

CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO

JULIANA KLIPPEL KUSTER

**RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DO PROFISSIONAL DE SAÚDE SOB A
PERSPECTIVA DA SEGURANÇA DO PACIENTE**

VITÓRIA

2021

JULIANA KLIPPEL KUSTER

**RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DO PROFISSIONAL DE SAÚDE SOB A
PERSPECTIVA DA SEGURANÇA DO PACIENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário Salesiano, como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Eny Ribeiro Borgonhone

VITÓRIA
2021

JULIANA KLIPPEL KUSTER

**RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DO PROFISSIONAL DE SAÚDE SOB A
PERSPECTIVA DA SEGURANÇA DO PACIENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário Salesiano, como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2021, por:

Orientadora Prof^ª. Eny Ribeiro Borgonhone

Dr. Evandro Sarlo Antônio – OAB-ES nº33046

Dra. Solange Rosário – OAB nº

A todos os profissionais que atuam na linha de frente em favor da saúde e segurança do paciente. Em especial a minha mãe, Margareth Kuster, que cumpriu brilhantemente seu papel no Hospital Infantil de Vitória; ao meu pai, L. Moura, que é exemplo de ética e bondade; e ao condecorado doutor Mário Borges Rosa, que dedicou sua vida ao cuidado e segurança do paciente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida que Ele me concedeu e por ter sido criativo na tarefa de criar seres humanos. Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades.

Agradeço aos meus pais por todo o esforço investido na minha educação.

Agradeço ao meu esposo, Lúcio, em quem me inspiro profissionalmente e que sempre esteve ao meu lado durante quase todo meu percurso acadêmico.

Sou grata pela confiança depositada na minha proposta de projeto pela professora e orientadora, Eny Ribeiro Borgonhone. Obrigada por ser terna e gentil em tudo o que toca e por me manter motivada durante todo o processo. O mundo realmente não precisa de gente com sangue nos olhos. O mundo precisa de gente com brilho nos olhos. E esse brilho eu vejo nos seus! Obrigada por tanto!

Por último, quero agradecer também ao Centro Universitário Salesiano e todo o seu corpo docente, sobretudo, aos que lecionaram para mim. Minha eterna gratidão.

Primum non nocere.

Hipocrates

RESUMO

O presente trabalho teve como finalidade analisar a responsabilidade civil e a responsabilidade penal do profissional da saúde sob a perspectiva da segurança do paciente. O tema foi delimitado à responsabilidade no caso de erro médico, em cirurgias estéticas e não estéticas. Para a correta compreensão do tema, primeiramente estudou-se a relação jurídica firmada entre médico e paciente, de maneira a compreender a evolução histórica dessa relação, bem como a natureza jurídica da relação firmada. Posteriormente, analisou-se a responsabilidade civil e penal do médico, em decorrência de erro médico; assim, estudou-se o instituto da responsabilidade, analisando seu conceito, seus pressupostos e sua configuração no âmbito civil e penal, separadamente. Também, estudou-se os meios aptos e admitidos em direito para possibilitar a prova do erro médico. Por fim, fez-se uma análise dos casos midiáticos sobre erro médico, bem como análise jurisprudencial e exposição do resultado das entrevistas realizadas com um cirurgião geral que atuou na linha de frente do Covid-19 e em situação que poderia ser vista como erro médico, um advogado atuante na defesa ao paciente e uma vítima de erro médico.

Palavras-Chave: Segurança do Paciente. Erro Médico. Responsabilidade Civil. Responsabilidade Penal. Provas.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the civil and criminal liability of health professionals from the perspective of patient safety. The theme was limited to responsibility in the case of medical error, in cosmetic and non-esthetic surgeries. For a correct understanding of the subject, the legal relationship established between doctor and patient was first studied, in order to understand the historical evolution of this relationship, as well as its legal nature. Subsequently, the civil and criminal liability of doctors, as a result of medical error, was analyzed; thereby, the institute of responsibility was studied, analyzing its concept, its presuppositions and its configuration in the civil and penal scope, separately. Also, the able and accepted means in law to enable medical error proof were studied. Finally, there was an analysis of media cases on medical error, as well as a jurisprudential analysis and presentation of the result from the interviews carried out with a general surgeon who worked on the front line of Covid-19 and in a situation that could be seen as a medical error, a lawyer acting in the defense of the patient and a victim of medical error.

Keywords: Patient Safety. Medical error. Civil responsibility. Criminal Liability. Evidences.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 RELAÇÃO JURÍDICA FIRMADA ENTRE MÉDICO E PACIENTE	18
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	18
2.2 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	21
3 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DO MÉDICO EM DECORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO	26
3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL	26
3.2 RESPONSABILIDADE PENAL	29
3.3 MEIOS DE PROVAR O ERRO MÉDICO	32
4 ANÁLISE DOS CASOS MIDIÁTICOS SOBRE ERRO MÉDICO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: CAMINHOS PARA FACILITAR A PROVA DIANTE DA VULNERABILIDADE DO PACIENTE	35
4.1 CASOS MIDIÁTICOS SOBRE O ERRO MÉDICO	35
4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DO ERRO MÉDICO	36
4.3 PESQUISA DE CAMPO: ENTREVISTA	39
5 CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS	54
ANEXOS	56

1 INTRODUÇÃO

A relação firmada entre médico e paciente encontra origens remotas na história. No Brasil, o exercício da medicina passou a ser exclusivo de médicos apenas em um período recente, tendo em vista que, antes disso, profissionais de diferentes ramos exerciam a medicina, que ainda não era considerada uma ciência.

Nos seus primórdios, a prática da medicina era marcada pela contribuição da presença indígena e africana e influência religiosa. Posteriormente, surgiu a figura do médico cientificista, que refletia a medicina como uma ciência exata e biológica, desprezando o seu caráter humanista.

Entretanto, com o passar do tempo e com os avanços da tecnologia, houve uma maior preocupação em buscar alternativas científicas de tratamento clínico e cirúrgico longe das magias e superstições típicas da medicina medieval. Nesse sentido, a relação médico-paciente, até então um tanto quanto desvalorizada e desprezada, passou a ser resgatada, recebendo gradativamente uma valorização crescente como sendo um meio imprescindível e complementar aos recursos tecnológicos.

Atualmente, a relação entre médico e paciente é marcada pela vulnerabilidade do paciente, tendo em vista se tratar de uma relação de consumo, sendo o médico um profissional liberal, prestador de serviços. Caracterizada essa relação, faz-se necessária a plena observância dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, relativo aos deveres a serem observados por ambas as partes.

No caso do descumprimento de um dever, estando presentes os demais pressupostos, surge a responsabilidade, civil e/ou penal.

A responsabilidade civil, importante instituto do Direito Civil brasileiro, pode ser entendida como a obrigação que um indivíduo tem de reparar um dano causado a outrem. Ou seja, a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por inobservância de preceito normativo que regula a vida.

Além disso, é possível haver a responsabilidade penal. A responsabilidade penal surge em razão da prática de condutas definidas em lei como ilícitos penais. Em outras

palavras, a responsabilidade penal pode ser atribuída àquele que viola um bem jurídico relevante, imprescindível para a vivência em sociedade.

Nesses termos, o presente trabalho pretendeu analisar a responsabilidade civil e a responsabilidade penal do profissional da saúde sob a perspectiva da segurança do paciente. O tema foi delimitado à responsabilidade no caso de erro médico, em cirurgias estéticas e não estéticas.

Para a correta compreensão do tema proposto no presente trabalho, primeiramente estudou-se a relação jurídica firmada entre médico e paciente, de maneira a compreender a evolução histórica dessa relação, bem como a natureza jurídica da relação firmada.

Posteriormente, analisou-se a responsabilidade civil e penal do médico, em decorrência de erro médico; assim, estudou-se o instituto da responsabilidade, analisando seu conceito, seus pressupostos e sua configuração no âmbito civil e penal, separadamente.

Também, estudou-se os meios aptos e admitidos em direito para possibilitar a prova do erro médico. Por fim, fez-se uma análise dos casos midiáticos sobre erro médico, bem como análise jurisprudencial e exposição do resultado das entrevistas realizadas com um cirurgião geral que atuou na linha de frente do Covid-19 e em situação que poderia ser vista como erro médico, um advogado atuante na defesa do paciente e uma vítima de erro médico.

A metodologia utilizada no presente trabalho foi a pesquisa bibliográfica, em que realizou-se a consulta a materiais previamente elaborados, bem como a pesquisa de campo, feita por meio da técnica de entrevista, tendo como amostra três pessoas: um médico, um paciente vítima de erro médico e um advogado.

