou a cura total.** Mesmo que se utilizem equipamentos em procedimentos cirúrgicos (cirurgias videolaparoscópicas, variadas aplicações de Laser, p. ex.), ainda assim será imperativo provar-se a imperícia, imprudência ou negligência do profissional. Isto porque o advento da nova codificação civil, neste aspecto, nada inovou: a responsabilidade médica, em regra, continua a ser subjetiva.”*

¹⁰ “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.”

¹¹ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (sem grifo no original)

¹² Responsabilidade civil do médico, p. 61.

Conclui-se, portanto, que, atualmente, apesar da inovação introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor em relação ao regime da responsabilidade civil, este diploma excepcionou expressamente os médicos (e demais profissionais liberais), que continuam, ainda hoje, mesmo com o novo Código Civil, a responder perante o paciente somente mediante a comprovação de sua culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

Cabe aqui observar o trecho de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que ressalta ser a obrigação do médico de meio e, por isso, indispensável a demonstração de culpa em sua atuação:

“Na obrigação de meio, o devedor obriga-se a fornecer os meios necessários para a realização de um fim, sem se responsabilizar pelo resultado. Nela, o devedor obriga-se tão-somente a obrar com prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado sem, no entanto, vincular-se à sua obtenção. Incumbe ao devedor, tão-somente, desenvolver todos os esforços, todos os cuidados necessários à consecução do resultado, mas não se obriga ao resultado.

É o que ocorre, basicamente, com o contrato de prestação de serviços médicos, pelo qual o profissional se compromete a cuidar do enfermo. O médico, é evidente, não pode garantir a cura do paciente. O credor da obrigação (no caso, o paciente ou a pessoa que o contratou) tem o direito de exigir do médico o melhor tratamento possível, mas não poderá afirmar o inadimplemento da obrigação pelo médico, a não ser que se demonstre conduta negligente, imprudente ou desleal.”¹³

3.1.2 Espécies de Indenização

A configuração da responsabilidade pressupõe a existência de um dano. O dano nada mais é do que a lesão a um bem protegido juridicamente, como, por exemplo, a saúde, a vida, a integridade física, moral e estética. De acordo com a legislação, o dano pode ser moral, material e/ou estético, ensejando cada qual indenizações específicas.

a. Indenização por dano material

O artigo 402 do Código Civil¹⁴ trata do dano material, composto pelos chamados danos emergentes (efetiva perda de patrimônio) e pelos lucros

¹³ Apelação Cível 104.244-4/6-00, Des. Rel. Elliot Akel, j. 25/07/2000.

¹⁴ “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e os danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

cessantes (o que a vítima deixou de ganhar em função do evento danoso).

Para o reconhecimento do dano material, impõe-se que este seja atual e certo, ou que já esteja consumado no momento da formulação do pedido indenizatório, não havendo óbice, entretanto, a inclusão de prejuízos futuros decorrentes do ato lesivo. Outra condição imprescindível para o ressarcimento do dano material é que ele seja comprovado pelo autor da ação. Não basta a alegação que em razão do dano deixou a parte de perceber salário mensal: é preciso demonstrar esse fato, apresentando, por exemplo, carteira de trabalho ou contrato de prestação de serviços, e os últimos holerites.

Assim, a indenização por dano material corresponde ao montante do prejuízo amargado pela vítima, se prestando a condenação à recomposição da perda patrimonial sofrida.

Porém, há uma ressalva no novo Código Civil (art. 944, parágrafo único¹⁵), que autoriza o juiz, excepcionalmente, a reduzir equitativamente o valor da indenização se entender haver relevante desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão do dano. Ou seja, se a vítima amargar uma vultosa perda patrimonial, mas a culpa do agente for considerada leve, o magistrado pode fixar uma indenização inferior ao efetivo prejuízo. E, se a vítima agir culposamente, contribuindo para o agravamento do dano causado pelo erro médico, o valor da indenização igualmente poderá ser abrandado pelo juiz (art. 945, do Código Civil¹⁶).

b. Indenização por dano moral

Com relação ao dano moral, não mais se questiona o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, já que está expresso na Constituição Federal (art. 5º, incisos V e X¹⁷), no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI¹⁸) e no novo Código Civil (art. 186¹⁹).

15 “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

16 “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

17 Art. 5º (...): V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...).

18 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (...).

19 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.

Mas, os magistrados deparam-se com imensa dificuldade na quantificação da indenização decorrente de dano moral devido à impossibilidade de mensurar a dor, o sofrimento, o abalo psíquico, o constrangimento decorrente da morte de um ente querido, da deformidade permanente, da perda de visão ou outro dano, etc. E também em razão da inexistência de normas legais que estipulem valores.

Outro traço marcante da indenização por dano moral é que esta não tem a finalidade de *ressarcir* a vítima, ao contrário do que ocorre com a indenização por dano material. A indenização em questão visa *compensar* a vítima em virtude do abalo moral sofrido²⁰, como restou bem esclarecido nos acórdãos analisados, principalmente na decisão ora transcrita:

*“A finalidade de quantificação dos danos morais, como sabido, é proporcionar ao ofendido conforto material pelo dano sofrido, de forma que se sinta ele seguro quanto ao fato de haver compartilhado daquela dor e, mais, de que houve o entendimento de sua real existência, reflexos e conseqüências; é, por assim dizer, proporcionar ao ofendido a sensação da justiça terrena, não só daquela Divina onde, como se costuma dizer, quem faz paga. Por outro lado, esta quantificação representa ao ofensor a repreensão pelo ato causador do dano, de forma que tenha ele que pensar duas vezes antes de voltar a fazê-lo: que seja mais prudente, diligente e perito nas situações que podem ofender o direito de outrem, porque, uma vez penalizado, certamente não se esquecerá de cercar-se de todos os cuidados necessários à não repetição da falta cometida. Este o caráter duplo da quantificação: reparação e repreensão.”*²¹

Para a fixação do valor da indenização, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram alguns parâmetros, como a intensidade do sofrimento infligido à vítima, as circunstâncias do ato lesivo, a necessidade de desestimular a rein-

²⁰ Sobre a distinção da finalidade da indenização por dano moral e por dano material confira-se a lição de Yussef Said Cahali: “Em síntese: no dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente o ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso; com a reposição do equivalente pecuniário, opera-se o *ressarcimento do dano patrimonial*.

Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que a indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.” Dano Moral, p. 42.

²¹ TJ/SP, Apelação Cível 125.220-4/0-00, Des. Rel. Ruy Camilo, j. 28/05/2002.

cidência do ato lesivo e a capacidade econômica do ofensor e do ofendido.

O Superior Tribunal de Justiça, instância última de controle do valor de indenizações decorrentes de dano moral no país, assim tem-se manifestado sobre a questão:

*“O Superior Tribunal de Justiça deve exercer o controle sobre as indenizações fixadas a título de **dano moral**, mensurando os valores com razoabilidade e moderação, aferindo a situação econômica do indenizado evitando-se o enriquecimento sem causa.”*²²

c. Indenização por dano estético

Há ainda o dano estético que, segundo Wilson Melo da Silva, citado por Miguel Kfoury Neto, abrange não apenas o aleijão, mas também “as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos, ainda que mínimos e que pudessem implicar, sob qualquer aspecto, um ‘afeiamento’ da vítima ou que pudessem vir a se constituir, para ela, numa simples lesão ‘desgostante’, como diria Lopes Vieira (*Medicina judiciária e pericial*, p. 115) ou em um permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos”.²³

Assim como a indenização por dano moral, a reparação do dano estético tem finalidade *compensatória*, e não propriamente de *ressarcir* o prejuízo amargado pela vítima.

A cumulação do dano moral e estético, conforme já mencionado, é admitida pela Justiça, conforme ilustra um dos julgados objeto do presente estudo²⁴, que aprecia pedido de indenização de mulher que buscava eliminar os “culotes”, mas cuja cirurgia provocou-lhe manchas, irregularidades na pele e assimetria dos quadris, piorando sua aparência. Nessa decisão do STJ, o relator, ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. reconheceu a possibilidade de cumulação dos danos morais e estéticos, sublinhando que o dano estético correspondente à grave deformidade corporal “*umenta consideravelmente àquela dor [moral], e por isso deve ser considerado como parcela autônoma para o fim de se calcular o valor da indenização que corresponda à necessidade de justa reparação*”.

22 REsp 669691-SP, Min. Rel. Jorge Scartezzini, j. 28/06/2005.

23 Responsabilidade civil do médico, p. 108.

24 Resp. 457.312-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19/11/2002.

3.2. NA ESFERA PENAL

Assim como ocorre na área cível, o erro médico surte efeitos também na esfera penal, onde pode haver imposição de pena bem mais severa do que a indenização pecuniária da vítima, como, por exemplo, a privação da liberdade. Para tanto, basta que fique caracterizada uma conduta definida pelo legislador como crime.

Apenas pessoas físicas podem ser autoras de crime. Isso porque a conduta criminosa depende do agir com vontade, caracterizada pelo dolo ou pela culpa, conforme estipula o artigo 18 do Código Penal. Assim, só o médico ou outro profissional da saúde pode ser penalizado criminalmente por erro médico, nunca uma pessoa jurídica, como um hospital.

O crime será doloso sempre que demonstrar que o agente *“quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”* (artigo 18, inciso I). O dolo é a vontade consciente de praticar a conduta prevista como crime. Pode ser direto, na hipótese em que o agente realmente visava o resultado criminoso, ou indireto (ou eventual), quando, apesar de não almejar o resultado criminoso diretamente, assumiu o risco de produzi-lo.

O crime culposo acontece *“quando o agente der causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”* (artigo 18, II). Nas palavras de Guilherme Nucci²⁵, culpa *“é a conduta voluntária desatenciosa, voltada a um determinado resultado, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado”*.

Em regra os crimes são considerados dolosos pelo Código Penal. Apenas quando há previsão expressa poderão ser admitidas condutas tidas como culposas.

No que diz respeito à responsabilidade penal dos médicos, o erro médico causa, em geral, uma lesão à saúde ou à integridade física do paciente, ou ainda sua morte. Dependendo do dano provocado, a conduta médica poderá ser tipificada como crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal) ou como crime de lesão corporal (artigo 129 do Código Penal). Para ambos os delitos, a lei prevê a modalidade culposa de cometimento do crime (artigos 121, § 3º e art. 129, § 6º).

Na esfera penal, o mais comum é que a conduta decorrente de erro médico seja tipificada como crime de homicídio culposo ou de lesão corporal culposa, sendo a modalidade intencional ou dolosa uma situação absolutamente excepcional.

²⁵ Código penal comentado, p. 144.

A seguir, estão destacadas as principais características dos crimes e dos procedimentos aplicáveis, uma vez que servirão inclusive para explicar o reduzido número de decisões criminais encontradas pelo trabalho.

3.2.1 Homicídio culposo

O homicídio culposo (parágrafo 3º. do artigo 121, Código Penal) fica caracterizado mediante a conduta de “matar alguém”, em razão de imprudência, negligência ou imperícia. Neste caso, a pena privativa de liberdade pode variar de um a três anos de detenção, dependendo dos detalhes do caso. Apenas para ilustrar, o homicídio doloso (artigo 121, *caput*) é punido com muito mais rigor: reclusão de seis a 20 anos.

O Código Penal prevê as seguintes hipóteses de aumento de pena nos casos de homicídio culposo (artigo 121, parágrafo 4º.): (i) se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício; (ii) se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima; (iii) se o agente não procura diminuir as conseqüências do seu ato; e (iv) se o agente foge para evitar prisão em flagrante.

A primeira hipótese de causa de aumento de pena apontada acima é bastante criticada pela doutrina, uma vez que se confunde com a imperícia. Guilherme Nucci²⁶ defende sua inaplicabilidade, afirmando que: “(...) *trata-se de uma desacertada causa de aumento de pena prevista para o homicídio culposo, pois se confunde, nitidamente, com a imperícia (e até com algumas formas de imprudência e negligência). (...) Mas tais situações, em nosso entender, são o fulcro da caracterização da culpa, vale dizer, constituem infrações ao dever de cuidado objetivo, não podendo, novamente, ser consideradas para agravar a pena. Seria o inconveniente bis in idem. (...) Assim, não há aplicabilidade para a causa de aumento.*”

No caso do médico, difícil vislumbrar qualquer das hipóteses de aumento de pena mencionadas.

O Código Penal ainda prevê a possibilidade de aplicação de perdão judicial (parágrafo 5º do artigo 121) na hipótese de homicídio culposo. O juiz poderá aplicar o perdão quando se convencer que as conseqüências do crime foram tão graves e sérias ao autor que tornaram a pena desnecessária. Para tanto, cabe à defesa demonstrar o árduo sofrimento do acusado. Vale ressaltar que o perdão judicial afasta tão-somente a aplicação da pena, mas o crime é reconhecido pelo juiz.

26 Op. cit. p.153.

3.2.2 Lesão corporal culposa

O crime de lesão corporal caracteriza-se pela conduta de “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”. A modalidade culposa (parágrafo 6º. do artigo 129 do Código Penal) prevê pena privativa de liberdade que varia de dois meses a um ano de detenção.

Assim como no crime de homicídio, o Código Penal prevê que em certas circunstâncias as penas podem ser aumentadas (parágrafo 7º. do artigo 129), podendo qualificar (parágrafos 1º. e 2º. do artigo 129) o crime de lesão corporal tornando-o grave ou gravíssimo em razão do resultado da lesão. Contudo, presume-se que nos casos de erro médico não há a intenção de provocar os danos na vítima, podendo se afirmar que essas circunstâncias não se aplicam aos mesmos.

O perdão judicial, previsto para o homicídio culposo, também pode ser concedido nesta hipótese (parágrafo 8º. do artigo 129).

3.2.3 Peculiaridades da ação penal condenatória dos crimes tipificados pelo erro médico

Em geral, a ação penal pode ser pública ou privada. No primeiro caso, a ação é proposta pelo Ministério Público, e subsidiariamente pela vítima²⁷. Esta ação, por sua vez, pode ser incondicionada – isto é, acontece independentemente da vontade da vítima – ou condicionada à representação da vítima²⁸ ou à requisição do ministro da Justiça²⁹. Já a ação penal privada é ajuizada pela própria vítima, por meio de advogado.

A ação que apura o crime de homicídio culposo é ação penal pública incondicionada – proposta, portanto, pelo Ministério Público, independentemente da vontade ou manifestação dos representantes da vítima.

Quando se trata de crime de lesão corporal culposa a ação penal é pública condicionada à representação da vítima (artigo 88 da Lei nº. 9.099/95), sendo também proposta pelo Ministério Público, só que mediante a anuência do ofendido ou de quem lhe faça às vezes.

²⁷ O Ministério Público, de acordo com a lei, tem um prazo para propor a ação penal pública incondicionada. Passado esse prazo, diante da inércia do MP, a própria vítima pode movê-la.

²⁸ Representação é a autorização que o ofendido ou quem lhe fizer as vezes dá ao Ministério Público, nos casos expressos em lei, para que o Ministério Público ofereça a denúncia e dê início à ação penal. Pode ser feita oralmente ou por escrito. É um direito da vítima que decai em seis meses do fato criminoso se não for exercido.

²⁹ Requisição, apesar do nome que lhe é dado, não é uma ordem, e sim uma autorização que o Ministro da Justiça deve conceder, nos casos previstos em lei, para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

a. Ação penal no caso de homicídio culposo³⁰

Nos crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, como é o caso do homicídio culposo, há a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo³¹ (artigo 89 da Lei n.º. 9.099/95).

A suspensão condicional do processo é um instituto por meio do qual a punibilidade do agente é extinta sem que haja a imposição de pena alguma. Caso o acusado aceite a proposta do Ministério Público, o processo ficará suspenso de dois a quatro anos. Durante esse período o acusado deve cumprir algumas condições³². Findo o prazo fixado pelo juiz para a suspensão, sem que tenha havido sua revogação pelo descumprimento das condições impostas, a punibilidade do acusado será extinta.

Se o acusado não aceitar a suspensão condicional do processo, este prosseguirá, com o recebimento da denúncia, até sentença que lhe ponha fim. No caso, diante de sentença, caberá a conversão³³ da pena privativa de liberdade estipulada por pena restritiva de direitos ou multa, desde que o condenado conte com condições pessoais favoráveis (artigo 59 do Código Penal).

b. Ação penal no caso de lesão corporal culposa³⁴

O crime de lesão corporal culposa, por possuir pena máxima de um ano, é considerado delito de menor potencial ofensivo (artigo 61 da Lei n.º. 9.099/95, com a alteração da Lei n.º. 10.259/2001).

Para este crime cabe: a conciliação (artigos 72 e 74 da Lei n.º. 9.099/95), a transação penal (artigo 76 da Lei n.º. 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n.º. 9.099/95).

30 Esse crime é apurado mediante o rito sumário, previsto nos artigos 531 a 540 do Código de Processo Penal, mais célere que o rito ordinário.