2 RELAÇÃO JURÍDICA FIRMADA ENTRE MÉDICO E PACIENTE

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O estudo da história da relação entre o médico e o paciente encontra obstáculos em razão da ausência de normas jurídicas bem delineadas, a falta de sistematização e o imenso pluralismo cultural. O exercício da medicina no Brasil, em um passado recente,

passou a ser exclusivo dos médicos; até a chegada da Coroa Portuguesa no país, profissionais de diferentes ramos exerciam a medicina, que ainda não era considerada uma ciência (CASTRO, 2019).

A trajetória deste campo da ciência evidencia em seus primórdios a relação médico-paciente como um alicerce que, junto com o exame físico, permitia a extração das informações que norteavam o diagnóstico e a terapêutica da época. O médico dessa época era um homem que aliava conhecimentos científicos e humanísticos na prática médica (NASCIMENTO JÚNIOR; GUIMARÃES, 2003).

Em outras palavras, é possível observar que na origem da medicina, a relação entre o médico e o paciente era primordial para que fosse possível identificar o diagnóstico do paciente.

A prática da medicina no Brasil, durante essa fase inicial, era marcada pela contribuição da presença indígena e africana, bem como uma forte influência religiosa. A doença era associada ao pecado e apenas com a ingestão de substâncias repugnantes é que se alcançava a cura. Prevalencia a concepção de que a doença estava relacionada ao pecado (CASTRO, 2019).

Na tentativa de legitimação e regulamentação da arte de curar, houve a criação, pelas Ordenações Filipinas, em 1521, dos cargos de Físico-mor e Cirurgião-mor (CASTRO, 2019).

Posteriormente, no século XIX, destacou-se o médico chamado de “cientificista”, que refletia a medicina como uma ciência exata e biológica, desprezando o seu caráter humanista. Nessa época, relevantes descobertas causaram uma verdadeira revolução na prática médica (NASCIMENTO JÚNIOR; GUIMARÃES, 2003).

O desenvolvimento de conhecimentos nos campos da patologia, das análises laboratoriais e de medicamentos mais eficazes, possibilitou à ciência médica um controle maior das doenças e uma maior probabilidade de cura. Essa conquista de espaço levou a medicina a ser vista como uma ciência exata e biológica, perdendo pouco a pouco o seu caráter humanístico (NASCIMENTO JÚNIOR; GUIMARÃES, 2003).

Houve, então, tentativas de reforma das já existentes academias de medicina e cirurgia do Rio de Janeiro e Bahia, cujo ensino era considerado deficiente e heterogêneo. Tendo em vista a baixa qualidade do ensino e a falta de especialização

dos professores, tornou-se cada vez mais premente a necessidade de transformá-las em faculdades, independentes das influências de Portugal e, sobretudo, implementar um ensino eficiente e compatível com o exercício da medicina. Após diversas iniciativas, finalmente foi discutido, votado e aprovado, pela Câmara e pelo Senado, o plano da Sociedade de Medicina ensejado, em 3 de outubro de 1832, a lei de fundação das Faculdades de Medicina no Brasil (CASTRO, 2019).

A medicina moderna e contemporânea, é marcada por uma preocupação em buscar alternativas científicas de tratamento clínico e cirúrgico longe das magias e superstições típicas da medicina medieval. Entretanto, o ensino, a subespecialização e a sofisticação tecnológica de tratamentos deslocaram a competência do médico para a “máquina” por ele manipulada, anulando qualquer traço de individualidade do paciente (CASTRO, 2019).

Foi assim que a relação médico-paciente, até então um tanto quanto desvalorizada e desprezada, passou a ser resgatada, recebendo gradativamente uma valorização crescente como sendo um meio essencial e complementar aos recursos tecnológicos. Dessa forma, iniciou-se um processo de reumanização da medicina (NASCIMENTO JÚNIOR; GUIMARÃES, 2003).

Assim, surge uma melhor consciência médico-paciente, assumindo forma mais franca e aberta de diálogo. Há alguns anos, criou-se nos EUA o Comitê Médico dos Direitos Humanos, cujo objetivo principal é o de permitir a participação mais ativa dos pacientes em sua assistência médica. Surgiram ainda, entre outros, o Serviço Legal de Assistência aos Pacientes e um Projeto de Libertação dos Pacientes Mentais, numa tentativa de evitar, entre outras coisas, a exploração de doentes que não sabem falar por si, mormente aqueles que são submetidos a longos períodos de internamento, alguns deles até usados como empregados (FRANÇA, 2021).

Portanto, observa-se que a relação entre médico e paciente experimentou grandes transformações ao longo da história, até chegar à configuração que se apresenta hoje. Atualmente, essa relação é permeada por inúmeras normas com a finalidade de garantir o seu equilíbrio.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Como outrora exposto, a relação entre médico e paciente sofreu diversas modificações ao longo da história, até chegar nos dias atuais. Assim, na contemporaneidade, essa relação é imprescindível para possibilitar o tratamento adequado e correto a cada caso concreto. Após a análise da evolução dessa relação, estuda-se a sua natureza jurídica.

Nesse contexto, é relevante mencionar que a relação entre o médico e o paciente é considerada de natureza contratual (KÜHN, 2002)

Ressalta-se que o médico é um profissional liberal e, como tal, a sua relação com o paciente é regida pelo Código de Defesa do Consumidor. O paciente é enquadrado como consumidor, nos termos do art. 2º do referido diploma legal: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, a determinação da natureza jurídica da relação entre médico e paciente deve fazer-se mediante a determinação dos seus efeitos, devendo exprimir sinteticamente um regime positivamente estabelecido (KÜHN, 2002).

Além disso, o médico é considerado um prestador de serviço, motivo pelo qual enquadra-se no conceito de fornecedor, nos termos fornecidos pelo Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

Dessa forma, faz-se necessário a observância de todos os preceitos dispostos nesse diploma, aí incluídos os direitos e deveres de ambas as partes no contrato de prestação de serviços firmado.

Visto isso, é imprescindível que o médico, na relação com o paciente, respeite os direitos básicos do consumidor, dispostos no art. 6º do CDC. Ressalta-se, nesse sentido, o direito à informação, nos exatos termos do artigo 6º, inciso III, pelo qual “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (BRASIL, 1990).

Assim, é possível verificar que Código de Defesa do Consumidor assegura o direito à plena informação a respeito dos serviços oferecidos pelo médico, as quais devem ser dadas de maneira adequada ao paciente, inclusive considerando às suas peculiaridades (idade, gênero, condição social). No caso de descumprimento do dever e o consequente dano, surge a responsabilidade civil.

A informação exerce, nesse sentido, o papel de balizar a formulação de expectativas por parte do paciente, servindo como uma medida para a aferição da legitimidade e da razoabilidade da expectativa cuja tutela se pretende (BERGSTEIN, 2013).

Quanto ao dever de informação, Paulo Lôbo (2020) afirma que têm raiz histórica na boa-fé, mas adquiriu autonomia ante a tendência crescente do Estado social de proteção ou tutela jurídica dos figurantes vulneráveis das relações jurídicas obrigacionais. O dever de informar é exigível antes, durante e após a relação jurídica obrigacional.

Ainda, França (2021) aduz que um direito importante do paciente é o direito de saber a verdade, direito esse que começa a ser mais e mais requisitado de forma insistente, por enfermos e familiares. Sabe-se que, não muito raro, os profissionais da saúde ou contam meias-verdades, ou omitem informações como forma de não perturbar emocionalmente o paciente, ou por admitirem lesar os ditames ético-morais que exigem a conveniência profissional.

Importante mencionar que a confiança é o elemento que rege as relações firmadas entre médico e paciente. Com relação a isso, Bergstein (2013) aduz que essa relação tem por principal fundamento a confiança, sendo que as informações fornecidas pelo profissional ao seu paciente, ao mesmo tempo em que nele criam expectativas, para aquele criam deveres.

Assim, ao ver frustrada expectativa legítima criada com base no vínculo de confiança estabelecido, o paciente poderá reclamar do médico a reparação do dano daí decorrente.

A informação, nesse sentido, realiza um papel de profunda relevância nesse processo de avaliação das expectativas, na medida em que é por meio dela que o paciente poderá saber exatamente o que esperar do tratamento ou do procedimento a que pretende se submeter (BERGSTEIN, 2013).

Além da obrigação principal, existem ainda deveres chamados de acessórios ou deveres de conduta. De acordo com Flávio Tartuce (2020), tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os deveres acessórios de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial.

São considerados deveres anexos, entre outros: dever de cuidado em relação à outra parte negocial; dever de respeito; dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; dever de agir conforme a confiança depositada; dever de lealdade e probidade; dever de colaboração ou cooperação; dever de agir com honestidade; dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão (TARTUCE, 2020).

A violação de qualquer desses deveres acessórios gera motivo para obrigação de indenização ou, dependendo da circunstância, a resolução do negócio jurídico, em razão da responsabilidade civil implícita.

Esta responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva, a depender da necessidade de demonstração de culpa. Na responsabilidade subjetiva o nexo de causalidade é formado pela culpa genérica ou *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita. Essa responsabilidade está prevista no art. 186 do Código Civil, o qual aduz que a aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Na responsabilidade objetiva o nexo de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco (art. 927, parágrafo único, do CC) (TARTUCE, 2020, p. 736-737).

A responsabilidade civil, mesmo objetiva, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Dessa maneira, caso houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar (TARTUCE, 2020, p. 736).

Assim, a responsabilidade civil subjetiva e objetiva não são excludentes, ou seja, não são desiguais modalidades de responsabilização, mas tão somente se apresentam de diferentes formas de encarar a obrigação de reparar o dano, pois enquanto a subjetiva

exige a demonstração da culpa (imprudência, imperícia ou negligência), a objetiva se funda na teoria do risco da atividade exercida (RODRIGUES, 2003, p. 9-10).

Com isso, tem-se a necessidade de preencher os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (objetiva ou subjetiva), sendo possível, assim, pleitear indenização.

O art. 951 do Código Civil é o que regulamenta a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais da área da saúde em geral – médicos, dentistas, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, entre outros –, prevendo que as regras anteriores se aplicam “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” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 432).

As obrigações do médico, em geral – aqui não incluídos os cirurgiões plásticos – são, fundamentalmente, de meio, uma vez que esses profissionais, a despeito de deverem atuar segundo as mais adequadas regras técnicas e científicas disponíveis naquele momento, não podem garantir o resultado de sua atuação (a cura do paciente) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 432).

Importante mencionar que a cirurgia plástica é uma subespecialidade do ramo da Medicina de cirurgia geral, a qual possui o objetivo de modificar, reconstruir ou embelezar alguma parte externa do corpo de um indivíduo, seja deformada por alguma enfermidade, trauma ou anomalia, ou por questão alheia, como a vaidade (MAGRINI, 2013, p. 138).

Nesse tipo de cirurgia, não há urgência na realização pois o paciente não corre risco iminente de morte, tratando-se, então, de cirurgia eletiva. Há um desconforto com sua aparência, sendo que o paciente que busca a cirurgia estética visa a melhora no seu aspecto físico, de forma a proporcionar uma sensação de bem-estar, melhorando, assim, sua autoestima.

Dessa forma, a atividade médica no geral, exceto a do cirurgião plástico, é qualificada como obrigação de meio, uma vez que o médico é responsável pela correção e adequação dos meios técnicos que empregou, independentemente de ter alcançada a cura do paciente. No caso da obrigação do cirurgião plástico, apresenta-se como de resultado, pois o médico é civilmente responsável pelos danos que a cirurgia causar

ao paciente, por não ter alcançado o resultado estético por este pretendido (LÔBO, 2020).

Em relação ao profissional que presta serviços ao consumidor, a responsabilidade subjetiva está prevista no art. 14, parágrafo 4º, da Lei 8.078/1990, sendo que constitui uma exceção à regra geral da responsabilização objetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor. Conforme entendimento predominante, tanto na doutrina, como na jurisprudência, se o profissional de saúde assumir uma obrigação de resultado, como no caso do médico cirurgião plástico estético, a sua responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de culpa (TARTUCE, 2020, p. 803).

Importante mencionar que, em qualquer caso, não é necessária a prova da culpa, mas tão somente a sua presença. Nesse sentido, Gonçalves (2017) afirma que, ou a culpa é presumida pela lei ou sua comprovação é dispensada. Sendo a culpa presumida, haverá a inversão do ônus da prova, cabendo ao autor tão somente provar a ação ou omissão do réu e o resultado danoso.

Pelo exposto, foi possível observar que a relação entre médico e paciente deve ser permeada pela boa-fé objetiva, que também gera deveres anexos, como de informação, confiança, lealdade, cooperação. Nesse sentido, a violação de quaisquer desses deveres, os quais devem, obrigatoriamente, ser obedecidos, acarreta a responsabilidade civil.

Além da responsabilidade civil, é possível que a conduta do médico, com relação ao paciente, esteja enquadrada em algum tipo penal, previsto no Código Penal brasileiro, passando a falar a respeito da responsabilidade penal, a qual possui suas peculiaridades, estudadas no capítulo seguinte.

Importante ressaltar que a responsabilidade é um conceito complexo, que se estende pela filosofia e pelo direito. Inúmeras são as suas definições, sendo que nos interessam aquelas ligadas ao campo jurídico (KÜHN, 2002).

Dessa maneira, passa-se ao estudo da responsabilidade civil e da responsabilidade penal na relação entre médico e paciente, analisando suas características próprias.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DO MÉDICO EM DECORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO

3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, importante instituto do Direito Civil brasileiro, pode ser entendida como a obrigação que um indivíduo tem de reparar um dano causado a outrem.

Nesse contexto, o art. 927 do Código Civil aduz que, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002). Para um ato ser considerado como ilícito, o referido diploma legal estabelece, nos arts. 186 e 187 que:

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.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

Dessa forma, os artigos citados preveem que o ato ilícito é a violação de um direito, acarretando um dano a outrem, ou é o exercício de um direito de forma que exceda os limites impostos para seu fim, devendo ser reparado quando configurado o dano.

De acordo com Caio Mário Pereira (2018), o princípio da responsabilidade, aduz que a vítima de uma ofensa a seus direitos e interesses receberá reparação por parte do ofensor. Ainda de acordo com o autor, uma pesquisa histórica, por todos os sistemas jurídicos, revela a presença do princípio em todas as civilizações anteriores, sendo que todos os sistemas jurídicos na atualidade não deixam de enunciar este propósito, que se integra na civilização jurídica.

O ordenamento jurídico brasileiro determina a realização de certas condutas, bem como proíbe a realização de outras, com o propósito de possibilitar a proteção de bens jurídicos relevantes para a vida em sociedade. Assim, o descumprimento de deveres por parte do indivíduo pode acarretar prejuízo para outrem, o que configura a responsabilidade civil.

De acordo com Flávio Tartuce (2020, p. 702), a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em

um contrato, ou por inobservância de preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual.

Corroborando com esse entendimento, Gagliano e Pamplona Filho (2020, p. 45) afirmam que a responsabilidade está relacionada ao “surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em função da ocorrência de um fato jurídico lato sensu”.

Nesse contexto, a responsabilidade civil tem como finalidade restaurar o equilíbrio e reparar um dano. Quanto ao tema, Gonçalves afirma que:

Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social (GONÇALVES, 2017, p. 35).

Destarte, é possível entender o dano ou o prejuízo como a lesão a um interesse jurídico tutelado no ordenamento jurídico, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.

Pereira (2018) aduz que o dano pode ser compreendido como uma circunstância elementar da responsabilidade civil. Por esse preceito fica estabelecido que a conduta antijurídica, imputável a uma pessoa, tem como consequência a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado. Existe uma obrigação de reparar o dano, imposta a quem quer que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo a outrem.

Assim, observa-se que a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), a exemplo daqueles representados pelos direitos da personalidade, especialmente o dano moral (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 46).

De acordo com Gonçalves (2017, p. 38), toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, tendo em vista que essa se destina a restaurar o equilíbrio moral e/ou patrimonial provocado pelo autor do dano. Ainda, o autor entende que o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Dessa forma, a responsabilidade civil tem a finalidade de reparar o dano e restaurar o equilíbrio das relações sociais em que houve a ocorrência de um dano, por isso, havendo a violação de um dever imposto pelo ordenamento jurídico, surge o dever de reparar por parte do causador do dano. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho aduzem:

(...) a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 46).

Nota-se que a responsabilidade civil é dotada de certos elementos, necessários para a configuração da obrigação de reparar, quais sejam: conduta (ação ou omissão), dano e nexos de causalidade entre a conduta e o dano.

Segundo Flávio Tartuce (2020, p. 827), a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Ademais, o nexo de causalidade pode ser entendido como o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado –, e o dano suportado por alguém.

Ainda para o autor, o dano é o prejuízo suportado por alguém, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. Os danos patrimoniais, nesse sentido, constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém. Já os danos extrapatrimoniais (morais) são as lesões a direitos da personalidade (TARTUCE, 2020, p. 708).