31 Vale ressaltar que há requisitos, além da pena mínima não superior a um ano, para que possa ser proposta a suspensão condicional do processo, quais sejam: (i) que o acusado não esteja sendo processado; (ii) que o acusado não tenha sido condenado por outro crime; (iii) que o acusado não seja reincidente em crime doloso; e (iv) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, autorizem a concessão do benefício.

32 Entre as condições, conforme previsto pelo artigo 89, §§ 1º e 2º da Lei n.º. 9.099/95, estão: (I) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; (II) proibição de frequentar determinados lugares; (III) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; (IV) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; (V) o juiz poderá especificar outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

33 A conversão da pena pode ser aplicada sempre que não se tratar de crime doloso com pena superior a quatro anos e não ter sido cometido com violência ou grave ameaça.

34 A ação que apura este crime segue o rito previsto na Lei n.º.9099/95 – Lei dos Juizados Especiais – Cíveis e Criminais.

De início, será realizada uma audiência preliminar, na qual devem estar presentes o autor do fato, a vítima e o representante do Ministério Público, além do juiz ou do conciliador. O objetivo é buscar a conciliação entre acusado e vítima quanto à composição dos danos civis decorrentes do delito e à transação penal.

Caso seja possível chegar num acordo quanto aos danos civis, o juiz homologará o acordo, que terá eficácia de título executivo judicial. A homologação implicará na renúncia tácita ao direito de representação da vítima e, conseqüentemente, não haverá a instauração da ação penal.

Não se obtendo a composição civil, a vítima poderá apresentar sua representação, possibilitando ao representante do Ministério Público ofertar a transação penal.

A transação penal consiste na proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos³⁵ ou de pena de multa. A aceitação da transação não implica na declaração judicial de culpa. Essa proposta só pode ser feita quando: (i) o acusado não tenha sido condenado pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; (ii) o autor não se tenha beneficiado da transação penal nos últimos cinco anos; e (iii) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, autorizem a concessão do benefício.

Na hipótese de o acusado não aceitar a transação penal, o representante do Ministério Público oferecerá a denúncia e poderá propor a suspensão condicional do processo, se for o caso, conforme exposto anteriormente. E somente se o acusado também não aceitar a suspensão condicional do processo, este prosseguirá, com o recebimento da denúncia, até sentença final. Se condenatória, poderá ser convertida em pena restritiva de direitos ou multa, caso o condenado tenha condições pessoais favoráveis.

³⁵ As penas restritivas de direitos, nos termos do art. 43 do Código Penal são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

4

DESCRIÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS DA PESQUISA NA ESFERA CÍVEL

4.1 RESULTADOS DA PESQUISA

4.1.1 Decisões analisadas

Foram analisadas 353 decisões judiciais de natureza cível, sendo a maioria proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (334 ou 94,6%), uma pequena parcela pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ (18 ou 5%) e apenas uma pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

4.1.2 Municípios de origem das ações

As decisões analisadas são originárias de 69 municípios distintos do Estado de São Paulo, constatando-se a maior prevalência na cidade de São Paulo (172 ações), seguida de cidades de população significativa como Campinas (10), Osasco, Ribeirão Preto, São Bernardo do Campo e São José dos Campos (nove em cada) e Santo André (oito).

4.1.3 Locais de ocorrência do erro

A maioria dos julgados analisados não menciona o local do alegado erro do médico (41,3%). Dos casos identificáveis, os erros ocorreram em centro cirúrgico (30,8%); pronto-socorro (14,4%); sala de parto (5,3%); consultório (1,9%); berçário (0,5%); sala de exame (0,5%); enfermaria (0,2%); sala de pré-parto (0,2%); e em outros locais (4,2%).

4.1.4 Pedidos das ações

A maior incidência de pedidos foi de indenização por danos morais (72,5%

das ações), seguidos de indenização por danos materiais (58,3%) e com menor frequência aparecem os pedidos de indenização por danos estéticos (6,2%).

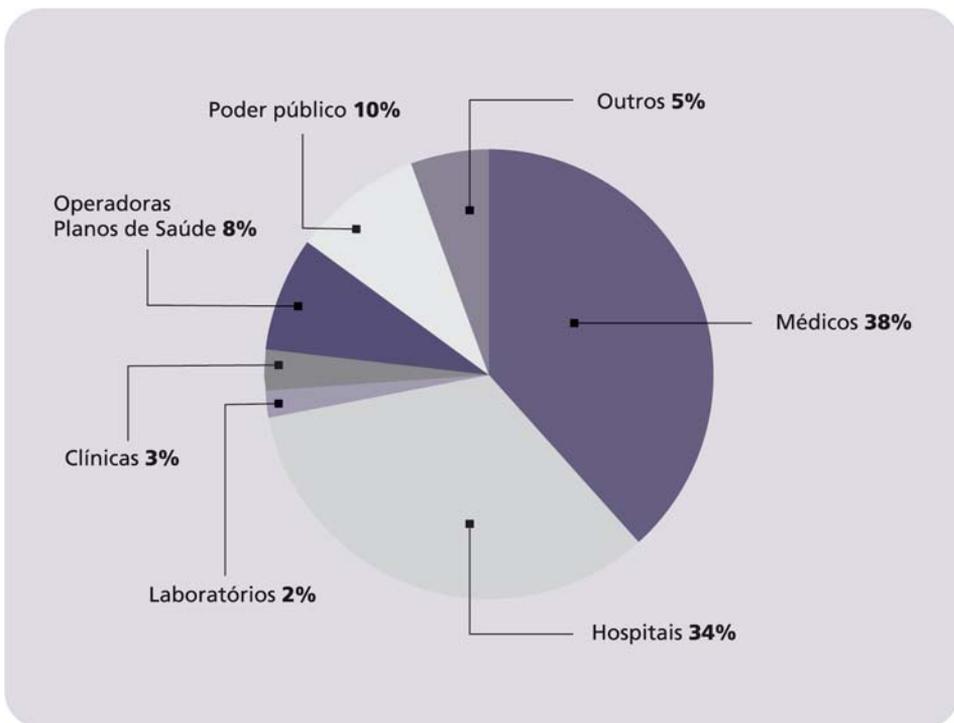
Na maioria dos casos a indenização requerida é composta de danos morais e materiais (183 ou 51,8%). Com menor incidência, existem ações (13 ou 3,6%) cujo pedido cumula indenização por danos morais, materiais e estéticos; outras, em que o autor pede reparação por danos morais cumulados com danos estéticos (quatro ou 1,1%); e, por fim, apenas duas em que o pedido é de indenização por danos estéticos cumulados com danos materiais (0,5%).

Em um número significativo de decisões analisadas (84 ou 23,7%), não foi possível identificar a modalidade de indenização requerida.

4.1.5 Réus das ações

Dentre os réus das decisões analisadas há 197 médicos, 173 hospitais, 49 são entes federativos (União, estados ou municípios), 42 operadoras de planos de saúde; 15 clínicas e 11 laboratórios. Em alguns casos, os réus não constam de nenhuma das categorias mencionadas acima (28 ou 5,4%), sendo enfermeiras, fisioterapeutas, fundações mantenedoras de faculdades, entre outros.

RÉUS DAS AÇÕES JUDICIAIS



4.1.6 Especialidades médicas envolvidas nas ações

Dos 197 médicos que figuraram como réus, 124 possuíam uma ou mais especialidades, indicadas no quadro abaixo:

ESPECIALIDADES MÉDICAS	
Especialidade	Número de médicos réus
Ginecologia	23
Obstetrícia	23
Cirurgia plástica	17
Oftalmologia	10
Ortopedia e traumatologia	10
Cirurgia geral	10
Neurocirurgia	7
Anestesiologia	7
Pediatria	6
Otorrinolaringologia	5
Neurologia	5
Urologia	4
Clínica médica	4
Cirurgia do aparelho digestivo	3
Medicina do trabalho	3
Angiologia	3
Cirurgia cardiovascular	2
Medicina interna	2
Endocrinologia e metabologia	2
Gastroenterologia	2
Medicina de Tráfego, psiquiatria, mastologia*	1

* Dermatologia, ultra-sonografia, cardiologia, oncologia cirúrgica, cancerologia, endoscopia digestiva, cirurgia torácica, cirurgia vascular.

4.1.7 Natureza da prestação do serviço originário do alegado erro do médico

Entre a parcela de decisões que permitiu a identificação da natureza da prestação do serviço (53,8%) – ou porque referida expressamente no teor da decisão ou pela denominação dos réus – 32,6%¹ indicou que os problemas discutidos nas ações judiciais ocorreram na esfera privada e 21,2% se deram em serviços públicos.

¹ Em 8,2% desses casos foi possível identificar, por meio do nome dos réus constantes das decisões, que se tratavam de entidades de natureza filantrópica.

Importa ressaltar que em 46,2% das decisões não foi possível identificar a natureza do serviço onde ocorreu o alegado erro do médico e por essa razão qualquer conclusão baseada nesse dado fica fragilizada.

4.1.8 Motivação da ida aos serviços de saúde que geraram as ações

A maioria das decisões judiciais (52,7%) não relata com clareza o motivo que levou o autor da ação a procurar o serviço de saúde. Nos casos identificáveis (47,3%), o principal motivo da procura dos serviços médicos que ensejaram o alegado erro do médico foi a situação de urgência/emergência (31,7%), contra 15,6% de situações eletivas.

4.1.9 Erros discutidos nas ações

São diversos os problemas apontados pelos pacientes nas 353 decisões analisadas. Há muitos casos de demora na prestação do serviço e falha de diagnóstico; cirurgias malsucedidas com resultados de lesões permanentes graves; erros grosseiros como esquecimento de gaze e agulhas no corpo de pacientes; até problemas gerados por informações falhas e incompletas prestadas pelo médico antes de realizar o procedimento no paciente.

4.1.10 Danos físicos descritos nas decisões

Do total dos 353 julgados apreciados, a lesão foi o dano físico mais recorrente (45%), incluindo-se aí desde as lesões permanentes e graves até lesões menos graves. A segunda maior consequência foi a morte do paciente (24,9%), seguida de alguns casos não enquadrados como lesão (4,8%), tais como dores, necessidade de cirurgia corretiva, piora no estado do paciente, reações adversas a medicamentos. Em alguns casos (3,4%), não houve qualquer dano físico como fato motivador da ação judicial. Por fim, em 21,8% das decisões não foi mencionado o dano físico discutido nos processos judiciais.

4.1.11 Resultados das perícias

Constatou-se que na maioria das ações envolvendo erro médico é realizada perícia para apuração da responsabilidade do(s) profissional(ais) no exercício de sua(s) atividade(s) pela ocorrência do dano alegado pelo paciente. A perícia também se debruça sobre a extensão dos danos, de modo a auxiliar o juiz na fixação da indenização.

Somente em 34,8% dos julgados não é mencionada a realização de perícia, daí deduzindo-se que não houve perícia nesses casos, ou que, tendo havido, esta não influenciou de modo significativo a decisão judicial.

Em 26,5% dos processos em que a realização de perícia foi identificada, a conclusão do perito foi pela existência de erro médico; contra 45,7% dos casos em que o profissional concluiu pela inexistência do erro. Em 16,9% dos casos a perícia foi inconclusa; e em 10% das decisões não é mencionado o resultado da perícia realizada. Em dois casos (0,9%) a perícia concluiu que a responsabilidade pelo erro foi de outros profissionais que não os médicos.

4.1.12 Comportamento do Poder Judiciário

a. Primeira instância

A maioria das decisões, 189 (53,5%), é desfavorável ao paciente. No sentido contrário, são 152 decisões (43,6%) favoráveis ao autor, sendo que uma parcela delas reconhece totalmente o pedido do paciente (24,6%) e outra defere apenas parte do pedido (18,4%).

Por fim, há uma parcela insignificante de casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (1,7%), duas decisões (0,6%) em que não consta a decisão de 1º grau e outras quatro (1,2%) em que não houve decisão de mérito em 1ª instância por questões processuais.

b. Segunda instância

No Tribunal de Justiça de São Paulo², foram 163 (46,2%) decisões desfavoráveis ao paciente e 154 (43,6%) decisões favoráveis – das quais 22,9% totalmente e 20,7% parcialmente favorável.

Em 10,2% dos casos não foi proferida decisão de mérito, por diversas razões, sendo uma das principais a necessidade de realização de perícia (não determinada pelo juiz de 1ª instância).

c. Instância especial - Superior Tribunal de Justiça

Das 15 decisões proferidas pelo STJ, apenas uma foi desfavorável ao paciente, sete foram favoráveis — quatro totalmente e três parcialmente favoráveis —, enquanto em outros sete casos a corte superior não entrou no mérito das ações por questões processuais.

² Considera-se o universo de 334 acórdãos do TJ/SP e mais o resultado das decisões do TJ/SP extraídas das decisões analisadas do STJ e do STF.

d. Instância especial - Supremo Tribunal Federal

Apenas uma decisão foi apreciada pelo STF e decidida a favor do paciente.

4.1.13 Natureza da responsabilidade dos réus reconhecida nas decisões judiciais

Do total de médicos que figuram como réus, 64,9% não foram responsabilizados. Para os demais (35,1%), foi reconhecida a responsabilidade, quase sempre subjetiva, havendo um único julgado que considerou objetiva a responsabilidade do profissional.

Foram réus das decisões analisadas 173 hospitais, dos quais 96 (55,5%) isentados de responsabilidade e o restante (44,5%) responsabilizado. Destes, 44,2% foram considerados objetivamente responsáveis; 33,8% condenados com base na responsabilidade subjetiva; e em 22% desses casos a responsabilidade não foi especificada.

O poder público, que figurou em 49 ações como réu, teve sua responsabilidade reconhecida em 21 casos (42,8%), a maioria de forma objetiva (19).

Por fim, em 42 decisões as operadoras de planos de saúde foram réus, tendo sido responsabilizadas em 38% dos casos, havendo nítida divisão da Justiça quanto à natureza da responsabilidade – se objetiva ou subjetiva. Em quatro decisões a responsabilidade foi considerada subjetiva; em seis, objetiva; e, nos outros seis casos não houve menção quanto à natureza da responsabilidade.

As clínicas apareceram no pólo passivo das ações em 15 oportunidades, sendo que em seis sua responsabilidade foi configurada.

Os laboratórios igualmente têm baixa incidência como réus das ações – apenas 11. Em quatro ocasiões foram responsabilizados e em sete foram eximidos de qualquer responsabilidade.

4.1.14 Natureza das condenações fixadas pela Justiça

Do total das 353 ações cujas decisões foram examinadas, o Poder Judiciário impôs condenação em 161 (45,6%) dos casos, determinando a indenização pela configuração de uma ou mais espécies de dano (dano moral, material e/ou dano estético). Em 142 (88,19%) houve condenação por danos morais; por danos materiais, em 133 (82,6%); e por danos estéticos em sete (4,3%) casos.

Os números apresentados demonstram que em uma quantidade significativa de ações judiciais foi reconhecido o dever de reparação por danos morais e materiais conjuntamente.

4.1.15 Fundamentação das decisões judiciais

Grande parte dos julgados não indica expressamente a(s) norma(s) legal(is) utilizada(s) como fundamento legal³ (241 ou 68,2%). Nos casos em que há explicitação, encontram-se em ordem decrescente de incidência: Código de Defesa do Consumidor (14,16%); Código Civil (10,7%); Constituição Federal (8,2%); Código de Processo Civil (1,1%); Súmulas do STJ (1,1%); Código Penal (0,5%); e Lei de Planos de Saúde (0,2%).

4.2 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS RESULTADOS

4.2.1 O alegado erro médico na visão do paciente

A descrição dos problemas levantados nas ações judiciais a partir dos relatos dos pacientes revela uma variedade grande de situações de conflito. Como já visto, existem desde falha na aplicação de uma injeção, na prescrição de um medicamento, até problemas relacionados com os riscos de procedimentos, intervenções cirúrgicas mal indicadas e lesões inadvertidas de órgãos.

A descrição, que segue, de algumas dessas situações tem o objetivo de ilustrar que em determinadas situações uma parcela dos alegados erros médicos poderia ter sido evitada com medidas ou atitudes simples.

Um dos autores das ações analisadas alegou que não recebeu informações quanto ao possível insucesso de ato cirúrgico para a sua esterilização. Noutro caso, o paciente não foi informado devidamente dos riscos da cirurgia de correção de miopia que gerou diminuição da acuidade visual. Possivelmente, a consciência quanto aos riscos não o demoveria da idéia de fazer a cirurgia, mas talvez evitasse uma ação judicial.

Em outra situação, a aplicação de injeções de forma incorreta ocasionou a perda de mobilidade e dores constantes na perna. O profissional não indagara o paciente quanto a sua condição de saúde – sofria de diabetes –, o que teria impedido a aplicação das injeções.

³ Obviamente, isso não quer dizer que as decisões não são devidamente fundamentadas, mas sim que apenas não indicam expressamente a lei específica aplicada ao caso. É preciso considerar que se tratam de decisões de 2ª instância – muitas delas fazem referência às decisões de 1ª instância, onde se encontram as especificações da legislação considerada no julgamento. As decisões de 1ª instância não foram analisadas.

Em algumas situações, casos aparentemente simples evoluíram de maneira insatisfatória por causa de um procedimento incorreto. Foi o que aconteceu na visão de um autor de ação judicial que teve seu dedo amputado por causa de trombose da artéria ulnar e necrose ocasionada por aplicação incorreta de anestesia. O dedo foi prensado na porta do carro, sendo necessário procedimento médico para retirada da unha e sutura do corte. Outro relato de suposta vítima revela que lhe fora aplicada injeção intra-arterial que causou gangrena e resultou na perda do braço.

Uma outra situação aparentemente simples que resultou em ação judicial por morte foi a de uma criança com desidratação leve e quadro infeccioso que, medicada com o antibiótico “benzetacil”, teve um “choque anafilático”. O relato indicava que a criança foi medicada em local sem recursos para cuidar da complicação e transportada em ambulância sem equipamento para reanimação e desacompanhada de médico.

A pesquisa revelou também a grande incidência de problemas relacionados com o diagnóstico. Entre os casos relatados está a não detecção de câncer no pulmão, o que diminuiu significativamente as chances de sobrevivência quando a doença foi corretamente diagnosticada por outro profissional. Encontrou-se também a realização desnecessária de cirurgia com suspeita de gravidez ectópica, quando, na verdade, se tratava de cistos no ovário. E a demora do profissional em constatar o sofrimento fetal e a necessária intervenção cirúrgica (cesárea), acabou resultando, segundo alegou a vítima, na morte do nascituro.

Ainda a respeito do alegado erro de diagnóstico, destacou-se um caso que não fora diagnosticado que o paciente sofrera acidente vascular cerebral (avc). E outro que o profissional diagnosticou conjuntivite, quando as dores no globo ocular representavam ferimento. A falha no diagnóstico também foi apontada como responsável por morte de criança em decorrência de meningoencefalite de origem viral.

A pesquisa revelou diversas intervenções cirúrgicas que resultaram em danos pelo esquecimento de objetos estranhos no corpo do paciente. Nesse sentido, são vários os casos de compressa e gaze, além de outros não especificados nas decisões.

Outro fator que motivou os pacientes a recorrerem à Justiça foi a demora no atendimento. Em um dos casos, houve demora na realização de cirurgia para desobstrução arterial, segundo o autor da ação. Em outro, alegou-se demora na remoção de paciente, causando-lhe gangrena na perna.

4.2.2 Responsabilidade civil dos réus

a. Responsabilidade dos médicos

No universo de 353 decisões judiciais que integraram a presente análise, 197 médicos foram processados, dos quais 128 ou 64,9% foram declarados isentos de responsabilidade pelo erro médico alegado pelo autor⁴. Os demais médicos processados foram condenados (69 ou 35%), pois a Justiça constatou que eles agiram com culpa⁵.

Nos casos em que foi possível verificar a modalidade de culpa, constatou-se a prevalência da negligência ou imperícia. Mas, esse dado não tem grande valia devido à constatação de que, na realidade, os julgadores, em geral, não cuidam de discriminar as diferentes espécies de culpa (imprudência, negligência ou imperícia). Por exemplo, tomam por negligência o que seria tecnicamente caso de imperícia e vice-versa. Isto porque, diante do caso concreto, muitas vezes é difícil identificar a modalidade da culpa do profissional, e também porque essa diferenciação não tem qualquer implicação jurídica para a configuração da responsabilidade. Em outras palavras, o médico não será responsabilizado de forma diferente se tiver agido com imperícia, imprudência ou imperícia.

b. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e laboratórios

Com base nos dados obtidos com a pesquisa, dos 173 **hospitais** processados, 96 (55,6%) foram declarados isentos de qualquer responsabilidade em razão do erro médico alegado pelo autor da ação⁶.

Dos 77 (44,5%) hospitais que tiveram sua responsabilidade atestada pelos magistrados⁷, 34 (44,1%) decisões reconheceram sua responsabilidade objetiva, com fundamento no regime introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor e atualmente também contemplado no atual Código Civil.

⁴ Porém, cabe esclarecer que, com relação a 23 ou 11,67% destes médicos, ainda pode haver condenação, tendo em vista que em 19 ações não há decisão de mérito em nenhuma instância e em quatro ações o Tribunal de Justiça (2a. instância) pode alterar a decisão de 1a. instância que entendeu pela inexistência de responsabilidade do profissional.

⁵ Aqui também é importante sublinhar que em uma das decisões o tribunal ainda não se manifestou sobre o mérito da questão, pelo que o reconhecimento da responsabilidade do médico neste caso pode ser revisto.

⁶ 15 dessas demandas ainda podem ter o posicionamento da Justiça modificado: em três o Tribunal (2ª instância) não se manifestou quanto ao mérito e em 12 ainda não há decisão de mérito em nenhuma instância.

⁷ Em uma decisão ainda não houve manifestação do tribunal quanto ao mérito, o que significa que o reconhecimento da responsabilidade pode ser alterado futuramente.

Em 26 ações, os hospitais tiveram sua responsabilidade declarada com base na culpa, sendo que em quatro delas se decidiu pela culpa presumida (*in vigilando*). Nesses casos, os julgadores aplicaram a disciplina do Código Civil de 1916, segundo a qual se faz necessária a demonstração da culpa do responsável direto pelo dano para configurar a responsabilidade do estabelecimento.

Das 15 **clínicas** que figuram como réis, nove foram declaradas isentas de responsabilidade⁸ e seis foram condenadas com base na teoria da responsabilidade objetiva (com exceção de uma ação, que entendeu pela responsabilidade com fundamento na culpa).

Por fim, dos 11 **laboratórios** acionados judicialmente, a maioria (sete deles) não sofreu condenação⁹. Quatro laboratórios foram responsabilizados pelo erro médico apontado pelo autor da ação¹⁰, sendo três deles com base na culpa e apenas um com fundamento no regime da responsabilidade objetiva.

De acordo com a legislação, pontuada anteriormente, hospitais, clínicas e laboratórios respondem objetivamente pelos danos gerados a terceiros, no caso, aos pacientes, quando da prestação do serviço de assistência médica. Isso quer dizer que não seria necessário a verificação da culpa. Apesar de ser mais fácil caracterizar a responsabilidade nesses casos, como se viu, muitos daqueles prestadores de serviço foram absolvidos. Abaixo, seguem trechos de decisões nesse sentido:

“O certo é que, se a lesão se instala poucas horas depois de ocorrido o acidente (agressão, como relatado inicialmente, ou queda da “própria altura”, com dito ao segundo perito – fls. 257), apresentado os sintomas mencionados, o autor deveria procurar atendimento especializado em seguida, de imediato, como disseram o primeiro perito e o assistente técnico dos réus, e enfatizou o segundo perito. De acordo com este, aliás, o atendimento médico fora satisfatório, para “uma fratura com evolução normal”. Ocorre que “esta fratura apresentou complicação como consta em conclusão e discussão, e consta em cópias dos autos que o periciando esteve em consulta apenas no dia 09/09/1993, inviabilizando o tratamento de emergência, para impedir que esta síndrome compartimental e posterior

8 Em apenas duas dessas ações ainda não houve decisão de mérito em nenhuma instância, podendo, portanto, haver alteração da configuração da responsabilidade.

9 Em apenas uma ação ainda não houve decisão de mérito em nenhuma instância, razão pela qual a responsabilidade ainda pode ser afirmada.

10 Em apenas uma ação ainda não houve manifestação quanto ao mérito em 2ª instância, havendo possibilidade de modificação em relação ao reconhecimento da responsabilidade.

contratura isquêmica de Volkmann se instale” (segunda perícia, fls. 259).

O apelante recebeu atendimento inicial no dia 1º. de setembro de 1993. Não há notícia de retorno no dia imediato (prontuário nos autos – laudos e Dr.XXX, fls. 287). Mas, ele voltou a procurar o médico apenas sete dias depois do engessamento, quer dizer, no dia 8 (o gesso fora aplicado no dia 1º./9). O acompanhamento posterior ao inicial teria sido satisfatório “havendo controle radiológico em tempo adequado” (assistente técnico dos réus, fls. 90, nº.3).

Diante disso, quer dizer, do comparecimento do apelante ao serviço médico responsável apenas dias depois, “não é possível afirmar se a origem foi erro médico” (laudo, fls. 260) e não é possível porque “a lesão é uma complicação da fratura”.

(...) Diante de todo esse quadro, infelizmente, viu-se o apelante acometido de consequência da lesão traumática, por compressão dos órgãos internos de seu punho esquerdo, não se podendo, entretanto, afirmar que o mal tenha se instalado por imperícia do médico que o atendeu. **Sem estabelecer o nexó entre a conduta médico e o resultado danoso, não há como responsabilizar o profissional e, por via de consequência, o Hospital que contratava e abrigava seu trabalho.**”¹¹ (grifos nossos)

★ ★ ★ ★

“A instrução foi, efetivamente, deficiente e cabia à autora, a quem incumbia o ônus da prova, providenciar para que esta se fizesse. De fato, os hospitais têm, obrigatoriamente, que manter registros da entrada de vítimas de evento que, em tese, configuram crime, e se o primeiro atendimento, no caso, ocorreu no Hospital réu, esse registro deve existir. Com ele, seria possível ter acesso às fichas médicas do paciente.

Mas, nada disso foi feito.

Comprovou-se apenas que o filho da autora foi atendido no Hospital réu e nada mais. Nenhuma notícia sobre o tipo de atendimento e o quadro do paciente. Não se pode apurar assim, a culpabilidade.

E, mais, versando sobre a relação de causalidade, ensina Carlos Roberto Gonçalves que “é a relação de causa e efeito entre a ação e ou omissão do agente e o dano verificado” (RESPONSABILIDADE CIVIL, 4ª. ed. Saraiva, pág. 25).

11 Apelação Cível 278.902.4/5-00. Des. Rel. João Carlos Saletti, j. 09/03/2004.

Haveria, assim, que se demonstrar que a causa da morte “meningite e abscesso cerebral secundários e fratura do osso frontal” (fls. 20) se deu em razão da ação ou omissão do réu, o que absolutamente não restou evidenciado. Apenas para argumentar, poderia ocorrer a hipótese de mesmo com o melhor tratamento recebido ter o paciente morrido.”¹² (grifos nossos)

Como se vê, nos exemplos acima, assim como em muitos outros casos, a justificativa para a isenção de responsabilidade foi a dificuldade de se comprovar onexo de causalidade entre o dano e a conduta dos prestadores de serviço.

Verificou-se também que muitos deles foram responsabilizados ou mesmo isentos de responsabilidade, por meio do sistema de responsabilidade subjetiva. Apesar da legislação, algumas decisões ainda sustentam ser necessário a verificação da culpa para a responsabilização dos hospitais, laboratórios e clínicas. Foi o que aconteceu nos casos a seguir:

“A apelante (SOS – Sistema Operacional de Socorros Ltda.) agiu com culpa, nas três modalidades previstas, negligência, imperícia e imprudência, não podendo tentar apagar a sua responsabilidade com a mera assertiva de que hoje, o menor não mais apresenta seqüelas, tendo vida completamente normal.

O dever da apelante, de propiciar aos seus clientes o máximo de segurança no transporte hospitalar, que é seu mister, não se exaure com a compra de veículo e material adequado; se estende no ato de contratação de pessoal especializado e se este pessoal, por um ou outro motivo, negligencia no seu dever quando exercendo atos de representação da apelante, esta há de arcar com a responsabilidade pelo fato danoso e suas conseqüências.”¹³

★ ★ ★ ★

“No caso sub examine a obrigação do hospital era de resultado, por se tratar de um parto, e este foi realizado.

Agora, saber-se se houve erro médico na cirurgia, que teria lesionado o intestino da paciente, dependia realmente da apuração de culpa, visto que não há de presumir-se a culpabilidade só por se estar diante de um contrato. O parâmetro é o tipo de obrigação assumida pelo hospital com o cliente.

¹² Apelação Cível 338.855.4/6. Des. Rel. Ruiter Oliva. J. 31/08/2004.

¹³ Apelação Cível 125.220-4/0-00, Des. Rel. Ruy Camilo, j. 28/05/2002.

Como esclarece a melhor doutrina, “é o cliente ou sua família que têm que demonstrar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia para que possa receber a indenização devida” (In *Responsabilidade civil*, de Yussef Said Cahali, p. 319/322, ed. Saraiva).

Ora, neste processo não houve nenhuma prova no sentido de demonstrar a culpa do médico que efetuou a cirurgia de parte, e a única testemunha ouvida em audiência informou que a distensão do intestino da autora não foi causada pela operação e sim decorreu da síndrome de Ogilvie.

Com esse quadro a pretensão inicial não podia realmente prosperar, e o fato de não haver sido localizada a ficha médica de atendimento da suplicante em nada podia implicar, eis que o conjunto probatório podia perfeitamente supri-la.”¹⁴ (grifos nossos)

★ ★ ★ ★

“No mérito, não restou comprovada a culpa do Hospital pela morte do neonato. A testemunha do autor, médico X, que realizou o parto, descreveu os procedimentos realizados, não denunciando qualquer anomalia no seu desenvolvimento (fls. 270/272).

A testemunha também do médico Y, que atendeu o neonato no segundo ou terceiro dia após a cirurgia, também **não relata qualquer conduta culposa de algum dos integrantes dos quadros do Hospital**, esclarecendo que não há, na literatura médica, uma definição precisa da etiologia da enterocolite necrosante, que acometeu o infante (fls. 278/280).

O laudo pericial, por outro lado, como demonstrado na sentença, **em nenhum momento aponta conduta negligente e imperita dos atendentes da criança e das condutas médicas adotadas.**

Para caracterização da responsabilidade, se faz necessária prova cabal de que o comportamento do agente, quer por dolo, ou por culpa, tenha influído no desfecho do ato danoso. Tal não acontece nos autos. **Não restou evidenciada, após a produção das provas pertinentes, a culpa do apelado.**”¹⁵ (grifos nossos)

14 Apelação Cível 144.394-4/2-00. Des. Rel. Magno Araújo, j. 5/02/2004.

15 Apelação Cível 144.579-4/7-00. Des. Rel. Carlos Roberto Gonçalves, j. 17/02/2004.

c. Responsabilidade das operadoras de plano de saúde

Conforme os dados obtidos, das 42 operadoras de planos de saúde que figuram como réis, 26 não foram responsabilizadas pelo erro médico alegado pelo paciente¹⁶.

Das 16 operadoras condenadas, em apenas dez casos foi possível identificar a espécie de responsabilidade reconhecida pelo juiz: em seis foi reconhecida sua responsabilidade objetiva e em quatro a condenação se deu com base na responsabilidade subjetiva.

As mesmas observações acima também se aplicam aqui. Apesar de a legislação impor o regime de responsabilidade objetiva também para as operadoras, mais da metade delas não foi responsabilizada. Os trechos de decisões, nesse sentido, ilustram as justificativas utilizadas para isentá-las de qualquer responsabilidade, muito semelhantes aos apresentados acima relativos aos hospitais, clínicas e laboratórios:

“Como bem salientou o MM. Juiz, na sentença, a perícia foi categórica ao concluir que o nexo causal para o surgimento das seqüelas diagnosticadas no autor está vinculado unicamente à descrição do acidente que sofreu (queda de uma altura de dois metros) e não ao tratamento que lhe foi ministrado, tendo o perito enfatizado que o tal calo é decorrente de uma reação natural, uma calcificação da fratura havida (fls. 127/133).

Ao responder o quesito n.º. 4, formulado pelo autor a fls. 84, o perito foi claro ao afirmar que as seqüelas não foram derivadas do tratamento médico realizado, mas sim do trauma em si (fls. 133).

*Diante disso, como bem se decidiu, **a culpa pelo resultado danoso não pode ser atribuída às apeladas, já que, conforme referido, não contribuíram para que este ocorresse. Como é cediço, ausente o nexo causal entre a conduta e o evento, não há o dever de indenizar.**”*(grifos nossos)¹⁷

★ ★ ★ ★

“Sendo indiscutível que os médicos são prestadores de serviços e também o são os hospitais, estes de serviços médicos e hospedagem (sujeita, sua atividade, aos princípios e normas do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90), aos últimos aplica-se a regra do parágrafo 4.º. do artigo 14

¹⁶ Em oito ações ainda pode o posicionamento da Justiça ser modificado, tendo em vista que em uma o tribunal ainda não se manifestou sobre o mérito e nas outras sete ainda não há decisão de mérito em nenhuma instância.

¹⁷ Apelação Cível 131.744-4/0-00, Des. Rel. Carlos Roberto Gonçalves, j. 04/02/2003.

desse diploma que, excepcionando o princípio exposto no “caput” (“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”), dispõe que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Caso se considerasse que o sistema alicerçado na culpa (imprudência, negligência ou imperícia) só seria aplicável para “responsabilidade pessoal” do profissional liberal (no caso, o médico), a aplicação do “caput” do artigo 14 do CDC (...) levaria à seguinte consequência: verificado o dano, sem que por ele pudesse ser responsabilizado, pela aplicação do sistema da culpa subjetiva, o médico empregado, preposto do hospital, de qualquer forma, poderia ser responsabilizado diretamente o hospital, não como responsável solidário, mas sim exclusivo, independentemente de perquirição de culpa, porque sua responsabilidade seria objetiva, o que representaria evidente absurdo.