Gagliano e Pamplona Filho (2020, p. 49) citam três funções que podem ser visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima, punitiva do ofensor e desmotivação social da conduta lesiva.

Na primeira função, encontra-se o objetivo básico e finalidade da reparação civil, que é a de retornar as coisas ao *status quo ante*. Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de indenização, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente.

Como função secundária, tem-se a ideia de punição do ofensor. Embora esta não seja a finalidade básica, a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar.

E essa persuasão não se limita à figura do ofensor, acabando-se por incidir numa terceira função, de cunho socioeducativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Assim, alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 49).

Importante mencionar que não há responsabilidade civil sem dano, como outrora exposto, cabendo o ônus de sua prova ao autor da demanda, nos termos do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015).

Ainda, é possível a inversão do ônus da prova, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades das causas relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário (BRASIL, 2015).

Dessa maneira, observa-se que a responsabilidade civil pode ser entendida como uma conduta (ação ou omissão) que causa um dano, ligadas entre si por um nexo de causalidade. Esse dano importa no dever de indenizar, de acordo com os artigos previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

A responsabilidade civil, como vista, precisa preencher certos requisitos para estar presente, gerando o dever de indenizar. Assim é com a responsabilidade penal, no qual a violação de uma norma penal gera uma sanção para o autor.

3.2 RESPONSABILIDADE PENAL

O Direito Penal brasileiro rege-se, entre outros, pelo princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, que encontra previsão no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 1º do Código Penal, e aduz que “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Posto isso, tem-se que o fundamento jurídico do referido princípio é a taxatividade, certeza ou determinação, uma vez que implica na determinação precisa, ainda que mínima, do

conteúdo do tipo penal e da sanção penal a ser aplicada, por parte do legislador (MASSON, 2019).

O princípio da reserva legal impõe que os crimes e as penas devem estar expressamente previstos em lei, sem a qual não poderá ser imputado responsabilidade ao agente pela prática de uma determinada conduta.

Além disso, o Direito Penal brasileiro também é fundamentado no princípio da responsabilidade penal pelo fato. Isso significa que esse ramo do direito “(...) não se presta a punir pensamentos, ideias, ideologias, nem o modo de ser das pessoas, mas, ao contrário, fatos devidamente exteriorizados no mundo concreto e objetivamente descritos e identificados em tipos legais” (CAPEZ, 2020).

Ainda quanto ao referido princípio, Gonçalves (2019) diz que os tipos penais devem definir comportamentos humanos, sendo vedada a incriminação exclusivamente em razão de condições pessoais ou da simples cogitação da prática criminosa.

Com relação ao tema, Fernando Capez entende que:

A função do Estado consiste em proteger bens jurídicos contra comportamentos externos, efetivas agressões previamente descritas em lei como delitos, bem como estabelecer um compromisso ético com o cidadão para o melhor desenvolvimento das relações intersociais (CAPEZ, 2020).

Dessa forma, o indivíduo só poderá ser punido por uma conduta que praticou, se prevista em lei como crime. A conduta deve ser típica e ilícita. É vedado, portanto, punir apenas a cogitação do indivíduo ou suas condições pessoais. Nesse sentido, no que concerne aos crimes cibernéticos, apenas é possível a responsabilização penal do indivíduo se houver previsão em lei da conduta criminosa.

A responsabilidade penal, portanto, surge em razão da prática de condutas definidas em lei como ilícitos penais. Em outras palavras, a responsabilidade penal pode ser atribuída àquele que viola um bem jurídico relevante, imprescindível para a vivência em sociedade.

Além disso, em razão da possibilidade de ocorrência de danos absolutamente irreversíveis, as demandas sociais deixaram de ser eminentemente reparatórias e passaram a ser também inibitórias, exigindo-se do Estado a apresentação de medidas alternativas de precaução e prevenção de danos, já que, se efetivados, sua reversão é extremamente difícil ou até impossível. Ademais, além da missão de proteger bens jurídicos, o Direito Penal carrega consigo uma função preventiva (BRITO, 2013).

Em suma, em respeito aos princípios informadores do Direito Penal brasileiro, como o princípio da estrita legalidade e o princípio da responsabilidade pelo fato, apenas é possível a punição de uma conduta típica e ilícita praticada pelo indivíduo.

Para a correta conceituação do crime, existem alguns critérios e enfoques definidos pela doutrina. De acordo com Cleber Masson (2019), o conceito de crime é o ponto de partida para a compreensão dos principais institutos do Direito Penal. Com relação a isso, embora aparentemente simples, a sua definição completa e pormenorizada apresenta questões complexas que acarretam várias consequências ao estudo do tema.

Os diferentes conceitos de crime encontram-se agrupados em categorias. A doutrina cita três principais: conceito material, conceito formal e conceito analítico. O primeiro conceito, o material, busca “(...) compreender quais são os dados necessários para que um comportamento possa ser considerado criminoso ou, em outras palavras, o que justifica seja uma conduta considerada penalmente relevante aos olhos da sociedade” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

Dessa maneira, referido conceito tem o objetivo de definir quais comportamentos humanos podem ser considerados como criminosos, funcionando, assim, como um vetor ao legislador. Assim, por esse conceito, o crime pode ser entendido como “(...) toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão a bens jurídicos penalmente tutelados” (MASSON, 2019).

Diante do exposto, esse aspecto material busca estabelecer a essência do conceito de crime, bem como explicar os motivos de determinado fato ser considerado criminoso e outro não (CAPEZ, 2019). Com isso, limita-se a atividade legislativa, restringindo e orientando a atividade do legislador no momento de definição dos fatos criminosos.

O conceito formal de crime “(...) intenta definir o delito focando em suas consequências jurídicas, isto é, na espécie de sanção cominada” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020). Para tanto, conforme Fernando Capez (2019), referido conceito resulta de mera subsunção da conduta ao tipo legal, considerando-se infração penal aquilo que o legislador descrever como tal, não importando o seu conteúdo.

Assim, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941) buscou estabelecer o conceito de crime, ao definir: “Considera-se

crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa (...). Portanto, pelo critério legal, o conceito de crime seria o estabelecido em lei.

De acordo com Estefam e Gonçalves (2020), esse critério permite identificar, na vasta gama de atos ilícitos previstos no ordenamento jurídico, quais são os ilícitos penais. Ainda, o autor declara que essa é uma tarefa de extrema relevância, visto que, uma vez definido o ato como criminoso, haverá imediatas repercussões no modo de apuração da conduta, na legitimidade para propositura de eventual ação buscando a responsabilização dos culpados, na competência para o processo e julgamento do fato etc.

Por fim, o critério analítico, também chamado de formal ou dogmático, se funda nos elementos que compõem a estrutura do crime. Há quem entenda pela posição tripartida, na qual seriam elementos do crime o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade. Por outro lado, há quem sustente a posição bipartite, que considera o crime como fato típico e ilícito, devendo-se a culpabilidade ser excluída da composição do crime, uma vez que se trata de pressuposto de aplicação da pena (MASSON, 2019).

Pelo exposto, observa-se que os diferentes enfoques buscam a correta e complexa conceituação do crime. Logo, de acordo com o critério adotado, deve-se analisar certos elementos que fornecem o conceito do crime.

3.3 MEIOS DE PROVAR O ERRO MÉDICO

Viu-se que, tanto na responsabilidade civil, quanto na responsabilidade penal, é necessário provar a conduta do agente para configurar o dever de indenizar (no caso da responsabilidade civil) ou acarretar a aplicação de sanção (no caso da responsabilidade penal). Nesse sentido, a prova da conduta do médico pode ser feita de diversas maneiras.

No âmbito da responsabilidade civil, o art. 212 do Código Civil de 2002 expressa que, salvo negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V – perícia (BRASIL, 2002).

No âmbito penal, os meios de prova são instrumentos pelos quais “(...) se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão” (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 352). Portanto, o meio de prova é tudo que possa servir, de forma direta ou indireta, para que seja demonstrada a verdade processual.

Diante disso, por meio das provas produzidas, tem-se a reconstrução do crime, sendo que é necessário, para isso, a prova da existência do delito, bem como sua autoria. Nesse contexto, “(...) prova da existência do crime é a tipicidade penal no seu aspecto processual, vale dizer, sob o prisma do processo, concretiza-se a tipicidade, por meio de materialidade demonstrada da infração penal” (NUCCI, 2011, p. 41).