Em verdade, talvez o que aí se encontre seja falta de rigor lógico do legislador. Uma interpretação lógica e sistemática das duas disposições permite solução adequada, afastando a possibilidade de irrestrita responsabilização objetiva do hospital. A uma porque a responsabilidade do hospital é contratual e a obrigação assumida pelo hospital, nesse contrato, é obrigação de meio, e não de resultado. Do hospital, o que se pode exigir é que a atuação de seus prepostos seja normal e que os procedimentos médicos sejam feitos de acordo com as técnicas adequadas e com utilização do instrumental devido. A duas, **porque a responsabilidade do hospital por atos e fatos imputáveis a seus prepostos assenta na presunção de culpa, existindo diferença fundamental entre responsabilidade objetiva (que prescinde de culpa) e responsabilidade por culpa presumida (como é o caso da culpa do preponente pelos atos culposos de seus prepostos).** Finalmente, porque no serviço prestado pelo hospital, quando contratado para ministrar tratamento, cirurgia, acompanhamento médico ou ambulatorial, essas práticas são subministradas por médicos, de modo que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico.

Tais considerações são cabíveis no que diz respeito à responsabilidade da administradora do plano de saúde que credenciou os hospitais”.¹⁸ (grifos nossos)

18 Apelação Cível 107.998.4/8, Des. Rel. Elliot Akel, j. 21/11/2000.

Também no caso das operadoras houve decisões, estabelecendo a necessidade de comprovação da culpa para responsabilizá-las ou não, como indicam os trechos a seguir:

*“É inafastável, assim, a **culpa** da ré (operadora de plano de saúde) pelo incidente por falta de melhores cuidados no procedimento, devendo responder pelos danos derivados da conduta, que podem ser material, estético e puramente moral.”*¹⁹ (grifamos)

★ ★ ★ ★

*“Em suma, malgrado, sob todos os aspectos, lamentável e muito triste o episódio narrado nos autos por que infelizmente passaram os autores, **não resultou demonstrada qualquer parcela de culpa do médico que atuou no caso**, ainda que por eventual negligência no acompanhamento e observação do quadro apresentado pelo falecido, durante todo o episódio, **de modo a configurar erro profissional suscetível de reparação por parte da empresa preponente.**”*²⁰

d. Responsabilidade do Poder Público

Foram identificados 49 entes públicos como réus nas ações estudadas, dos quais 28 (57,1%) não sofreram condenação²¹. Repetindo o sugerido anteriormente, aqui também a dificuldade de se comprovar o nexo causal foi o principal motivo de não configuração da responsabilidade objetiva do Poder Público, ilustrada nos trechos a seguir:

“A aplicação cega da teoria do risco só se dá quando os terceiros não tenham concorrido culposamente para o evento.

Se, apesar de provada essa culpa, não fosse permitida tê-la em consideração, constituiria o ressarcimento dos terceiros uma fonte de enriquecimento ilícito, que o Direito não pode sancionar.

No caso concreto, como relata a inicial, o Autor era lutador de judô e nessa condição procedia a combate quando se acidentou, ferido por um golpe.

É evidente que, agora, não pode transferir a responsabilidade pelo lamentável acontecimento à Municipalidade de São Paulo,

¹⁹ Apelação Cível 119.131-4/5, Des. Rel. Ruitter Oliva, j. 07/08/2001.

²⁰ Apelação Cível 344.624-4/1, Des. Rel. José Roberto Bedran, j. 09/11/2004.

²¹ Em seis demandas há a possibilidade de o Judiciário alterar seu entendimento, tendo em vista que em três ações o Tribunal não se manifestou sobre o mérito e nas outras três ainda não há decisão de mérito em nenhuma instância.

*por não ter, através de seu Pronto-Socorro do Tatuapé, evitado as seqüelas causadas pelo golpe que recebeu em luta.”*²² (grifos nossos)

★ ★ ★ ★

“De qualquer modo, embora no tema relativo à responsabilidade civil da Administração o direito pátrio tenha acolhido o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa (art. 37, § 6º. da CF), isso não significa que a Administração tenha de indenizar sempre e em qualquer caso o dano sofrido pelo particular.

Apesar de a suposta vítima ficar dispensada da prova da culpa, é evidente que para a obtenção de uma indenização terá de demonstrar a existência do nexos causal entre o fato lesivo e os danos causados pelos agentes da Administração.

*No caso em exame, embora instada a especificar provas por mais de uma vez, a apelante permaneceu inerte e até postulou a imediata prolação de sentença.”*²³ (grifos nossos)

Por outro lado, nas 21 ações em que o Poder Judiciário condenou o Poder Público a indenizar o erro médico sofrido pelo autor, na quase totalidade (19) o fundamento foi a responsabilidade objetiva, mediante a configuração de todos os seus elementos – existência de dano, ação ou omissão do Poder Público, e o nexos causal entre ambos – nos termos da Constituição Federal (artigo 37, parágrafo 6º).

4.2.3 Condenação: danos e indenizações

A ação de indenização por alegado erro médico visa o ressarcimento dos danos causados ao paciente e/ou à sua família em consequência do reconhecimento da responsabilidade de um ou mais prestadores de serviço de saúde²⁴.

Desta forma, há ligação direta entre a configuração da *responsabilidade* e a *condenação*, uma vez que, restando reconhecida a responsabilidade, obrigatoriamente será fixada alguma condenação.

²² Apelação Cível 080.872-5/2-00, Des. Rel. Pinheiro Franco, j. 06/09/2000.

²³ Apelação Cível 067.574-5/7-00, Des. Rel. Gonzaga Franceschini, j. 21/03/2001.

²⁴ Vale ressaltar que quando se reconhece a responsabilidade de dois ou mais réus numa mesma demanda, a condenação é fixada em conjunto para todos, o que significa que todos responderão solidariamente pelo cumprimento da decisão. Ou seja, o autor da ação poderá exigir o cumprimento integral da condenação de qualquer dos réus.

Os dados obtidos a partir das decisões analisadas revelam que, de um total de 353 ações, em 192 (54,4%) não houve condenação²⁵, ou seja, não foi reconhecida a responsabilidade pelo erro médico alegado pelo autor da ação.

A parcela restante, constituída de 161 ações (45,6%), implicou em condenação, o que significa que nesses processos a Justiça impôs ao(s) réu(s) uma ou mais espécies de indenização, a depender da espécie de dano sofrido pela vítima do erro médico²⁶.

a. Resultados por espécies de condenações

Conforme já referido, a má prática médica possibilita três espécies de condenação na esfera cível: indenização por **dano material** — quando há perda patrimonial; por **dano moral** quando o ato praticado pelo agente inflige dor ou sofrimento à vítima; e indenização por **dano estético**, que consiste na lesão à forma física ou à aparência do indivíduo.

A controvérsia acerca da cumulação dos danos morais e patrimoniais, e dos danos morais e estéticos, já se encontra superada pelos tribunais²⁷.

A pesquisa demonstrou a incidência de mais de um tipo de indenização em significativa parte das ações, bastando considerar que dos 161 casos com condenação, houve 142 (88,1%) condenações por danos morais e 133 (82,6%) por danos materiais; sete (4,34%) por danos estéticos e cinco casos não especificados²⁸.

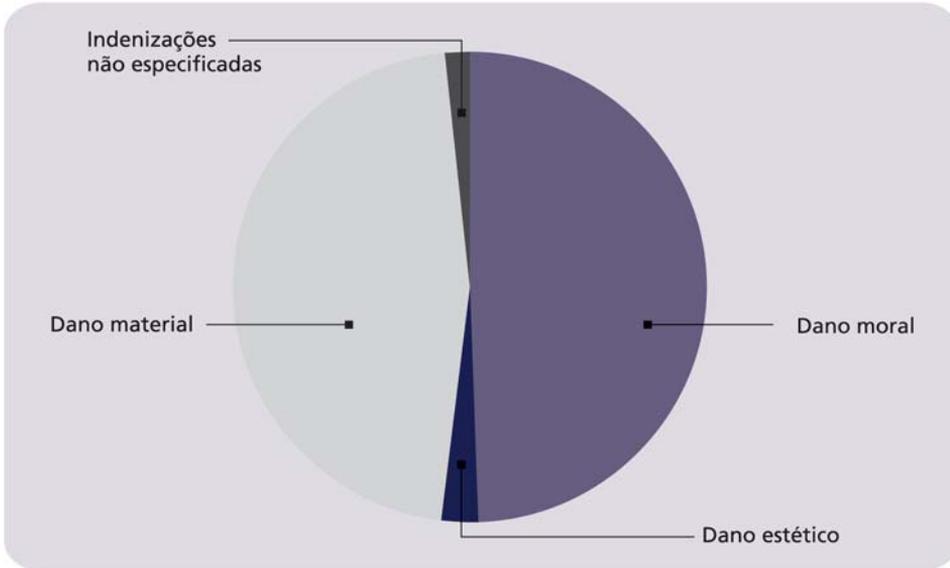
25 Destas, 30 ainda podem ter seu resultado alterado, uma vez que em seis só houve decisão de mérito de 1ª instância e em 24 ainda não houve qualquer decisão sobre o mérito.

26 Desse conjunto, o resultado de três ações ainda pode ser modificado pelo Tribunal de Justiça, já que nesses processos só houve decisão de mérito em 1ª instância.

27 Veja-se o teor da súmula n.º 37 do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.” A cumulação de indenização por dano moral e por dano estético, apesar de não sumulada, é aceita com tranquilidade na esfera do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se, a título exemplificativo, a seguinte ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. - São cumuláveis os danos estético e moral, ainda que oriundos do mesmo fato. - Denunciada que aceita denúncia e comparece ao processo, unicamente, para proteger o capital segurado, não responde pela verba de sucumbência correspondente à denúncia da lide.” (Resp. 264119 / RJ, Min. Rel. Humberto Gomes de Barros, j. 01/09/05, sem grifo no original).

28 Num mesmo caso em que houve condenação pode ter sido concedido tanto danos morais como materiais ao autor. Por essa razão, conforme explicado na metodologia, o número de casos com condenação não corresponde à soma das diversas condenações possíveis (por dano moral, dano material e dano estético).

TIPOS DE CONDENAÇÃO



a.1 Indenização por dano material

Do conjunto de indenizações, 133 (82,6%) contêm condenação por dano material, valendo observar que é possível a imposição de mais de uma espécie de indenização por dano material na mesma demanda: o juiz pode condenar o réu a pagar despesas de reabilitação e fixar uma pensão mensal, por exemplo.

Para melhor conhecimento da questão, foram consideradas as principais ou mais recorrentes modalidades de indenização por dano material em erro médico: pensão, indenização por lucros cessantes, reembolso de despesas de reabilitação e outras.

a.1.1 Pensão

A pensão é concedida em caso de morte ou invalidez da vítima, sendo normalmente fixada com base na importância percebida pela vítima em função de seu trabalho. O pagamento de pensão foi a indenização decorrente de dano material mais concedida nas decisões analisadas, totalizando 51 condenações, das quais 22 decorreram de lesão, 24 de morte e seis em virtude de outros danos, não especificados, sofridos pelo paciente.

Para melhor análise desse tema, foram consideradas as 24 decisões que estabeleceram o pagamento de pensão **no caso de morte do paciente**, identificadas na tabela da página seguinte.

INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL: PENSÃO (NO CASO DE MORTE)	
Valor em salários mínimos	Duração do pagamento
2.66 + 1.33	Até os 25 anos da vítima + até os 65 anos da vítima
2.13	Até os 25 anos da vítima
2	Não menciona
1 + 2/10	Dos 14 aos 25 anos da vítima + dos 25 aos 65 anos da vítima
1 + 2/10	Dos 14 aos 25 anos da vítima + dos 25 aos 65 anos da vítima
2/3 + 1/3	Até os 25 anos da vítima + dos 25 aos 65 anos da vítima
2/3 + 2/10	Dos 14 aos 25 anos da vítima + dos 25 aos 65 anos da vítima
1	Até os 65 anos da vítima
1	Não especificado
2/3	Até os 65 anos da vítima
2/3	Até os 65 anos da vítima
2/3	Dos 16 aos 25 anos do beneficiário
2/3	Dos 16 aos 25 anos do beneficiário
2/3	Dos 14 aos 25 anos da vítima
Valor em Reais	Duração do pagamento
R\$ 400,00	Até os 70 anos da vítima
R\$ 400,00	Até os 70 anos da vítima
Outros parâmetros	Duração do pagamento
2/3 do salário recebido pela vítima na data do óbito	Vitalícia
2/3 do salário recebido pela vítima na data do óbito	Até os 65 anos da vítima
2/3 do salário recebido pela vítima na data do óbito	Até os 65 anos da vítima
2/3 do salário recebido pela vítima na data do óbito	Para os filhos, até os 25 anos + para a esposa até o fim da viuvez
Complemento da pensão com promoção <i>post mortem</i> do policial	Não especificado
Em apuração	A ser apurado em liquidação de sentença
Em apuração	A ser apurado em liquidação de sentença
Não especificado	Não especificado

Dos parâmetros utilizados para a definição da pensão

Desse conjunto de 24 acórdãos, quatro não mencionam nenhum parâmetro de definição do valor da pensão mensal e dois determinam a posterior apuração do valor da pensão na fase processual denominada “liquidação de sentença”. A grande maioria (16), no entanto, já define o valor da pensão com base no salário mínimo (um salário mínimo, dois terços de quatro salários mínimos, etc.). Alguns (quatro) estabelecem a quantia devida a título de pensão mediante a aplicação de um percentual – geralmente dois terços – sobre o salário da vítima na data do óbito. O desconto – geralmente de um terço – corresponde à parcela do salário que a vítima destinaria à sua própria manutenção. Em apenas dois casos o tribunal fixou o valor da pensão em moeda corrente, determinando sua atualização anual com base em índice oficial de inflação.

O valor da pensão pode ser variável. Isso normalmente acontece quando a vítima tem idade inferior a 25 anos na data do óbito e a indenização é deferida aos seus pais. Nessas situações, cinco acórdãos fixaram uma pensão maior até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade, e, a partir daí, estabeleceu-se a redução para um terço, ou até para um quinto do valor original da pensão. Essa redução decorre do pressuposto de que, a partir de 25 anos, a vítima constituiria família própria, e, conseqüentemente, reduziria sua ajuda financeira à família de origem. Quatro decisões chegam mesmo a pôr fim à obrigatoriedade de pagamento de pensão após o instante em que a vítima completasse 25 anos, considerando que a partir de então, com a constituição de família própria, cessaria totalmente a contribuição do (a) filho (a) ao lar original.

Termo inicial da pensão

Em se tratando de vítima economicamente ativa na data do óbito, a pensão é devida desde essa data. Se a vítima não se encontrava economicamente ativa quando de sua morte, a Justiça normalmente define o início do pagamento de pensão a partir da data em que esta completaria 14 anos de idade, presumindo que é esta a idade que os indivíduos se tornam economicamente ativos.

Termo final da pensão

De uma maneira geral, o termo final da pensão é a data em que a vítima completaria 65 anos de idade (nove decisões objeto da pesquisa

confirmam o dado). Em apenas dois casos o pagamento da pensão foi fixado até quando a vítima completaria 70 anos, e em um único caso a condenação foi imposta em caráter vitalício, ou seja, até a morte dos beneficiários da pensão. Conforme mencionado acima, dentre as ações em que pais buscam indenização pela morte de filho (a), houve quatro acórdãos que decretaram o fim da pensão a partir do momento em que a vítima completaria 25 anos de idade, entendendo que, a partir de então, ela constituiria família própria, e deixaria de contribuir financeiramente com seu lar de origem.

a.1.2 Lucros cessantes

A indenização por lucros cessantes é devida quando a vítima, em função do dano, é obrigada a se afastar de sua atividade profissional. Tal reparação deve ser computada a partir da data da lesão até a completa recuperação — com base na comprovação dos rendimentos recebidos.

Na presente pesquisa foram somente computadas as indenizações por lucros cessantes quando assim expressamente reconhecidas na decisão. Houve apenas quatro indenizações por lucros cessantes do total de 133 condenações por danos materiais, não tendo sido os valores fixados nas decisões, dependendo de futura apuração na fase processual denominada “liquidação de sentença”, com uma exceção em que foi determinado o pagamento da diferença entre o salário da paciente e a pensão recebida do INSS.

a.1.3 Pagamento de despesas de reabilitação

O pagamento de despesas de reabilitação, outra modalidade de indenização decorrente de dano material, tem lugar quando a vítima necessita ser submetida a novo(s) tratamento(s) médico(s) para ver sua saúde restabelecida. Abrange, por exemplo, aparelhos e próteses, cirurgia plástica, medicamentos, fisioterapia, tratamento psicológico, etc. A pesquisa detectou 38 condenações dessa espécie, destacando-se o reembolso de despesas com tratamento médico e hospitalar, medicamentos e cirurgia plástica reparadora.

a.1.4 Outras modalidades de indenização por dano material

Em “outras” formas de indenização de dano material considerou-se, por exemplo, a devolução dos valores pagos pelo paciente com o próprio tratamento que resultou no erro médico, o ressarcimento das despesas

com luto e funeral, a complementação do benefício de auxílio-doença e o pagamento de plano de saúde. Foram catalogadas 40 indenizações sob o título “outras indenizações por dano material”.

a.2 Indenização por dano moral

O maior número de condenações registradas na pesquisa foi de indenizações por dano moral, totalizando 142 (88,1%) dos casos em que houve condenação.

Para que se possa fornecer uma idéia mais precisa dos valores das condenações por dano moral, **foram analisadas todas as condenações dessa espécie tomando-se como base um mesmo fato, a morte do paciente.**

De 88 processos em que o(s) autor(es) formulou(aram) pedido indenizatório em razão de morte da vítima, 46 (52,2%) resultaram em condenação por dano moral. Na maior parte dessas decisões a indenização foi fixada em salários mínimos, mas em dez casos a quantia foi arbitrada em moeda corrente.

A média do valor da indenização por dano moral nos casos de morte da vítima foi de R\$ 203.482,48, em janeiro de 2006²⁹.

A menor indenização por dano moral decorrente de morte da vítima foi de R\$ 11.407,68 (Acórdão n.º. 0950925/7-00) e a maior alcançou R\$ 4.405.711,89 (Acórdão n.º. 1148674/2-00). Vale registrar que esta quantia, muito superior à média registrada, está muito acima da segunda maior indenização, equivalente a R\$ 686.789,17 (Acórdão n.º. 1138034/9-00).

Na definição da reparação de maior vulto, o relator do recurso, desembargador Silveira Netto, da 5ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, ao apreciar o caso que envolvia a morte de paciente em razão de choque anafilático, ressaltou o elevado número de “episódios dolorosos” a que foram submetidos os autores da ação (caráter pedagógico da indenização) e que “a vítima era pessoa de posses e empreendedora, com diversos negócios” (situação econômica do ofendido), para fixar o valor da condenação, na data da decisão, em R\$ 4.000.000,00.

²⁹ Considerando que o presente estudo abrange o período de janeiro de 2000 a dezembro de 2004, a atualização do valor das indenizações visando a apuração do valor médio foi realizada da seguinte forma: as indenizações fixadas em salário mínimo foram convertidas para moeda corrente aplicando-se o valor do salário mínimo vigente em janeiro de 2006 (R\$ 300,00). As indenizações arbitradas em moeda corrente foram atualizadas pelo INPC-IBGE - índice atualmente admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na atualização dos débitos judiciais —, desde a data da decisão até janeiro de 2006.

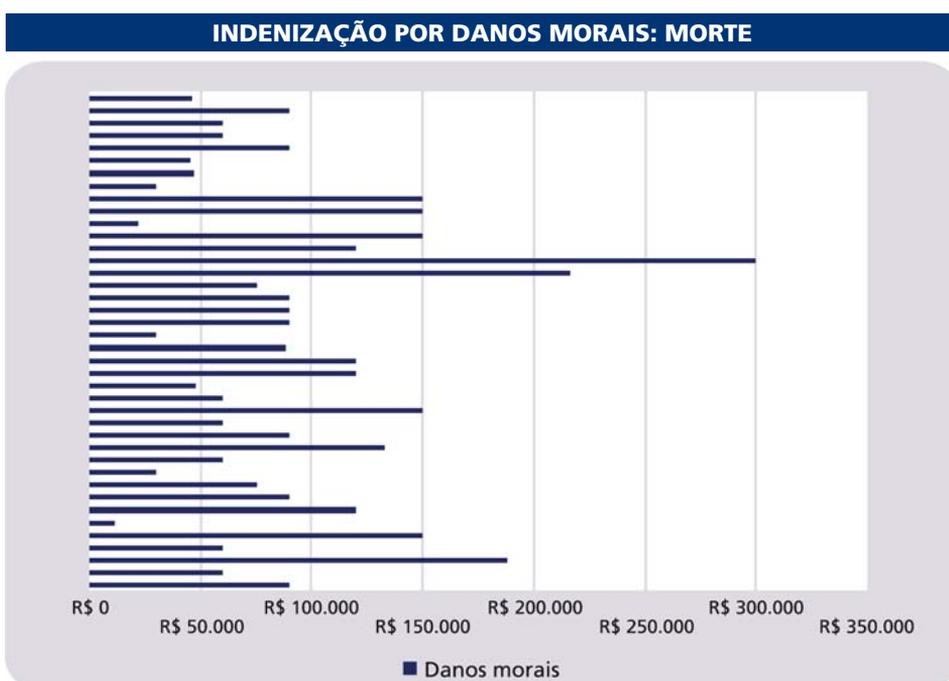
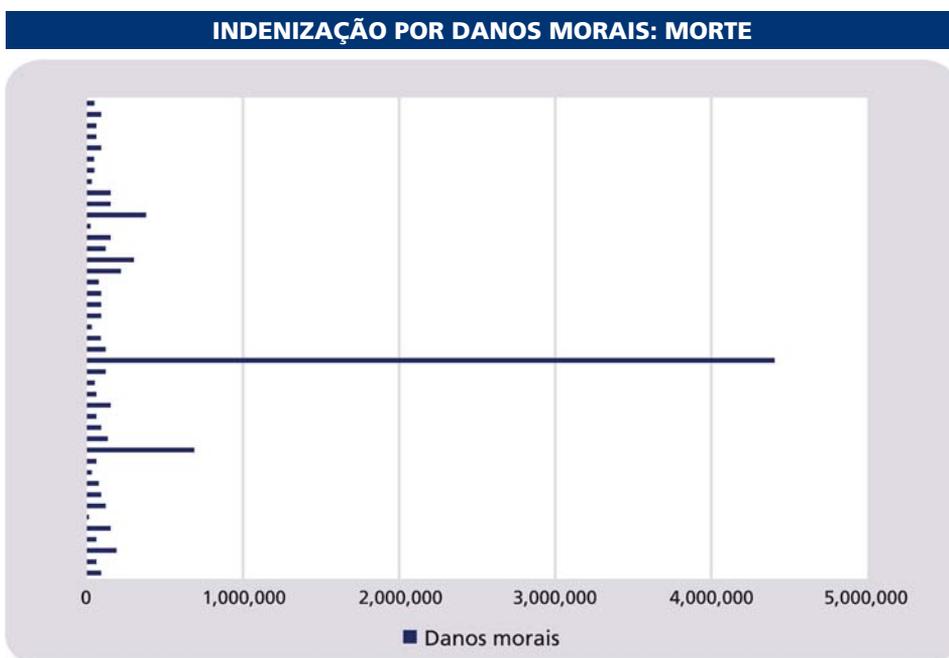
O relator desembargador Demóstenes Braga, da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça, ao fixar a reparação em R\$ 10.000,00 (atualmente R\$ 11.407,68), entendeu pela adequação deste montante para compensar a filha pela perda do pai, por causa de queda sofrida por este quando internado em hospital público, fato que agravou seu estado de saúde, levando-o à morte.

Como se vê, a análise desses dois casos extremos demonstra que, apesar de haver consenso entre os juízes sobre os parâmetros norteadores da fixação do dano moral, é possível encontrar enorme disparidade de valores, devido ao entendimento de cada julgador e ainda das circunstâncias peculiares a cada caso. Mesmo considerando a segunda maior indenização registrada no universo de decisões que impõem indenização por dano moral em razão de morte de paciente (R\$ 686.789,17), tem-se que esta é quase 60 vezes maior que a menor indenização arbitrada (R\$ 11.407,68).

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL: MORTE			
Valor fixado em números de salários mínimos	Valor fixado na data do julgamento (R\$)	Valor atual da condenação (R\$)	Outros casos com a mesma condenação
	4.000.000,00	4.405.711,89	
	450.000,00	686.749,17	
	350.000,00	378.337,15	
1.000		300.000,00	
720		216.000,00	
	120.000,00	188.112,83	
500		150.000,00	4
	100.000,00	132.726,00	
400		120.000,00	4
300		90.000,00	7
	80.000,00	88.114,24	
250		75.000,00	2
200		60.000,00	5
	40.000,00	48.040,24	
156		46.800,00	
	28.800,00	46.467,48	
150		45.000,00	
100		30.000,00	2
	20.000,00	21.727,36	
	10.000,00	11.407,68	
Média - Indenização dano moral – dano físico morte: R\$ 203.482,48			

Em dois casos os valores não foram especificados. As indenizações foram organizadas em ordem decrescente dos valores em reais que puderam ser calculados. O valor do salário mínimo utilizado nos cálculos foi de R\$ 300,00 (trezentos reais) valor vigente à época da conclusão do trabalho. Para os valores nominais utilizou-se o INPC do IBGE, índice utilizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para atualizações de débitos judiciais. A atualização foi feita desde a data da decisão até janeiro de 2006.

Os gráficos abaixo refletem a variação dos valores impostos a título de indenização por danos morais pelas decisões judiciais apresentadas na tabela acima, sendo no segundo excluídas as três condenações mais expressivas – de R\$ 4.405.711,89, R\$ 686.749,17 e R\$ 378.337,15 – por seus valores serem significativamente mais altos, dificultando a visualização da grande maioria das condenações.



a.3 Indenização por dano estético

Apesar de ser admitida a cumulação do dano moral e do dano estético pelo Poder Judiciário, confirmando entendimento de que ensejam modalidades distintas de indenização, houve reduzido número de ações em que o autor formulou esse pedido ao juiz (apenas 22 ou 6,23%) e poucas decisões que impuseram condenação por dano estético.

b. As condenações nos casos de lesões

As condenações nos casos de morte do paciente, como se viu, foram tratadas ao longo do item “resultado por espécies de condenações”. Tendo em vista que as lesões são de diversos tipos, bem como a respectiva gravidade das mesmas, o que reflete na fixação das condenações judiciais, optou-se por tratá-las neste item específico.

Do total de ações analisadas, 159 ou 45% apontam a alegação de lesão por causa de erro médico. Muitas delas são de natureza grave, como, por exemplo, amputação de dedo, braço ou de perna, perda de visão, perda de audição, lesão de uma das cordas vocais, deformidade física no rosto, queimadura de 2º e 3º graus, perda de movimentos de membros (braço, mão), incontinência urinária, retirada do útero e ovário, perda de rim, paralisia, entre outros.

Em 72 casos (45,2%), a Justiça julgou favorável ou parcialmente favorável o pleito do paciente, determinando a indenização por danos morais em 64 casos e por danos materiais em 70 casos. Pelos números apresentados, nota-se a incidência alta de cumulação de danos morais e materiais nas indenizações por lesões.

Na esfera das indenizações por danos materiais concedidas, 22 julgados reconheceram o direito à pensão; 26, o direito ao reembolso de despesas com reabilitação; três, o direito aos lucros cessantes; e 19 determinaram outras reparações a título de danos materiais.

A tabela a seguir traz alguns exemplos de condenação nas ações que envolveram danos físicos ou lesões.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS: LESÃO

Danos morais	Danos materiais	Lesão
R\$ 1.200.000,00	Despesas com tratamento médico, medicamentos e produtos ortopédicos + pensão vitalícia de 3 salários mínimos	Paralisia
R\$ 240.000,00	Pensão vitalícia de 5 salários mínimos ao menor + pensão de 1 salário mínimo por 7 anos aos pais	Encefalopatia crônica infantil não-progressiva
R\$ 210.000,00	Despesas com reabilitação não especificadas	Seqüela neurológica de tetraparesia
R\$ 150.000,00	—	Lesões ulcerativas (queimaduras) em parte da coxa esquerda, no pênis e na bolsa escrotal
R\$ 120.000,00	—	Sinequias uterinas causadoras de esterilidade
R\$ 117.212,43	Pensão vitalícia de valor não especificado	Perda da perna
R\$ 90.000,00	Despesas com reabilitação não especificadas + pensão de 2/3 do salário da paciente por tempo não especificado	Perda do braço esquerdo
R\$ 90.000,00	Outras despesas não especificadas	Queimadura de 2º e 3º graus
R\$ 81.343,44	—	Amputação dos dedos indicador, médio, anular e mínimo da mão esquerda
R\$ 75.000,00	Pensão de 3 salários mínimos até os 70 anos da vítima	Perda total dos movimentos de braço
R\$ 60.000,00	Lucros cessantes não especificados + 30% do salário mínimo por um ano como complementação do auxílio-doença	Queimadura nas nádegas
R\$ 60.000,00	Despesas com escola especial, transporte e tratamento médico + pensão vitalícia de 4 salários mínimos	Cerebral irreversível
R\$ 60.000,00	Despesas com reabilitação de R\$ 4.771,60	Queimadura no dorso
R\$ 60.000,00	Outras despesas não especificadas	Perda de antebraço direito
R\$ 53.387,93	R\$ 53.387,93	Paraplegia sensitivo-motora pós-raquiútesia
R\$ 45.000,00	Despesas com reabilitação de R\$ 12.330,14	Queimadura na coxa e na antecoxa

(continuação)

Danos morais	Danos materiais	Lesão
R\$ 33.171,71	Despesas com a troca de próteses mamárias e nova lipoaspiração com lipoenxertia – custos não especificados	Distopia mamilar, diferença de tamanho das mamas e irregularidades no contorno das coxas
R\$ 30.000,00	Despesas com a reabilitação + pensão vitalícia de valor não especificado	Surdez neurossensorial
R\$ 30.000,00	Pensão vitalícia de valor não especificado	Lesão grave no nervo femoral
R\$ 30.000,00	—	Deformação do abdômen e extração de ovário
R\$ 21.000,00	Despesas com cirurgia plástica corretiva + pensão vitalícia de 2/3 do salário mínimo	Perda de globo ocular esquerdo
R\$ 15.000,00	Lucros cessantes + pensão não especificados	Perda de 10% da capacidade laboral - osso fraturado reparado incorretamente
R\$ 15.000,00	Pensão vitalícia de um salário mínimo	Amputação de dedo
R\$ 15.000,00	Pensão de 1/3 do salário mínimo até os 65 anos vítimas	Do nervo ulnar direito – perda da capacidade de aproximação do 5º dedo da mão com os demais e diminuição da sensibilidade
R\$ 15.000,00	Despesas com reabilitação não especificadas	Permanente no braço esquerdo
R\$ 15.000,00	Despesas com medicamentos não especificadas	Dermatite de aplicação decorrente de alergia ao anti-séptico usado em cirurgia
R\$ 15.000,00	Despesas com todos os tratamentos para a recuperação da menor não especificadas	Incapacidade total e definitiva de criança
R\$ 9.000,00	Pensão vitalícia de 0,56% do salário mínimo	Atrofia muscular no braço direito

As indenizações foram organizadas em ordem decrescente dos valores das indenizações por danos morais. Os danos materiais foram indicados separadamente. O valor do salário mínimo utilizado nos cálculos foi de R\$ 300,00 (trezentos reais) – valor praticado à época de conclusão do trabalho. Os valores nominais foram atualizados pelo INPC do IBGE, índice utilizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para atualizações de débitos judiciais.

A análise das lesões e das respectivas condenações, tal como demonstrado no estudo acima tendo por objeto as indenizações por dano moral no caso de morte, reforça a inexistência de critérios rígidos para a fixação do valor da indenização.

Assim, entre as indenizações de R\$ 15.000,00 por danos morais cumuladas com despesas de reabilitação estão danos físico, como incapacidade total e definitiva em criança e dermatite decorrente de alergia ao anti-séptico utilizado. Enquanto para surdez neurossensorial a indenização por danos morais foi de R\$ 30.000,00, despesas de reabilitação e pensão vitalícia; para queimadura nas nádegas a indenização de dano moral foi de R\$ 60.000,00 mais lucros cessantes e 30% do valor do salário do paciente durante um ano. Quando o erro médico ocasionou paralisia, a indenização a título de danos morais chegou a mais de um milhão de reais. Contudo, em casos que poderiam ser considerados da mesma gravidade, como seqüela neurológica de tetraparesia e encefalopatia crônica infantil, as indenizações foram bem menores – R\$ 210.000,00 e R\$ 240.000,00, respectivamente – tendo em todos eles também havido condenação por dano material.

c. A condenação no caso dos médicos

Como visto, dos 197 médicos que figuraram como réus nas decisões analisadas, 69 (35%) tiveram a responsabilidade reconhecida pela Justiça, sendo compelidos a responder pelo erro médico, indenizando, de alguma forma, a vítima ou sua família.