Ainda, importante mencionar que há diversos modos para se comprovar a tipicidade concreta processual, sendo que é possível produzir diversas provas em espécie.

O exame de corpo de delito é um meio de prova realizado apenas nos crimes em que deixam vestígios, e é necessário para atestar a materialidade do crime, ou seja, sua existência. O exame de corpo de delito trata-se de uma perícia, “(...) um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional” (CAPEZ, 2011, p. 389).

Nucci (2011, p. 42) afirma que o vestígio, rastro deixado pela prática do delito, pode ser permanente ou passageiro. O vestígio permanente é material, já o vestígio passageiro é imaterial. Dessa forma, dispõe o Código de Processo Penal, em seu art. 158, que o referido exame é indispensável quando a infração deixar vestígios: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Outro meio de prova passível de ser produzido no processo penal é o interrogatório do acusado, previsto no art. 185 do Código de Processo Penal, que dispõe, em seu *caput*: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.

Insta mencionar que o interrogatório é “(...) o ato judicial no qual o juiz ouve o acusado sobre a imputação contra ele formulada. É ato privativo do juiz e personalíssimo do acusado” (CAPEZ, 2011, p. 397).

O art. 187 do Código de Processo Penal esclarece que o interrogatório será constituído de duas partes; a primeira, sobre a pessoa do acusado e a segunda, sobre os fatos. A primeira parte é o interrogatório de identificação, no qual serão feitas perguntas para o acusado sobre sua pessoa.

Ainda, é possível citar as declarações do ofendido, dispondo o art. 201 do CPP que: “Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.” (BRASIL, 1941).

A prova testemunhal também é relevante meio de prova no processo penal. A testemunha é entendida como “(...) a pessoa que toma conhecimento de um fato juridicamente relevante, sendo apta a confirmar a veracidade do ocorrido, sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade” (NUCCI, 2011, p. 165).

Com isso, a testemunha depõe oralmente (art. 204 do CPP) em juízo sobre o fato juridicamente relevante e suas circunstâncias, sendo que “(...) a prova testemunhal deve ser colhida por meio de uma narrativa verbal prestada em contato direto com o juiz e as partes e seus representantes” (CAPEZ, 2011, p. 419).

A prova documental é possível de ser produzida tanto no processo penal, quanto no processo civil. O conceito contemporâneo de documento é amplo, não se restringindo apenas para o escrito em papel. “Documento é a coisa que representa um fato, destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-se em juízo” (CAPEZ, 2011, p. 438). Dessa forma, tem-se que:

(...) além de ser considerado *documento* qualquer escrito, abre-se a possibilidade da juntada de fitas, áudio, vídeo, fotografias, tecidos e objetos móveis que fisicamente possam ser incorporados ao processo e que desempenham uma função persuasiva (probatória) (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 716).

Além disso, entre outras provas, é possível o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação e busca e apreensão, tudo de modo a ter-se a efetiva comprovação do, eventual, erro médico e suas consequências jurídicas.

4 ANÁLISE DOS CASOS MUDIÁTICOS SOBRE ERRO MÉDICO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: CAMINHOS PARA FACILITAR A PROVA DIANTE DA VULNERABILIDADE DO PACIENTE

4.1 CASOS MUDIÁTICOS SOBRE O ERRO MÉDICO

Não é incomum notícias sobre erros médicos em pacientes que buscam melhorias de sua aparência, ou até mesmo em cirurgias não reparadoras. Nesse sentido, passa-se à análise de alguns casos em que se verificou o erro médico, noticiados pela mídia brasileira.

No ano de 2009, o Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco (2009) veiculou a notícia de que, Verônica Cristina do Rego Barros, de 31 anos, que faleceu após suposto erro médico – teria sido operada do lado errado do cérebro – somente foi submetida à segunda cirurgia, no hemisfério correto, após sua família, alertada por um telefonema anônimo, avisar o equívoco ao Hospital Estadual Getúlio Vargas. A segunda operação, porém, não deu resultado, e a paciente morreu.

A paciente foi internada após sofrer duas convulsões em razão de uma queda, na qual bateu com a cabeça. Na unidade, passou por uma tomografia computadorizada que indicou um coágulo no lado esquerdo do cérebro. No dia seguinte, o neurocirurgião Pedro Ricardo Mendes abriu o lado direito do cérebro (CREMEPE, 2009).

Tal notícia demonstra que o erro médico não é apenas cometido em cirurgias estéticas. Em qualquer caso, entretanto, o paciente é sempre a parte mais fraca e mais vulnerável da relação firmada (entre médico e paciente).

O CREMEPE, ainda, divulgou outra notícia no ano de 2010, sobre uma paciente de 12 anos que morreu após receber vaselina em vez de soro. A menina passou mal em casa (episódios de vômito) e foi levada ao hospital, momento em que a médica verificou que a paciente estava desidratada, tendo sido receitada quatro doses de soro. Momentos depois, a paciente faleceu. Em seu sangue havia 50 mililitros de vaselina líquida endovenosa (CREMEPE, 2010).

Em caso parecido, Danilo Almeida Lobo, de 43 anos, denunciou um médico após cirurgia feita no joelho errado. O paciente afirmou que procedimento deveria ter sido

feito na perna esquerda, mas acabou sendo feito na direita. Médico nega acusações. Após o erro médico, o paciente afirmou que possui dificuldades para andar (G1, 2020).

No Espírito Santo, o médico Renato Tatagiba foi condenado pelo Conselho Regional de Medicina do Espírito Santo (CRM-ES) após denúncia de paciente submetida a cirurgia estética, que alegava o erro médico. A paciente realizou cirurgias de mama, lipoaspiração e correção da cicatriz da cesárea com o referido médico no mês de janeiro de 2016. Alguns dias depois do procedimento, a paciente começou a sentir dores, falta de ar e secreção nos seios, tendo buscado a ajuda do médico contratado (A GAZETA, 2021).

A paciente alegou, ainda, que o médico e sua equipe não demonstraram intenção de solucionar as queixas apresentadas. Ao analisar os argumentos da paciente e do médico (em sua defesa), o CRM-ES considerou a existência de falhas no atendimento médico prestado, por três motivos: o médico assinou o termo de alta no dia da cirurgia e viajou logo em seguida, sendo que quem entregou o documento da alta à paciente foi a secretária; o médico, ainda, deixou de assinar prontuário legível, apresentando em sua defesa três prontuários assinados em datas distintas e com inconsistências; o médico prescreveu antibiótico por aplicativo de mensagens após procura feita pela paciente 30 dias depois das cirurgias (A GAZETA, 2021).

Desta feita, verifica-se que não são raros os casos de erro médico veiculados, acarretando consequências muitas vezes irreparáveis aos pacientes, considerados as partes mais vulneráveis da relação firmada. Muitas vezes, os pacientes enfrentam longos e burocráticos processos para provar o erro, ainda quando o erro é muito evidente, chegando à análise do Poder Judiciário.

4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DO ERRO MÉDICO

Viu-se que os erros médicos existem e, considerando que o paciente é a parte mais vulnerável da relação firmada com o médico, como também afirmado, muitas vezes, este paciente além do dano já sofrido, ainda é obrigado a passar por um longo processo judicial para provar o erro médico cometido em uma cirurgia, seja ela estética ou não.

Nesse sentido, muitas demandas têm sido ajuizadas pelos pacientes e, por esse motivo, o tema tem sido objeto de análise pelo Poder Judiciário brasileiro. Assim, os Tribunais têm formado entendimento no sentido de que, para que o erro médico seja indenizável, é preciso prová-lo suficientemente.

Uma vez provado o erro médico, reconhece-se o dever de indenizar por parte dos médicos, clínicas e similares.

Nesse sentido, corrobora-se, por exemplo, com o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ERRO MÉDICO RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - NÃO COMPROVAÇÃO. **Para que se configure o dever de indenizar é preciso que se demonstre a conduta ilícita, o nexo de causalidade e o dano.** Nos termos do art. 14 do CDC, a responsabilidade do estabelecimento hospitalar privado como prestador de serviços médicos é objetiva, mas depende da apuração da culpa de seu preposto. Se o laudo pericial conclui que não houve erro médico e não há outras provas a apontar imprudência, imperícia ou negligência, não deve haver responsabilização civil do médico (TJ-MG - AC: 10024057103616002 MG, Relator: Edison Feital Leite, Data de Julgamento: 04/02/2016, Data de Publicação: 29/02/2016) **(grifo nosso)**.

Verificou-se, pela ementa transcrita, que o Tribunal não reconheceu o dever de indenizar, tendo em vista que o erro médico não foi suficientemente provado. Essa ementa demonstra a dificuldade que os pacientes – vítimas de negligência e imprudência médica – possuem, ao tentar provar o erro médico.