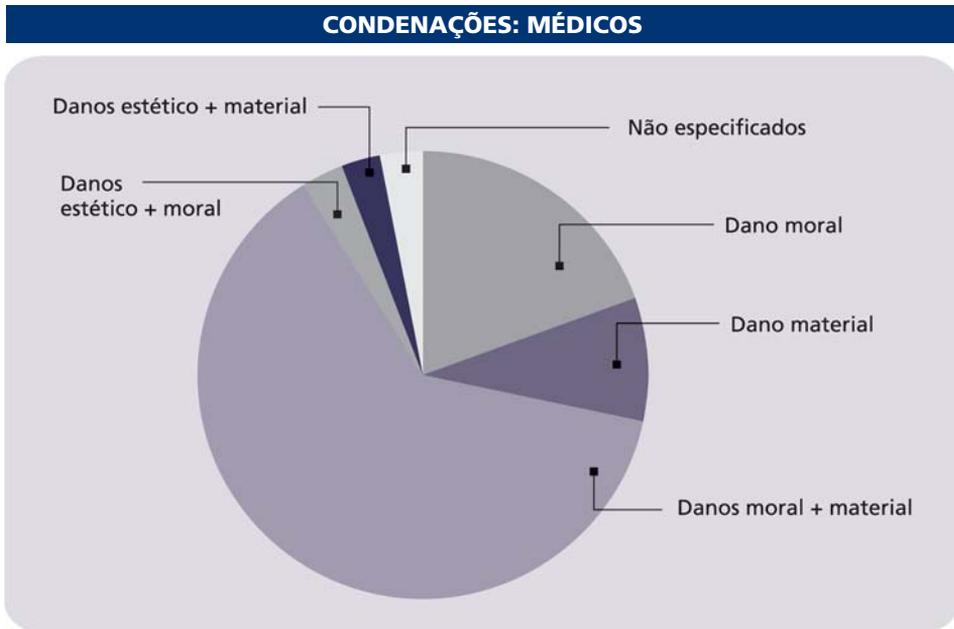
Desse total de médicos, dez deles não puderam ser identificados junto ao cadastro do Cremesp, sendo, portanto, como já mencionado na metodologia, incluídos na categoria “outros réus” por conta de uma exigência técnica do banco de dados. Por essa mesma razão, os detalhes quanto aos danos físicos discutidos nas ações e quanto à condenação dos médicos puderam ser identificados apenas em relação aos 187 identificados no cadastro do Conselho.

Considerando então esse universo, segue abaixo quadro indicativo dos danos físicos alegados nas ações que tiveram réus médicos:

MÉDICOS RÉUS E DANOS FÍSICOS	
Dano físico	Número de médicos processados
Lesão	88
Morte	44
Não especificados	41
Outros*	9
Não houve dano físico	5

* Em outros estão danos físicos como quadros de dores, inflamações, infecções e contaminações, ex: contaminação por HIV, piora do estado de saúde, reações adversas a medicamento, nascimento de filho não planejado, etc.

Todos os 69 médicos responsabilizados judicialmente foram condenados a arcar com alguma indenização, sendo possível identificar os detalhes da condenação de 67 deles: 42 casos por danos materiais e morais; 13, por danos morais; seis, por danos materiais; dois, por danos estéticos e morais; outros dois por danos estéticos e materiais; e, por fim, dois casos cuja indenização não foi especificada. É o que demonstra o gráfico abaixo:



As tabelas abaixo foram elaboradas na tentativa de apresentar os diferentes valores – pagos a título de indenização às vítimas ou às suas famílias – com os quais os médicos condenados tiveram que arcar. Contudo, toda a vez que o médico foi condenado juntamente com o hospital ou a clínica onde se realizou o atendimento danoso, o pagamento da indenização deve ser dividido em razão da responsabilidade solidária já mencionada.

Todos os casos em que os médicos foram condenados estão representados a seguir, embora em alguns deles não tenha sido possível obter especificações das condenações.

As constatações feitas para as condenações em geral valem também para os casos de médicos condenados. Os fatos mais relevantes são a disparidade dos valores das indenizações – ainda que se trate do mesmo dano físico ou da morte do paciente – e a falta de proporcionalidade entre os valores fixados e a gravidade dos danos causados.

c.1 Condenação dos médicos: indenização por danos morais

Abaixo seguem os diferentes valores das condenações que se limitaram a determinar o pagamento de indenização por danos morais. Tanto os valores fixados em salários mínimos, que constituem a maioria, como aqueles estipulados em valor nominal, foram atualizados.

MÉDICOS E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL	
Valores das indenizações	Danos físicos
R\$ 150.000,00	Morte
R\$ 120.000,00	Morte
R\$ 90.000,00	Morte
R\$ 60.000,00	Não especificado
R\$ 52.269,81	Visão não recuperada
R\$ 33.300,00	Não especificado
R\$ 30.000,00	Não especificado
R\$ 15.865,75	Perda do ovário direito e do útero
R\$ 15.000,00	Inflamação generalizada

Nos outros três casos não foi possível obter as especificações. As indenizações foram organizadas em ordem decrescente dos valores em reais que puderam ser calculados. O valor do salário mínimo utilizado nos cálculos foi de R\$ 300,00 (trezentos reais), valor vigente à época da conclusão do trabalho. Para os valores nominais utilizou-se o INPC do IBGE, índice utilizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para atualizações de débitos judiciais. A atualização foi feita desde a data da decisão até janeiro de 2006.

c.2 Condenação dos médicos: indenização por danos materiais

A tabela a seguir traz as decisões que determinaram apenas o pagamento de indenização por danos materiais, cujos valores puderam ser de alguma forma identificados. Algumas condenações determinaram o pagamento de pensão e outras de valores pré-fixados.

MÉDICOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS	
Pensões	Danos físicos
Um salário mínimo por tempo não especificado	Não especificado
2/3 de salário mínimo até os 65 anos da vítima	Morte
2/3 de quatro salário mínimos até os 25 anos da vítima e, depois disso, 1/5 de quatro salários até os seus 65 anos.	Morte
Valores nominais	Danos físicos
R\$ 728,60	Perda de acuidade visual
R\$ 3.586,95	Cicatrizes e mamilos atrofiados

Em um caso não foi possível obter especificações. Os valores nominais foram corrigidos pelo INPC do IBGE, índice utilizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para atualizações de débitos judiciais. A atualização foi feita desde a data da decisão até janeiro de 2006.

c.3 Condenação dos médicos: indenização por danos morais e danos materiais

Como demonstrado, a grande maioria dos médicos condenados teve que arcar, sozinho ou com outro (s) réu (s), com o pagamento de indenização por dano moral e material, conjuntamente.

A seguir estão especificados os diferentes valores das indenizações nesses casos. Cumpre mencionar que os valores de danos morais e materiais foram computados juntos sempre que expressados em salários mínimos ou em valores nominais, e, depois de atualizados foram somados. Além disso, foram apontadas outras condenações como o pagamento de pensões ou de outras despesas de valores não precisados pela decisão.

MÉDICOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

Valores das indenizações	Danos físicos
R\$ 4.405.711,89 + pensão de valor e duração não especificados	Morte
R\$ 240.000,00 + custos com prótese e pensão mensal de valor e duração não especificados	Cegueira total em um olho e parcial em outro
R\$ 230.366,12 + pensão vitalícia de valor não especificado	Amputação da perna esquerda
R\$ 194.573,39 + pensão vitalícia de oito salários mínimos	Atrofia do antebraço, desvio do punho e perda de sensibilidade nas mãos e dedos.
R\$ 192.798,49 + pensão de um salário mínimo até a reabilitação	Não especificado
R\$ 171.183,61 + custos com cirurgias plásticas reparadoras e medicamentos não especificados	Necrose no tronco e membro inferior esquerdo
R\$ 163.369,29 + pensão de um salário mínimo até os 65 anos da vítima	Morte
R\$ 150.000,00 + pensão de 2/3 do salário mínimo até os 25 anos da vítima	Morte
R\$ 90.000,00 + pensão de um salário mínimo por 11 anos + pensão de 1/5 de salário mínimo por 40 anos	Morte
R\$ 75.000,00 + pensão de 3 salários mínimos até os setenta anos da vítima	Perda total dos movimentos do braço esquerdo
R\$ 75.000,00 + pensão de 2/3 do salário da vítima – valor não especificado – até os seus 65 anos	Morte

Valores das indenizações	Danos físicos
R\$ 66.409,66	Morte
R\$ 60.266,62	Queimaduras e manchas no queixo, braços, virilha, região umbilical e pernas
R\$ 57.038,39 + outras despesas não especificadas	Perfuração do íleo e perda de parte do intestino
R\$ 48.000,00 + outras despesas não especificadas	Não especificado
R\$ 48.000,00	Agravamento da ejaculação precoce
R\$ 47.348,95 + pensão de 2/3 do salário mínimo por 11 anos + pensão de 1/5 do salário mínimo por 40 anos	Morte
R\$ 40.202,61	Busto totalmente caído e porta total da auréola no bico da mama esquerda
R\$ 39.202,35 + custos com cirurgia reparadora não especificados	Toco traumatismo que levou a ferimento acero-contuso de parede posterior da vagina, terço médio da vagina e parede anterior da ampola retal.
R\$ 30.000,00 + pensão de 2/3 do salário mínimo durante onze anos	Morte
R\$ 30.000,00 + despesas com reabilitação não especificadas	Necrose avascular na cabeça do fêmur
R\$ 30.000,00 + outras despesas não especificadas	Não especificado
R\$ 21.000,00 + pensão vitalícia de 2/3 do salário mínimo + custos de cirurgia plástica corretiva não especificados	Perda do globo ocular esquerdo
R\$ 15.000,00 + pensão vitalícia de um salário mínimo	Amputação de dedo
R\$ 15.000,00 + despesas com reabilitação não especificadas	Oclusão palpebral voluntária total no olho direito e parcial no olho esquerdo
R\$ 14.976,31 + custos de cirurgia plástica e outras despesas com reabilitação não especificadas	Ectropia com exposição parcial da córnea
100 vezes valor de cirurgia de curetagem + despesas com reabilitação não especificadas	Perfuração do ovário e peritonite

Em 7 casos não foi possível obter especificações. Em 8 casos há dois réus médicos. As indenizações foram organizadas em ordem decrescentes dos valores em reais que puderam ser calculados. O valor do salário mínimo utilizado nos cálculos foi de R\$ 300,00 (trezentos reais), valor vigente à época da conclusão do trabalho. Para os valores nominais utilizou-se o INPC do IBGE, índice utilizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para atualizações de débitos judiciais. A atualização foi feita desde a data da decisão até janeiro de 2006.

c.4 Condenação dos médicos:

indenização por dano estético e dano moral

As condenações que juntaram indenização por dano estético e por dano moral atingiram as seguintes importâncias:

MÉDICOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS ESTÉTICOS E MORAIS	
Valores das indenizações	Danos físicos
R\$ 82.153,43	Assimetria dos quadris, manchas e irregularidades na pele
R\$ 16.086,28	Seios assimétricos e disformes, cicatrizes irreversíveis

As indenizações foram organizadas em ordem decrescente dos valores em reais que puderam ser calculados. O valor do salário mínimo utilizado nos cálculos foi de R\$ 300,00 (trezentos reais) — valor vigente à época da conclusão do trabalho. Para os valores nominais utilizou-se o INPC do IBGE, índice utilizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para atualizações de débitos judiciais. A atualização foi feita desde a data da decisão até janeiro de 2006.

c.5 Condenação dos médicos:

indenização dano estético e dano material

Por sua vez, as indenizações por dano estético e dano material impostas aos médicos foram:

MÉDICOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS ESTÉTICOS E MATERIAIS	
Valores das indenizações	Danos físicos
R\$ 330.428,39 + pensão de dois salários mínimos por 49 anos	Perda do braço
R\$ 60.000,00 + despesas com tratamento psicológico e cirurgias	Assimetria mamária e quelóides

As indenizações foram organizadas em ordem decrescente dos valores em reais que puderam ser calculados. O valor do salário mínimo utilizado nos cálculos foi de R\$ 300,00 (trezentos reais) — valor vigente à época da conclusão do trabalho. Para os valores nominais utilizou-se o INPC do IBGE, índice utilizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para atualizações de débitos judiciais. A atualização foi feita desde a data da decisão até janeiro de 2006.

4.2.4 A influência da perícia nas decisões judiciais

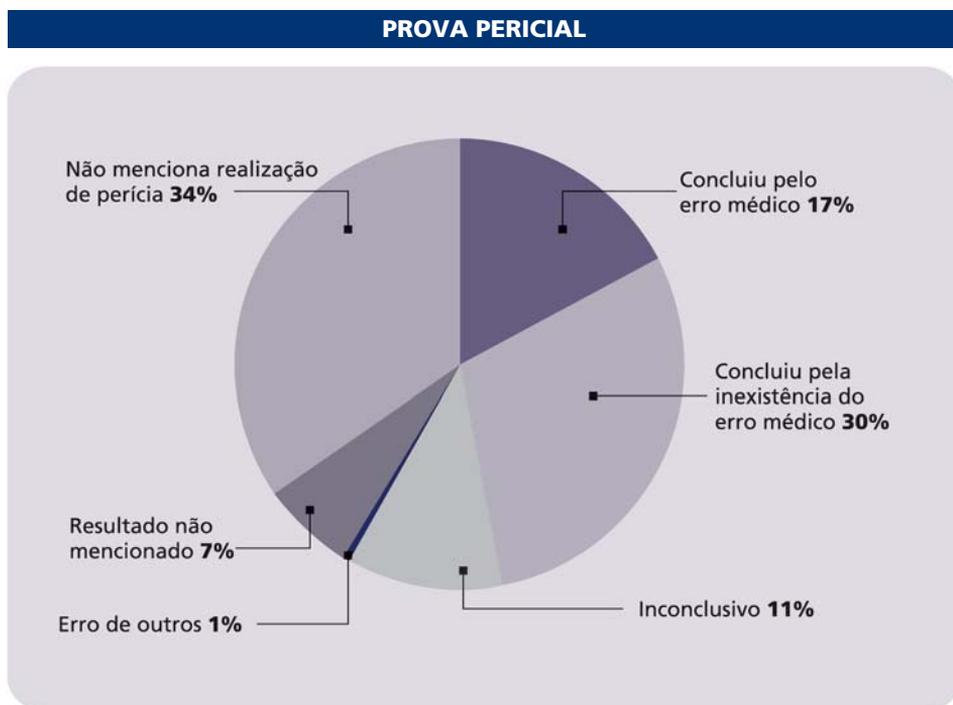
A pesquisa constatou a dificuldade encontrada pelo magistrado na apuração do erro médico alegado pelo autor, o que pode ser justificado pelo ambiente reservado onde normalmente os fatos ocorrem como centro cirúrgico, pronto-socorro ou consultório e especialmente pela complexidade técnica (médica) envolvida nas situações concretas.

Esses aspectos aliados às condições de saúde e à idade do paciente — que também exercem influência no sucesso de uma cirurgia ou tratamento, na recuperação de alguma doença ou trauma —, completam o quadro

das dificuldades enfrentadas pelo julgador na declaração da ocorrência do erro médico, isto é, no reconhecimento da efetiva relação entre o dano alegado pelo autor da ação e a conduta do prestador de serviço ou dos vários prestadores.

Não é por outra razão que na maioria das decisões (65,2%) há menção de realização de perícia para apuração da atuação do profissional e de sua responsabilidade pela ocorrência do dano ao paciente. Somente em 34,8% dos julgados a realização de perícia não é mencionada, o que não significa necessariamente que esta não tenha sido realizada³⁰.

O gráfico abaixo representa a referência à perícia nos casos analisados, demonstrando que das decisões que mencionaram expressamente a perícia, em 26,5% a conclusão do perito foi pela existência de erro médico; contra 45,7% em que o profissional concluiu pela inexistência de erro médico. Em 16,9% dos casos, a perícia foi inconclusa; e em outros 0,9% a perícia concluiu que a responsabilidade pelo erro foi de outros profissionais não-médicos. Por fim, em 10% das decisões não foi mencionado o resultado da perícia realizada.



³⁰ Apesar do acórdão não mencionar expressamente a realização de perícia, esta pode ter sido realizada, estando sua conclusão relatada na decisão de primeira instância. Pode ter influenciado a decisão de 1ª instância e também o acórdão que referenda a decisão anterior.

O exame dos julgados revelou que a perícia é considerada valioso subsídio para os magistrados. Prova disso é que a principal causa de decisões do Tribunal de Justiça que não apreciam o mérito do pedido é a necessidade de colheita de mais provas por meio da perícia e/ou outro meio de prova. Em alguns casos, o TJ anula a sentença e determina a volta do processo à 1ª instância para realização de perícia; em outros, decide que a busca de mais evidências fáticas será feita pelo próprio tribunal, convertendo o julgamento em diligência para a realização da (s) prova (s) que se entende necessária (s). O trecho a seguir foi extraído de um desses casos:

“Assinalo, agora, que as provas existentes nos autos não permitem conclusão segura no sentido de que tenha agido, a médica (...), em qualquer momento do atendimento clínico e cirúrgico dado ao autor, com imprudência, imperícia ou negligência.