Sendo a parte mais desvalida nesta relação médico-paciente, muitas vezes, não possuem até mesmo condições e conhecimentos suficientes para tornar a realização da prova mais facilitada, cabendo, inclusive, ao magistrado verificar se esta é a situação, podendo utilizar a inversão do ônus da prova, se assim entender ser necessário para a averiguação exauriente dos fatos alegados quanto ao dano pelo erro médico.

Dessa forma, suficientemente provado o erro nos autos do processo, reconhece-se o dano indenizável, como se comprova pela da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a seguir transcrita:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. CESARIANA DE EMERGÊNCIA. GENITORA DO AUTOR QUE, AO CHEGAR EM TRABALHO DE PARTO NA MATERNIDADE, FOI SUBMETIDA A PARTO NORMAL. ORIENTAÇÃO DA MÉDICA INICIAL, EM RAZÃO DE DIAGNÓSTICO DE PRÉ-ECLÂMPSIA E SOFRIMENTO FETAL, NO SENTIDO DE REALIZAR O PROCEDIMENTO DE CESÁREA. MÉDICOS PLANTONISTAS QUE IGNORARAM A ORIENTAÇÃO. DESCOLAMENTO

DE PLACENTA DURANTE A TENTATIVA DE PARTO NATURAL. REALIZADA CESÁREA DE URGÊNCIA. RECÉM-NASCIDO QUE SOFREU ASFIXIA PERINATAL, RESULTANDO NA SUA MORTE DOIS DIAS APÓS O NASCIMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **DANO E NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE ESTE E A CONDUTA DOS AGENTES PÚBLICOS COMPROVADOS. DEMONSTRADO ERRO MÉDICO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO (...) DANOS MORAIS. OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DOS AUTORES. ERRO MÉDICO QUE CONSISTIU EM ASFIXIA PERINATAL, RESULTANDO NA MORTE DE SEU FILHO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO** (TJ-SC - AC: 20110827510 Capital 2011.082751-0, Relator: Francisco Oliveira Neto, Data de Julgamento: 12/08/2014, Segunda Câmara de Direito Público) (**grifo nosso**).

Pela ementa, nota-se a negligência médica em uma cirurgia não estética. No caso em questão, houve erro médico em razão da realização do parto normal, quando o correto seria a realização de uma cesárea. Assim, reconheceu-se todos os pressupostos do dever de indenizar (conduta, nexo causal e dano) e, portanto, o Tribunal determinou a indenização extrapatrimonial.

Em entendimento mais recente, do ano de 2020, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina reconheceu a falha na prestação de serviço e o erro médico em uma cirurgia estética (rinoplastia). É a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA ESTÉTICA. RINOPLASTIA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO DA CLÍNICA MÉDICA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "Diferentemente dos demais ramos da medicina, a cirurgia estética gera obrigação de resultado. Nesses casos, compete à vítima demonstrar que o médico não alcançou o resultado prometido com o procedimento adotado para que a culpa resulte reconhecida, tocando ao facultativo, para eximir-se da responsabilidade, evidenciar a ocorrência de alguma causa excludente de culpabilidade" (TJ-SC - AC: 00129246320028240023 Capital 0012924-63.2002.8.24.0023, Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 22/09/2020, Terceira Câmara de Direito Civil) (**grifo nosso**).

Ainda, outra ementa recente merece ser exposta:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINARES REJEITADAS – ERRO MÉDICO EVIDENCIADO – CIRURGIA ESTÉTICA DE IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE MAMÁRIA – INFECÇÃO HOSPITALAR POR MICOBACTÉRIA – NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADA – RESPONSABILIDADE CIVIL – DEVER DE INDENIZAR – OBRIGAÇÃO DE FAZER DE NOVA CIRURGIA REPARATÓRIA COM A COBERTURA DE TODAS AS DESPESAS MÉDICAS E HOSPITALARES DEVIDA – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM REDUZIDO – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – DATA DA CITAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e da clínica, não há como afastar a responsabilidade solidária pela falha na prestação do serviço. Confirmada pela prova pericial que a infecção hospitalar é relacionada

à cirurgia estética e que a complicação ao quadro de saúde da paciente foi inerente ao procedimento realizado pelo médico, há o nexo causal e, portanto, o dever de indenizar. Indenização por dano moral reduzida para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Em se tratando de responsabilidade civil contratual, os juros moratórios são contados a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil (TJ-MT - EMBDECCV: 00182419620128110041 MT, Relator: JOSE ZUQUIM NOGUEIRA, Data de Julgamento: 05/02/2020, Terceira Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/02/2020) (**grifo nosso**).

No caso em questão, reconhece-se a responsabilidade solidária entre o médico e a clínica na qual os serviços foram realizados, havendo o dever de indenizar a paciente em decorrência do erro médico.

Nesse sentido, pelas ementas aqui expostas, verifica-se que, quando provado o erro médico, haverá o dever de indenizar, podendo, inclusive, reconhecer a responsabilidade solidária da clínica médica no qual o procedimento foi feito. Entretanto, frisa-se que, muitas vezes, essa prova não é fácil, tendo em vista as circunstâncias e os meios disponíveis pelo paciente, fato que torna difícil o dever de indenizar.

Importante salientar que o tema tratado é recorrente nos Tribunais de todo o país, sendo um pequeno extrato exposto no trabalho, entretanto, a fim de trazer maior subsídio à defesa apresentada, junto a este texto está acostado o Anexo I, com diversos julgados apontando para o caminho da reparação quando provado o erro médico, organizados cronologicamente.

4.3 PESQUISA DE CAMPO: ENTREVISTAS

Após a necessária análise do entendimento jurisprudencial brasileiro a respeito do erro médico, passa-se à análise concreta de questões pertinentes, de acordo com entrevista realizada com um cirurgião geral, um advogado atuante em defesa a pacientes e uma vítima de erro médico por meio de perguntas semiestruturadas. As entrevistas foram gravadas, com autorização dos entrevistados, sendo transcritas as respostas para o presente trabalho.

Importante mencionar que os nomes dos três entrevistados não serão revelados.

O primeiro entrevistado, que aqui será referido como Dr. T.R, é cirurgião geral e atuou na linha de frente contra a Covid-19.

Dr. T.R iniciou a entrevista contando um caso que poderia ser considerado erro médico dependendo do ponto de vista. Transcrevo trecho da entrevista:

No cenário da pandemia do Coronavírus, há protocolos que devem ser observados e um deles é com relação a intubação. Uma das indicações é da não utilização de ventilação com AMBU (Unidade Manual de Respiração Artificial, ou Reanimador Manual). Ocorre que, um paciente com Covid-19 estava apresentando uma dessaturação intensa (apneia), necessitando de uma intubação orotraqueal (inserção de um tubo que vai da boca até a traqueia) de urgência. Não houve sucesso na primeira tentativa de intubação. Devido a um edema com inchaço nas vias aéreas superiores (nariz, faringe e laringe), o tubo não passava. Não havia a mínima possibilidade de um procedimento cirúrgico naquele momento dada a emergência, e se a segunda intubação não fosse bem sucedida, o paciente viria óbito por falta de oxigênio. Como médico, optei pela ventilação com ambu e posteriormente, a intubação. Saí dos protocolos mas salvei o paciente. Fui chamado a prestar esclarecimentos na superintendência do hospital, pois segundo o entendimento de alguns colegas da equipe, os coloquei no risco da contaminação (Dr. T.R. Erro médico. 2021. Entrevista concedida a Juliana Klippel Kuster).

Após a explicação do caso, o entrevistado questionou se isso seria erro médico. Ou seja, reiterou que o erro médico depende do ponto de vista analisado.

Seguiu-se à realização das perguntas, com as consequentes respostas, expostas a seguir:

1. O que o senhor entende por “erro médico”?

R.: Entendo que o erro médico se baseia nos três pilares da imprudência, negligência e imperícia. Havendo a identificação do problema, o profissional se mantém inerte ou age sem medir as consequências ou a quem de suas habilidades.

2. Qual o limite entre erro médico e complicações?

R.: Há uma linha muito tênue entre erro médico e complicação. As complicações de procedimentos são definidas e pacificadas pelas literaturas. Todos os procedimentos têm os seus riscos, e muitos são completamente evitáveis. O erro médico tem relação com a identificação do problema e má aplicação procedimental para resolução, já as complicações são inerentes aos procedimentos, não sendo ocasionados pela ação médica.

3. Existem protocolos de atendimento dentro dos hospitais para minimizar os riscos de erros médicos?

R.: Sim, existem regras de atendimento determinadas pelos hospitais, além de protocolos nacionais bem definidos para doenças específicas como AVC (Acidente Vascular Cerebral), infarto, apendicite, entre outras. Destaco que esses protocolos são cumpridos de acordo com a realidade tecnológica de cada hospital e da complexidade de procedimentos.

4. Qual a importância da contratação do seguro de responsabilidade civil em sua visão?

R.: Devido a onda de judicialização de forma geral, a área da saúde também foi afetada. Devemos levar em consideração que muitos erros médicos começaram a ser noticiados e os pacientes mudaram sua concepção em relação à imagem do profissional da saúde. Até pouco tempo atrás éramos vistos como seres sagrados e não humanos passíveis de erros. Além do mais, as pessoas começaram a ter mais acesso à saúde e, conseqüentemente, aos seus direitos, o que oportunizou a visualização de ganhos financeiros por parte dos pacientes, já sabendo da boa remuneração dos médicos. Os seguros de responsabilidade civil permitem uma segurança para o médico, tanto nos processos que envolva culpa, tanto nos que o médico tem certeza da falta dela, afinal, quem te julga não é alguém da área da saúde, mas sim, um juiz que utiliza parâmetros sem observar a complexidade dos procedimentos empregados.

5. O senhor teve acesso durante sua formação sobre questões jurídicas no campo da medicina?

R.: Na minha formação tive acesso às disciplinas de ética médica além de orientações do CRM e de advogados. Havia os congressos voltados para a proteção do médico, que pude assistir de forma opcional, mas que sempre me interessaram.

6. Quais são os erros médicos mais comuns no exercício da atividade?

R.: Acredito que sejam os relacionados aos prontuários, que ocorrem nem sempre com intuito de sabotar situações ou negar informações, mas àqueles ocasionados pela demanda de trabalho onde negligenciamos o preenchimento de informações face ao cuidado ou socorro ao paciente.

7. O senhor acha que no contexto da pandemia aumentaram os casos de complicações/erros médicos?

R.: Sim. Associados a alguns outros fatores, como por exemplo, a complexidade e a falta de informações e protocolos de trato à doença, até para nós, médicos, além da alta demanda de pacientes e estrutura do hospital. A vinda do COVID 19 contribuiu para que o foco de outras doenças fosse direcionado para os infectados em virtude da gravidade e falta de pessoal. A necessidade de terapia intensiva nos casos graves e procedimentos avançados, que nem todos detêm experiência, como a intubação orotraqueal, punção venosa profunda, drenagem de tórax... tudo contribuiu para a ocorrências de erros médicos e complicações. Ou seja, a culpa não é somente do médico.

8. Como o senhor enxerga o Prontuário Médico? É eficaz e contém todas as informações estipuladas em lei?

R.: O prontuário médico é um documento essencial e muito importante para o paciente pois tem caráter de histórico, sendo também, um dispositivo importantíssimo, quando bem escrito, ao médico em sua proteção. Pensando no sentido de que o médico tem fé pública, espera-se que ele diga a verdade, até que se prove o contrário. Com os avanços da tecnologia, os prontuários médicos eletrônicos são bem mais seguros para os pacientes e para o bom médico. Digo isso, pois precisa constar no prontuário todo procedimento e situação, sem que haja a possibilidade de alterações posteriores. Ocorre que o prontuário físico -em papel- é a realidade arcaica de grande parte do nosso país. Esse prontuário em questão pode sofrer rasuras, tem que haver a conservação adequada e pode ocorrer até mesmo a perda do documento, o que acaba impossibilitando o acesso facilitado a este.

9. Há diferença no atendimento entre pacientes da rede pública e privada (não necessariamente no seu atendimento, mas na sua percepção)?

R.: Esse assunto é bem complexo, pois varia muito de hospital para hospital, seja público ou privado. Depende do que cada instituição preconiza, o tipo de atendimento oferecido e o perfil do paciente que pode ser crônico ou mais agudo. De forma geral, não vejo essa grande disparidade em atendimentos, pois a maioria dos médicos trabalha na rede privada e na rede pública, o que muda é a estrutura do hospital, a agilidade, tanto na execução, como no diagnóstico de um exame. O que acaba diferindo no atendimento é o fato do paciente, de forma particular, escolher um médico específico para o acompanhamento de seu problema. Nesses casos, o médico acaba disponibilizando seu telefone pessoal, entre outras coisas, e dá a ele, como cliente e paciente, um atendimento personalíssimo, coisa essa que não é possível no SUS. Vale ressaltar que o atendimento é personalizado, mas a qualidade do serviço deve ser a mesma.

10. O paciente é responsabilidade de quem?

R.: Da equipe médica e de todos os envolvidos. A partir do momento que o paciente necessita daquele atendimento, a responsabilidade é do Estado ou União quando se tratar de hospital público, do plano de saúde, quando do atendimento particular, da equipe de assistência à saúde ao entorno do paciente. Mas entendo que o principal responsável é a instituição, pois ela quem deve viabilizar todos os atendimentos.

11. Como o senhor acha que os riscos de ocorrência de erros médicos podem ser minimizados?

R.: Através de uma boa preparação na base, que é a formação. Uma maior fiscalização e controle na abertura das universidades que irão preparar os profissionais, e a partir da validação de qualidade mínima da formação. Faltam provas das capacidades mínimas dos profissionais, tanto na área da saúde, como em qualquer outra. Além do mais, precisam ser instaurados protocolos de saúde uniformizados para os tratamentos, abrangendo desde ações dos médicos, como também do próprio hospital. Precisa haver linearidade nas condutas, seja

administrativa, seja do profissional da área da saúde para manter um padrão de atendimento.

12. Há condições adequadas (incluindo materiais, equipamentos etc) e profissionais suficientes atuando na área da saúde?

R.: Varia bastante de uma instituição para outra, mas é fato que há uma falha na maioria delas. Períodos de descanso não são respeitados, não há um número ideal de profissionais, o que gera uma sobrecarga física e psicológica dos que estão ali. Não posso deixar de mencionar os chamados “calotes médicos”, que são as situações em que o médico trabalha como pessoa jurídica, seja para prefeituras, seja para empresas privadas, e não recebe o valor contratado. Isso tudo gera um desgaste e insatisfação nos profissionais da área da saúde.

13. Ha políticas públicas suficientes relacionadas a segurança do paciente?

R.: Há, na maioria dos hospitais, comissões que regulamentam as ações na saúde, protocolos, tanto para médicos, como para a enfermagem e técnicos, tudo voltado para a segurança do paciente, o que acaba gerando benefícios aos usuários. Na minha realidade, também há protocolos cirúrgicos, como por exemplo a confirmação dos dados pessoais, tipo de cirurgia a ser realizada etc. Varia de hospital para hospital, mas cada vez mais está sendo difundido, apesar de estarmos longe do cenário ideal.

Pelo exposto, foi possível observar um entendimento sobre o erro médico do ponto de vista do médico, que é a parte detentora de conhecimentos da relação firmada com o paciente. Assim, nota-se que é incontroverso a gravidade do erro médico, devendo haver esforços para a sua minimização.

O segundo entrevistado é um advogado, que aqui será referido como F. F.

Dr. F. F iniciou a entrevista trazendo um caso de grande repercussão em que atua como patrono da vítima. Transcrevo trecho da entrevista:

Estou atuando em um caso em que ocorreram erros gravíssimos, quase custand a vida da paciente. O pré-operatório não foi de acordo com o que determina o Código de Ética Médica. O profissional deve esclarecer quais serão as condições que serão adotadas no pós-cirúrgico, nos preparatórios

do pré-cirúrgico e no pós-cirúrgico, o que não ocorreu, não se tratando apenas de informações mas sim, esclarecimentos, orientações obrigatórias de um médico para com seu paciente. Em decorrência da falta de orientação, houve necrose em partes internas e externas do corpo da paciente, além de sangramentos e inflamações. O médico se manteve inerte às reclamações diárias, até que por fim, encaminhou a paciente a uma clínica, onde foi atendida por um outro profissional que nada tinha a ver com sua equipe cirúrgica contratada. A partir desse atendimento ficou clara a necessidade de um reparo cirúrgico das regiões afetadas, e foi quando a paciente se dirigiu para o Rio de Janeiro para realizá-las. Neste momento o médico não mais atendia no Estado e todos os seus atendimentos dali em diante passaram a ser no novo consultório, o que impossibilitou o acompanhamento de perto do caso da paciente. A paciente ficou acamada e impossibilitada de exercer suas atividades profissionais e sociais, o que lhe gerou depressão. O médico em questão tinha a obrigação de resultado para com a paciente e não entregou o contratado, além de não ter prestado atendimento de pós-operatório quando lhe foi necessário. A falta de orientação e esclarecimentos acerca dos procedimentos empregados pelo médico, e os cuidados necessários no pré e pós-operatório, configuram omissão e infração ético-disciplinar. O médico em questão já possui vários processos administrativos em sede de CRM.