Chego a esse entendimento considerando que o resultado da prova pericial, que se revela essencial, em hipótese como a dos autos, para a formação do convencimento do julgador, que não dispõe de conhecimentos suficientes a respeito da atividade médica, o que o leva a basear suas conclusões nas informações que lhe são ministras pelos profissionais de sua confiança.”³¹

Porém, apesar da importância da perícia, especialmente diante da dificuldade do julgador diante do caso concreto, cumpre esclarecer que o juiz não está absolutamente vinculado ao seu resultado. Pode haver casos, embora mais raros, em que o juiz, analisando a perícia junto às demais provas constantes do processo, decida em sentido oposto ao laudo pericial, como pode ser observado nesta decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“É certo que o perito judicial concluiu que não teriam havido falhas no atendimento prestado pela ré ao autor (cf. fls. 199). Mas, tal conclusão é evidentemente equivocada na medida em que, como ele próprio assevera, não conseguiu a ré diagnosticar o grave mal que acometia o autor, limitando-se a anotar o próprio sintoma por ele mencionado. (...)

A negligência, no caso em exame, caracterizou-se pelo fato de não terem sido tomadas as medidas necessárias para estabelecer o correto diagnóstico, dispensando o autor com a menção do sintoma, apenas. Se o réu empregasse todos os meios de que dispunha, teria identificado a apendicite e providenciado o imediato tratamento.”³² (grifamos)

31 Apelação Cível 104.244.4/6, Des. Rel. Elliot Akel, j. 25/07/2000.

32 Apelação Cível 105.967-4/2-00, Des. Rel. Boris Kauffmann, j. 05/10/2000.

A partir desses esclarecimentos iniciais, fica mais fácil entender a influência que a perícia teve nas decisões judiciais analisadas nesta pesquisa e os outros resultados apresentados a seguir, que derivam da tentativa de identificar a influência do resultado das perícias na condenação ou não dos réus.

Antes, contudo, cumpre observar que 123 decisões de 2ª. instância não fizeram qualquer referência expressa em seu teor acerca da realização de perícia e de seu resultado. Como já dito, isso não significa ausência de perícia nessas ações, que podem ter sido realizadas e referidas na decisão de 1ª. instância. Os resultados podem ter influenciado tanto a decisão de 1ª. quanto a de 2ª. instância, caso esta última tenha, por exemplo, mantido a decisão anterior. Do universo de decisões que não possibilitaram conhecer qualquer detalhe sobre a realização de perícia, 71 (58%) não condenaram os réus, enquanto o restante, 52 (42%) decretaram condenações.

O restante das decisões, 230, indicou algum dado sobre a realização da perícia. Para tentar identificar a influência da perícia no resultado da ação judicial, as decisões foram separadas em: decisões que possibilitaram a identificação de perícia conclusiva pelo erro médico; decisões onde a perícia concluiu pela inexistência do erro médico; decisões que destacaram perícia com resultado inconcluso; e aquelas que identificaram a realização de perícia, mas não mencionaram seu resultado. A comparação feita com essas últimas não possibilitou qualquer tipo de conclusão.

Entre os 63 casos que possibilitaram a identificação de **perícia conclusiva pelo erro médico**, apenas um desconsiderou o resultado do laudo pericial, entendendo por bem não condenar o réu. Neste caso, a autora reclamava de suposto erro médico, caracterizado por sutura mal-feita, realização de exame desnecessário, falta de providências quanto à fratura e à retirada de corpos estranhos (cacos de vidro) da face e ainda ausência de atendimento por especialista bucomaxilar. A perícia, apesar de concordar com parte da conduta médica, concluiu pela negligência no atendimento. O juiz de 1ª instância desconsiderou o resultado da perícia, pois sua conclusão contrariou a opinião de todos os médicos que trataram o caso. O tribunal, por sua vez, considerou apenas a parte do laudo pericial que concordou com alguns aspectos da conduta do réu, afirmando que:

“O juiz não deve necessariamente acatar ou rejeitar o trabalho pericial. A sentença é uma peça de inteligência que se fundamenta em todas as provas pertinentes produzidas. Podem ser aceitas algumas conclusões do perito e rejeitadas outras, sem que o juiz tenha necessariamente de pedir esclarecimentos do técnico ou ordenar repetição da prova.”³³

Em 96 dos 105 casos nos quais as **perícias concluíram pela inexistência do erro médico**, os juízes acataram seus resultados, não havendo condenação. Contudo, em nove deles (8,5% dos casos) houve condenação, a despeito do resultado do laudo pericial. Em seis desses casos, os juízes realmente discordaram da perícia e, com base em outras provas, decidiram pela existência do erro médico e decretaram a condenação do(s) réu(s). Num outro caso, o juiz não deu importância à perícia, condenando o hospital público por conta da responsabilidade objetiva, que independente da comprovação de culpa do agente quanto à reparação do dano. Os dois outros restantes trazem característica inusitada, os juízes concordam com a perícia, que concluiu pela inexistência de erro médico, mas ainda assim fixam condenação. Um deles concedeu reembolso de cirurgia reparadora, cuja necessidade já havia sido prevista pelo médico³⁴, e outro condenou o hospital, e não o médico, por imprudência³⁵.

Dos 39 casos em que a perícia foi inconclusa, 23 (59%) não condenaram os réus contra 16 (41%) que impuseram condenação.

Como se vê, apesar do magistrado não estar totalmente vinculado ao resultado da perícia, é extremamente significativa sua influência na formação do convencimento do juiz. Quase 100% das decisões que expressaram o resultado da perícia conclusivo pelo erro médico condenou o(s) réu(s). E 92% daquelas que indicaram perícia conclusiva pela inexistência

33 Apelação Cível 107.028-4/2, Des. Rel. Maurício Vidigal, j. 12/12/2000.

34 Tratava-se de mamoplastia mal-sucedida, pedindo a autora indenização por danos morais e estéticos e reembolso por cirurgia corretiva, em razão ter ficado com seus mamilos atrofiados e com cicatrizes. O juiz concordou com a perícia, que concluiu pela inexistência de erro já que foi correta a prática cirúrgica utilizada e é possível a cirurgia reparadora dos mamilos atrofiados e cicatrizes, e não concedeu indenização por dano moral e estético, mas concedeu o reembolso da cirurgia reparadora.

35 Tratava-se de aplicação de raquianestesia para parto, que deixou a paciente parálitica. A perícia concluiu que não há nexo entre o dano e os procedimentos realizados do ponto de vista mecânico, mas que é altamente provável que no material utilizado para a raquianestesia havia substâncias neurotóxicas. O juiz concluiu que não há erro médico quanto ao procedimento, mas incumbia ao hospital controlar a qualidade das seringas e agulhas reutilizáveis empregadas nos tratamentos dos pacientes a seus cuidados. Por isso o condenou, baseando-se em literatura médica descrevendo a possibilidade de ocorrência de seqüelas neurológicas resultantes de quantidades mínimas de detergentes usados na limpeza de seringas reutilizáveis e nos casos relatados de data anterior ao caso em questão.

do alegado erro isentaram o(s) réu(s) de qualquer condenação. A dúvida pericial, por sua vez, gerou mais decisões de isenção de responsabilidade.

Os casos restantes mencionaram a realização de perícia, mas não especificaram seu resultado, sendo que 14 deles decidiram pela condenação do(s) réus(s) e nove pela absolvição.

4.2.5 Comportamento da Justiça

Resta então analisar o comportamento da Justiça, nas suas diversas instâncias, quanto à questão do alegado erro médico.

a. Decisões desfavoráveis aos pacientes

A maioria das decisões em 1ª. instância foi desfavorável ao paciente (53,5%). Os dois principais fundamentos dos juízes para não reconhecer o direito dos pacientes à indenização pleiteada são a falta de comprovação da culpa do profissional e a ausência de demonstração do nexo de causa e efeito (nexo causal) entre o dano e a ação do profissional.

No Tribunal de Justiça, o número de decisões desfavoráveis ao paciente não sofre alteração relevante, caindo para 46,2%, e mantendo-se em grande medida os fundamentos das sentenças, como se pode observar do trecho de uma das decisões analisadas:

“Ora, se a fratura foi adequadamente tratada; se o tratamento encontra respaldo na literatura médica e é seguro; se o médico agiu de forma diligente, prudente e perita, não há que se falar em ato culposos e, conseqüentemente, no dever de indenizar.

Isto porque, tratando-se de caso de responsabilidade civil subjetiva, para que alguém seja responsabilizado torna-se necessária a presença simultânea do dano, da culpa e do nexo causal entre o prejuízo e a conduta culposa daquele que se pretende responsabilizar. Sem a presença de tais elementos, como no caso em tela, é impossível responsabilizar-se a quem quer que seja.”³⁶ (grifamos)

Por sua vez, no Superior Tribunal de Justiça, dos 15 casos apreciados, uma única decisão foi desfavorável ao paciente (6,6%), cabendo salientar a existência de um percentual significativo (46,6%) de casos em que a Corte Superior não apreciou o mérito da ação.

36 TJ/SP, Apelação Cível 104.020-4/4-00, Des. Rel. Arthur Del Guércio, j. 16/08/2000.

Aqui, convém esclarecer que apesar de teoricamente o Superior Tribunal de Justiça ser o último grau de recurso em matéria infraconstitucional, a grande maioria das decisões do TJ não são reapreciadas pelo STJ, devido à natureza do recurso que lhe cabe julgar – o Recurso Especial³⁷ –, e de sua competência.

Para que uma ação envolvendo erro médico seja apreciada pelo STJ é necessário que a decisão do TJ represente afronta a uma lei federal³⁸, como o Código Civil ou o Código de Defesa do Consumidor. A parte que se sentir lesada por esta decisão pode interpor o chamado Recurso Especial que será apreciado pelo STJ.

Este recurso possui requisitos específicos e rígidos, previstos em lei especial e na própria Constituição. Com isso, proporcionalmente, são poucos os recursos admitidos e, conseqüentemente, são poucas as decisões dos Tribunais de Justiça do País reexaminadas pelo STJ.

Esta imensa restrição de ações examinadas pelo STJ torna ainda mais relevante e definitivo os dados encontrados nesta pesquisa.

b. Decisões favoráveis ou parcialmente favoráveis

Em 1ª. instância, 152 ações foram julgadas favoráveis (24,6%) ou parcialmente favoráveis (18,4%) ao paciente, número esse praticamente inalterado no Tribunal de Justiça que reconheceu o direito do paciente à indenização ou parte dela em 154 casos (43.6%). Aqui, o percentual de julgados totalmente favorável foi de 22,9%, enquanto 20,7% foram de decisões parcialmente favoráveis.

No STJ, houve mais decisões favoráveis (26,6%) ou parcialmente favoráveis (20%) que desfavoráveis (6,6%), mas em parcela significativa dos casos, como mencionado acima, a Corte Superior não decidiu o mérito do pedido do paciente (46,6%).

Por fim, no STF o único acórdão decidiu favoravelmente ao paciente. A existência de apenas uma decisão na corte maior do País se justifica pela competência desse tribunal que se limita à matéria constitucional, ou seja, somente quando o julgado do Tribunal de Justiça representar ofensa direta a dispositivo da Constituição Federal³⁹ será apreciado pelo STF.

³⁷ Existem outros recursos de competência do STJ, mas no caso de acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça, que decide o mérito de uma ação, cabe recurso especial.

³⁸ Em termos exatos, além da hipótese de ofensa à lei federal, outras duas hipóteses ensejam a interposição de recurso especial, conforme artigo 105, III da Constituição Federal.

³⁹ Cf. artigo 102, III, da Constituição Federal.

O acórdão do STF sobre erro médico foi admitido e julgado procedente em abril de 2002, porque a vítima do erro demonstrou que a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo feria o artigo 107 da Emenda Constitucional vigente à época – atual artigo 37 da Constituição Federal de 1988 –, que impõe a responsabilidade objetiva do Poder Público diante de dano. O réu da ação era o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo que, por sua natureza pública, tem o dever de indenizar – independentemente da comprovação da culpa.

A autora da ação fora submetida à cirurgia corretiva (septoplastia) para melhorar quadro de insuficiência respiratória decorrente de desvio de septo nasal e acabou perdendo sua visão esquerda. O perito afirmara não ter havido culpa do profissional, nos seguintes termos: *“A complicação surpreendeu a todos. Fora seguida a técnica precisa, seguidos os parâmetros exatamente como todos os cirurgiões operam (as cirurgias têm seu desenvolvimento padronizado, estereotipado, fixo), apenas alterações momentâneas podem modificar seu curso, o que, de acordo com os depoimentos, não ocorreram. Estávamos à frente de uma imprevisível reação adversa, que pelo exposto e discutido poderia, a princípio, acontecer com quaisquer médicos de quaisquer pacientes; casual, um acaso, advindo por força irresistível, que não se pôde prever ou evitar, embora o agente tenha perfeita observância na execução do ato. A revisão da literatura, com vários artigos, publicados em diversos países, vieram confirmar as impressões tidas, à primeira vista: tratava-se de um acidente, caso fortuito, cuja etiologia é rara, ainda incerta, pouco precisa, havendo várias hipóteses especulativas, na tentativa de explicar o evento...”*

Não obstante a afirmação do perito, para o STF, que acolheu o parecer da Procuradoria-Geral da República, não importou a conduta do médico. A existência do nexo causal entre a “ação” e o dano é o suficiente para gerar o dever reparatório, conforme se conclui do trecho abaixo:

*“É, portanto, inquestionável a imprevisibilidade do ocorrido, tanto que surpreendeu os cirurgiões envolvidos no processo operatório. Decorre que em momento algum ficou comprovada a total falta de causalidade entre a seqüela deixada e a intervenção cirúrgica. A natureza fortuita da consequência, do resultado, não afasta em momento algum a sua causalidade, ao contrário cria exponencial liame entre a cirurgia perpetrada e a perda da visão do olho esquerdo da paciente. Figura, na situação vertente, a presença da responsabilidade objetiva do Estado, posto que o risco na cirurgia não exime o Estado no dever do ressarcimento, tal qual preconizado no art. 37, § 6º. da lei Fundamental, **verbis(...)**”.*

As decisões parcialmente favoráveis

Na maioria das decisões examinadas, o pedido do paciente é composto por mais de uma modalidade de indenização (57,2%). A maior incidência é de ação de reparação por danos morais e materiais (183 ou 51,8%); seguido de pedidos de danos morais, materiais e estéticos (13 ou 3,6%); danos morais cumulados com danos estéticos (4 ou 1,1%); e, por fim, reparação por danos estéticos cumulados com danos materiais (0,5%). E em um número significativo de decisões analisadas (84 ou 23,7%), não há especificação da indenização solicitada, podendo o número de pedidos com mais de um tipo de indenização ser ainda mais expressivo.

A análise das decisões demonstrou que o Poder Judiciário, em termos gerais, não concede todo o pedido em quase metade das ações. Isto significa que, apesar de declarar a existência do erro médico e conseqüentemente o direito do paciente, a Justiça entende que a indenização solicitada é superior à devida. Assim, em 1ª. instância são 24,6% decisões totalmente favoráveis contra 18,4% parcialmente; no Tribunal de Justiça são 22,9% contra 20,7%; e, no Superior Tribunal de Justiça são 26,6% contra 20%.

Em muitos casos, a Justiça reconhece os danos morais sofridos, mas não os danos materiais; ou o contrário; ou reconhece mais de uma categoria de dano, mas reduz o valor solicitado; ou ainda reconhece o dano material para despesas com reabilitação, mas reduz o pedido de pensão. Como não existe um parâmetro legal rígido para mensurar os danos morais e mesmo os danos estéticos, assim como nos danos materiais os litígios são de vários tipos (pensão, lucros cessantes, despesas de reabilitação e outros) e os valores são bastante variáveis, é comum a disparidade entre a demanda do paciente e o concedido judicialmente.

c. Outras decisões

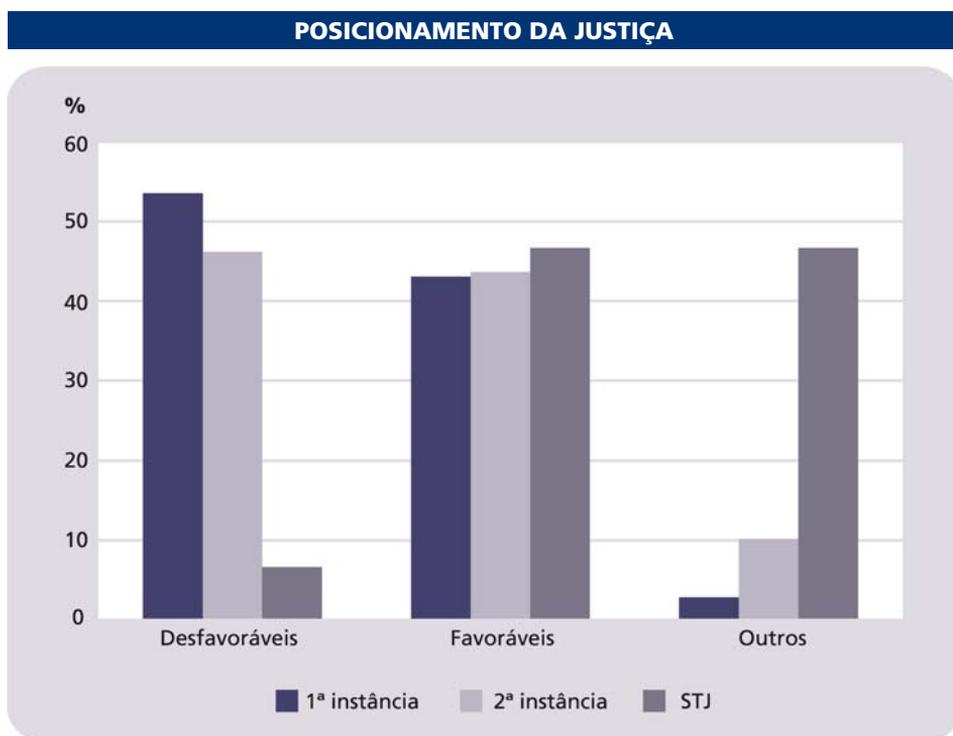
Em todas as instâncias, há um pequeno percentual de decisões que não foram enquadradas na pesquisa como favoráveis ou desfavoráveis por não julgarem o mérito das ações. São decisões que “resolvem” aspectos processuais, como o foro competente para julgar a ação ou a inversão do ônus da prova, ou ainda a legitimidade passiva.

Em 1ª. instância, há quatro casos nessa situação, além de outros seis em que o processo é extinto sem julgamento de mérito. Já no Tribunal de Justiça são 36 decisões classificadas como “outros”, destacando-se, por sua maior incidência, as decisões que convertem o julgamento em dili-

gência para recolher mais provas ou anulam a sentença, determinando que seja produzida em 1ª. instância mais provas.

No Superior Tribunal de Justiça, são cinco decisões que não analisam o mérito, decidindo questões acerca da competência para propositura da ação, legitimidade de réu ou ainda reconhecendo a impossibilidade de examinar matéria de prova.

O gráfico abaixo ilustra os resultados acima comentados.



5

DESCRIÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS DA PESQUISA NA ESFERA PENAL

Na pesquisa de decisões judiciais referentes à responsabilidade penal por erro médico, foram localizadas apenas 15 decisões do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo¹, cinco decisões do STJ e três decisões do STF, somando um total de 23 decisões.

5.1 ANÁLISE DOS RESULTADOS DAS DECISÕES CRIMINAIS

5.1.1 O número de decisões analisadas

Tendo em vista que apenas 23 decisões foram encontradas, não foi realizada uma análise mais aprofundada da posição do Judiciário, como realizado em relação às decisões de natureza civil.

O reduzido número de decisões criminais de 2ª instância pode ser explicado pela própria legislação. A possibilidade da aplicação de institutos como a composição civil e a transação penal evita a proposição da ação penal. Além disso, é grande a chance de, mesmo sendo instaurada ação penal, ser o médico absolvido, beneficiado com o perdão judicial, ter sua punibilidade extinta em razão da suspensão condicional do processo ou, ainda que condenado, optar por não apelar da sentença, já que esta pode se limitar, em parte das ações, a aplicar mera pena restritiva de direito e/ou multa. Em todas essas hipóteses a ação não alcança a 2ª instância, e, portanto, não é alcançada pelo presente estudo.

¹ No período selecionado para a coleta de decisões, o TACRIM era competente para julgar os crimes de homicídio culposo e de lesão corporal culposa. Esse tribunal foi extinto e atualmente essa competência também é do Tribunal de Justiça.

Daí concluir-se que os números de casos criminais apresentados aqui provavelmente estão muito aquém dos números reais existentes no Estado de São Paulo, considerando os casos que se encerram sem sequer a propositura de ação penal e tantos outros que não atingem a 2ª. instância. Cumpre esclarecer ainda que as condutas tidas como de menor potencial ofensivo, como é o caso da lesão corporal culposa, são de competências do Juizado Especial Criminal – JECRIM. Contudo, não foi possível obter as decisões do JECRIM (1ª instância) e nem mesmo dados estatísticos específicos que pudessem ser utilizados como parâmetros. Essas decisões não se encontram informatizadas e agrupadas em um banco de dados, que possibilite realizar pesquisas.

5.1.2 Os resultados das decisões criminais

Entre as decisões criminais encontradas na pesquisa, três são do STF. Todas elas julgaram recursos interpostos contra decisões denegatórias de Habeas Corpus², que buscavam o trancamento da ação penal proposta contra médico, acusado de homicídio decorrente de erro médico.

Em todas elas o STF manteve o prosseguimento da ação penal movida contra os médicos. Vale observar que as decisões foram proferidas em 1986, 1985 e 1999.

Já quanto às cinco decisões do STJ, três delas também julgaram recursos (Habeas Corpus) de decisões que negaram pedidos de trancamento de ação penal ou de inquérito policial. As outras duas reexaminam decisões³ que, segundo as alegações dos recorrentes, feriam dispositivos do Código Penal.

Quatro decisões do STJ foram contrárias aos médicos, sendo que três delas determinaram o prosseguimento da ação penal ou do inquérito policial e a outra não admitiu o Recurso Especial interposto pelo médico condenado por crime de lesão corporal culposa. Apenas em um caso o médico foi beneficiado pela decisão, que reconheceu a ocorrência da prescrição⁴ e extinguiu a sua punibilidade. Cabe ainda observar que três decisões tratam do crime de homicídio culposo e duas do crime de lesão corporal.

2 Instituto que se dedica a salvaguardar a liberdade de todo ser humano que sofre constrangimento ou que está na iminência de sofrê-lo.

3 Nesses casos, o STJ julga Recursos Especiais, que servem para questionar as decisões que ferem a legislação infraconstitucional, como é o caso do Código Penal.

4 A prescrição é uma causa de extinção da punibilidade do agente em razão do decurso do tempo. Os prazos prescricionais são previstos pelo Código Penal.

Por fim, todas as 15 decisões do TACRIM/SP tratam de homicídio culposo de médico, em razão da morte do paciente. Das decisões de mérito – que decidiram sobre a existência ou não de crime e, conseqüentemente, sobre a condenação ou não do médico – seis são contrárias aos médicos, mantendo a condenação criminal de 1ª instância e cinco são favoráveis aos médicos processados, absolvendo-os.

As quatro decisões restantes tratam de outras questões que não a condenação ou absolvição do médico. Dessas, três são desfavoráveis aos médicos: uma mantém a revogação do benefício da suspensão condicional do processo; outra nega pedido de trancamento de ação penal; e a última não admite revisão de decisão condenatória do médico, feita em razão de absolvição em processo ético-profissional. Apenas uma é favorável ao médico, reconhecendo a inexistência de justa causa para a ação penal condenatória.

Segue abaixo, descritivo das **condutas que possibilitaram o reconhecimento da responsabilidade penal do médico** em razão da morte do paciente:

▲ *Médico chefe da equipe de plantão que permite que seu subordinado, plantonista do pronto-socorro, ausente-se do hospital por longo período e deixe de prestar atendimento de emergência a paciente que dele necessitava e que, por essa razão, vem a falecer;*

▲ *Médicos que, diante dos sintomas apresentados pela paciente — inapetência, fraqueza, muita sede, emagrecimento e diurese abundante — diagnosticam, apressadamente e erroneamente, tratar-se de depressão aguda e, sem submeter a vítima a qualquer tipo de exame laboratorial, ministram-lhe “tryptanol”, sem acompanhamento como recomenda o “guia” do remédio, e soro glicosado, apesar de alertados pela filha da paciente da possibilidade da mãe ser portadora de diabetes, vindo esta a falecer com alta taxa de glicemia;*

▲ *Médico que se recusa a reexaminar, bem como a fazer novos exames radiológicos na vítima que acaba morrendo, sob a alegação de já tê-la atendido algumas horas antes;*

▲ *Médico que atende com descaso a vítima que procurou socorro em tempo hábil, sendo negligente no dever de cuidado, posto não ter realizado o necessário exame físico, o que impediu a avaliação precisa dos sintomas do paciente, levando-o à morte;*

▲ *Médico que provoca morte de paciente no pronto atendimento ao não diagnosticar doença de que era portador, em que pese estarem presentes todos os sintomas;*

▲ Médico pediatra que, em dia de seu plantão, permanece distante do hospital e a ele não comparece, apesar de chamado por diversas vezes, deixando de examinar pessoalmente o recém-nascido que vem a falecer por falta de atendimento profissional adequado;

▲ Médico que, durante cirurgia, esqueceu no abdômen da vítima um instrumento de metal e uma compressa de gaze;

▲ Médico que atesta alta hospitalar inadequada, que demora na conduta de intervir de novo cirurgicamente e que não diagnostica hematoma hepático por ocasião da primeira intervenção.

Ainda com base nas decisões analisadas, as **condutas que não ensejaram o reconhecimento da responsabilidade penal do médico** foram:

▲ Médico que deixa de submeter as radiografias do crânio, mantendo em observação, paciente embriagado que em queda de caminhão chocou a cabeça contra o solo e faleceu horas depois em razão de trauma craniano;

▲ Médico que agiu com imprudência e negligência ao deixar de atender parturiente de alto risco, vindo o feto a falecer;

▲ Médico que, ao submeter paciente a uma vídeolaparoscopia, lesionou a sua aorta, provocando-lhe hemorragia interna e subseqüentes paradas cardiorrespiratórias e morte;

▲ Médico que adota medidas adequadas ao imediato pós-parto e determina, posteriormente, a remoção da paciente à enfermaria. Manifestação tardia de atonia uterina apesar da aplicação de medicamento preventivo. Ausência de notificação ao médico sobre qualquer anormalidade;

▲ Médico que procedia de modo condizente com o estado geral da paciente-vítima quando uma infecção localizada evoluiu para septicemia e a instalação de um quadro de hepatite fulminante que resultaram em sua morte

Os argumentos invocados pelos juízes para absolver os médicos foram a ausência de culpa e a falta de nexo de causalidade entre a atuação do profissional e a morte do paciente, uma vez que a conduta médica foi considerada adequada. Já as decisões que reafirmaram a condenação de 1ª instância basearam-se na comprovação da culpa do médico.

6

CONSIDERAÇÕES FINAIS

▲ Pode-se afirmar que o principal caminho para a efetiva reparação dos danos morais e materiais da vítima de erro médico é a Justiça. Às esferas administrativas compete o julgamento ético-profissional. Apesar disso, o acesso à Justiça, na prática, ainda apresenta dificuldades, em especial diante da falta de conhecimento e de condições financeiras de grande parte da população brasileira.

Nesse sentido, os resultados apresentados decorrem de um trabalho inicial que deve ser complementado com outros estudos para se chegar à real dimensão do problema.

▲ Atualmente, a prestação de serviços de saúde se dá de forma complexa. Dependendo do atendimento, participam vários médicos — de diferentes especialidades — além de profissionais de saúde como enfermeiros, fisioterapeutas e outros. Ademais, a massificação dos serviços de saúde fez surgir grandes empresas nessa área, entre hospitais, laboratórios, clínicas e operadoras de planos de saúde. Qualquer desses prestadores de serviço pode figurar como réu das ações de indenização por alegado erro médico. Os mais recorrentes, no universo analisado, são os médicos (197), seguidos, em ordem decrescente dos hospitais (173); entes do poder público (49); das operadoras de plano de saúde (42); das clínicas (15); e, por fim, dos laboratórios (11).

▲ A grande dificuldade no reconhecimento do alegado erro médico e do dever de indenizar é justamente a comprovação da culpa. Toda vez que a decisão judicial aponta que a conduta do médico e de prestador de serviço

será avaliada pelo regime da responsabilidade subjetiva, será necessário comprovar tecnicamente conduta negligente, imperita ou imprudente.

▲ A apropriação do conhecimento técnico e o ambiente reservado da prestação de serviços são grandes barreiras a ser enfrentadas pelos autores das ações e até mesmo pelos juízes. Isso ocorre mesmo diante da possibilidade da inversão do ônus da prova, que, no caso, atribui ao médico ou outro prestador de serviço o dever de comprovar a correção de sua conduta. No universo deste trabalho, a maioria dos médicos processados não foi condenada (64,9%), justamente pela ausência de comprovação da culpa do médico ou ausência de comprovação do nexo causal (entre a conduta do médico e o prejuízo relatado pelo paciente).

▲ A ausência de conhecimento técnico em medicina pode dificultar o julgamento da conduta do médico e do nexo de causalidade entre sua ação (ou omissão) e o dano descrito pelo paciente. O juiz pode se utilizar da perícia judicial, que, em grande parte dos casos, constitui o principal meio de prova nas ações que discutem o alegado erro médico (outros meios de prova são o depoimento testemunhal, o documento escrito, etc.). Na maioria das decisões analisadas (65,2%) a realização de perícia foi mencionada expressamente. Das 63 ações em que a perícia concluiu pela **existência do erro médico**, apenas uma não considerou o laudo pericial, absolvendo o réu. Em 96 dos 105 casos nos quais as perícias concluíram pela **inexistência do erro médico**, os juízes acataram seus resultados, absolvendo os réus.

▲ Das decisões analisadas, cerca de 46% foram favoráveis aos pacientes, condenando o(s) réu(s). A indenização por danos morais foi concedida na grande maioria delas (88,2%).

▲ Os valores das indenizações a título de danos morais diferem de maneira muito significativa. A análise comparativa realizada entre todas as indenizações fixadas para o mesmo evento — morte do paciente — apurou que a menor condenação foi de R\$ 11.407,68 e a maior, de R\$ 4.405.711,89. A média das indenizações por danos morais em virtude de morte foi de R\$ 203.482,48.

▲ A imensa disparidade dos valores das indenizações pode estar ligada à falta de critérios legais. Esses parâmetros, bastante amplos, têm sido estabelecidos pelos estudiosos e pela jurisprudência (circunstâncias particulares do caso, condições do ofensor e do ofendido, inibição da reincidência do fato lesivo). Soma-se a isso a avaliação subjetiva do juiz.

▲ As condenações por danos materiais representam 82,6% do total das ações favoráveis aos pacientes. A espécie de indenização por danos materiais mais concedida foi o pagamento de pensão à vítima ou à sua família.

▲ Há grande ocorrência de decisões que cumulam a indenização por danos materiais e morais.

▲ Entre as especialidades médicas especificadas nas decisões mais recorrentes nos pedidos de erro médico constam: ginecologia (18,5%); obstetrícia (18,5%); cirurgia plástica (13,7%); oftalmologia (8%); ortopedia e traumatologia (8%); cirurgia geral (8%); neurocirurgia (5,6%); anestesiologia (5,6%); pediatria (4,8%); otorrinolaringologia (4%); neurologia (4%); urologia (3,2%); clínica médica (3,2%); seguidos de outras. É preciso considerar, contudo, que a frequência de realização de procedimentos de ginecologia e obstetrícia também é maior. Para apontar a especialidade que mais é demandada judicialmente sob a alegação de erro médico seria preciso um novo estudo considerando a frequência dos procedimentos de cada uma delas e o número de ações judiciais.

▲ O reduzido número de decisões criminais – no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal – pode ser explicado pela própria legislação. A possibilidade da concessão do perdão judicial ou da aplicação de outros institutos evita a propositura da ação penal. Mesmo quando instaurada a ação, é grande a chance dela não chegar à 2ª. instância – ou porque o médico é absolvido ou porque, mesmo condenado, pode desistir de recurso se concordar com a aplicação de pena pecuniária, por exemplo.

▲ Quanto à responsabilização penal do médico, pode-se concluir que, na grande maioria dos casos, o profissional não chega a ser condenado pelos crimes que podem ser configurados pelo erro médico – homicídio culposo e lesão corporal culposa —, haja vista as peculiaridades das infrações e dos respectivos procedimentos de apuração e fixação da pena.

▲ Nas ações analisadas, os argumentos invocados para absolver os médicos foram a ausência de culpa e a falta de nexo de causalidade entre a atuação do profissional e a morte do paciente, uma vez que a conduta médica foi considerada adequada.

7

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, 1995. p. 718-33.
- BUSSADA, Wilson. *Erro médico: interpretado pelos tribunais*. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- CAHALI SAID, Yussef. *Dano moral*. 2ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005;
- CROCE, Delton ; CROCE JUNIOR, Delton. *Erro médico e o direito*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002;
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;
- DESTRI, Célia. *Erro médico: julgo procedente*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002;
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004;
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002;
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 8ª. ed. São Paulo: Fundação BYK, 2003;
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico: a luz da jurisprudência comentada*. 2ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004;
- GOMES, Julio César Meirelles ; DRUMOND, José Geraldo de Freitas ; FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro médico*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Guanabara e Koogan, 2002;
- GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998;
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2004;
- MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;
- MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a lei*. 4ª. ed. São Paulo: Lejus, 1998;

NERY JR. Nelson. Aspectos da Responsabilidade Civil do Fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), *Revista do Advogado*, n. 33, p. 76.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de defesa do consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003;

ROMANELLO NETO, Jerônimo. *Responsabilidade civil dos médicos*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1998;

SAMPAIO, Rogério Marrone Sampaio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003;

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. *Responsabilidade civil e penal do médico*. Campinas, SP : LZN Ed., 2003.