Seguiu-se à realização das perguntas, com as consequentes respostas, expostas a seguir:

1. Quais foram os meios de prova utilizados nos autos?

R.: Os comprovantes de pagamento, contrato de prestação de serviço, diversas fotos com o resultado diferente do que havia contratado, vídeos de queimaduras, as tentativas de comunicação via aplicativo no número pessoal do médico, entre outras.

2. No entendimento do senhor, o que é erro médico?

R.: O erro médico inicia no pré-cirúrgico, quando não são prestados todos os esclarecimentos ao paciente, e durante a intervenção cirúrgica, o erro médico ocorre quando o profissional deixa de adotar medidas clínicas necessárias para o atingimento do resultado contratado, respeitando a saúde física do paciente.

3. Dentro dos requisitos de culpa, o médico pratica imperícia?

R.: Sim, quando assume uma qualificação e promete um resultado que não domina e que não está apto a entregar. Quando age fora das normas e das competências técnicas.

4. Qual a diferença entre erro médico e complicações?

R.: As complicações podem ter origem em razão do comportamento inadequado do paciente ou do erro cirúrgico. No caso específico relatado, haviam ferimentos que deveriam ter sido tratados, mas não foram. Ocorreram também intervenções em excesso num determinado local do corpo (na cirurgia de lipoaspiração), além da falta do pós-operatório adequado. Isso tudo, por si só, não pode ser entendido como uma consequência, mas sim, conduta inadequada durante a cirurgia, praticada pelo profissional.

5. A paciente já passou por perícia?

R.: Passou por atendimentos clínicos, que podem ter natureza de perícia ou não, mas a perícia técnica judiciária especificamente, ainda não.

6. Em um contexto de urgência e levando em consideração a alta demanda de pacientes, condições inadequadas de serviço - falta de material, equipamentos, medicações - e falta de pessoal, o senhor acha que ainda assim os médicos devem responder em ação regressiva de responsabilidade civil movida inicialmente contra o Estado?

R.: Em se tratando de cirurgia de urgência e emergência o profissional usará das condições que tiver, diferentemente das cirurgias eletivas, que só devem ocorrer se as condições mínimas necessárias estiverem presentes. Lembrando que o socorro, o médico é obrigado a prestar. Neste caso de urgência e emergência, o médico não deverá responder regressivamente. Entendo que o Secretário de Saúde e o Governador podem vir a responder em solidariedade, se provado que agiram com negligência ou conduta omissiva. Entendo ainda que o diretor de hospital que não possuir condições mínimas para atender o paciente, deve recorrer aos responsáveis diretos, e caso não haja solução ao problema, ao Ministério Público que é órgão de fiscalização. O Estado deve responder diretamente por seus servidores, independente da demonstração de culpa.

7. O senhor acha que há políticas públicas suficientes voltadas para segurança do paciente?

R.: Entendo que não. As portarias, o Código de Ética, as resoluções do CFM e CRM são internas, voltadas para os profissionais e, na grande maioria das vezes, são normas decorativas.

8. Quando o paciente/vítima chega até ao advogado, já possui noção dos seus direitos indenizatórios ou está em busca da verdade real e da justiça?

R.: Muitas das vítimas não possuem conhecimento técnico sobre seus direitos, então, chegam até o escritório abaladas psicologicamente, se sentindo humilhadas, constrangidas, agredidas, deformadas, ou seja, pedindo socorro, para inclusive, cessar as lesões sofridas. Caso a maioria das vítimas possuíssem conhecimentos jurídicos, o Judiciário estaria transbordando de ações envolvendo má conduta médica.

9. O Dr. acha que os médicos em geral possuem conhecimento jurídico sobre sua profissão?

R.: Eles não precisam ter conhecimento jurídico, mas sim, conhecimento técnico das suas obrigações como profissional, das regras que tratam de suas condutas. Não devem ter preocupações processuais com o resultado negativo de seus atos. Devem saber quais são as orientações que devem dar um paciente no pré-cirúrgico, no pós-cirúrgico, quais os riscos que um paciente corre em razão do procedimento que vai executar. O médico deve se preocupar com o paciente e com o atendimento clínico, e não com as sanções provenientes de uma conduta errada.

10. As informações que devem conter no prontuário médico guardam relação com produção de provas?

R.: O médico não deve se preocupar em construir provas contra ele mesmo, apenas em prestar todas as informações que são exigidas por lei. Até porque, quando um profissional tem uma má conduta, a produção de provas ocorre naturalmente. Há um evidente problema de caráter e falta de profissionalismo dos médicos que omitem informação no prontuário. E se o paciente quiser trocar de médico? E se o próprio

médico morrer? E, diga-se de passagem, a falta de tempo para pôr informações inerentes ao paciente dentro do prontuário, não pode ser justificativa, afinal, isso não é culpa do paciente. Cada um deve fazer conforme sua capacidade, e deixar de prestar informações, incide má fé e negligência.

11. O senhor recomendaria o Seguro de Responsabilidade Civil para um cliente médico?

R.: Sim, percalços e eventualidades podem acontecer. Pode-se trabalhar com a previsão de um dia precisar invocar o seguro e, geralmente, quando precisa-se acioná-lo, o valor envolvido é muito alto.

12. Como os erros médicos poderiam ser evitados?

R.: Passando a enxergar seus pacientes dentro do próprio juramento de Hipócrates, os atendendo com respeito, sem visualizar exclusivamente o lucro; respeitando as limitações do paciente e suas próprias também; orientando seus pacientes de todos os riscos, não os colocando em situações negligenciosas, etc.

13. O quão viável seriam instalações de câmeras dentro de ambientes hospitalares reservados - tratamento intensivo/centros cirúrgicos etc.? (O acesso às filmagens seria apenas das partes envolvidas e não haveria sistema de monitoramento, respeitando o direito à intimidade; haveria também termo de consentimento do paciente e com o compromisso do sigilo profissional).

R.: Entendo que poderia induzir muita gente ao erro, poderia colocar os profissionais numa situação delicada de intensa vigilância. Poderiam haver injustiças, tanto para o lado do paciente, como do médico, pois o olhar para determinada conduta é subjetiva. Cada médico pode realizar um determinado procedimento de forma diferente e obter êxito.

14. Os órgãos de classe (CRM e CFM) estão cumprindo com suas obrigações fiscalizatórias?

R.: No meu entendimento, não. Inclusive foram omissos durante toda a pandemia e antes dela. Poderiam e deveriam ser responsabilizados subsidiariamente, pois sua principal função é a de fiscalizar ambientes hospitalares. Se esses órgãos estivessem agindo conforme suas obrigações, haveria mudança radical no comportamento dos profissionais médicos, atuando de forma preventiva.

Pela transcrição da entrevista exposta, nota-se que o advogado entrevistado, atuante em processos de reparação civil por erro médico, considera que esse erro decorre da falta de informação do médico ao paciente, em momento anterior à realização da cirurgia, ou no momento da intervenção, quando o profissional deixa de observar as normas e medidas necessárias no caso. Além disso, o entrevistado reitera a vulnerabilidade do paciente, aduzindo que as portarias, o Código de Ética, as resoluções do CFM e CRM são internas, voltadas para os profissionais e na grande maioria das vezes, são normas decorativas.

O advogado considera que o erro médico pode ser evitando quando há observância do juramento de Hipócrates (Anexo II), bem como das normas pertinentes ao exercício da profissão.

Por fim, foi feita entrevista a uma paciente, vítima de erro médico, que demandou judicialmente a questão, estando o processo ainda em curso. A paciente, referida como R. C., possui 45 anos de idade.

Relatou na entrevistada que se submeteu a uma cesariana no Hospital Universitário Cassiano Antônio Moraes (HUCAM), tendo contraído uma infecção na região da incisão da cirurgia, a qual nunca curava, apesar dos tratamentos receitados pelos médicos plantonistas da própria instituição, a base de antibióticos diversos.

Após inúmeras visitas ao Hospital em virtude da infecção que se agravava, a certa altura um médico plantonista solicitou a realização de uma ultrassonografia. Na consulta de retorno para avaliar o exame, foi constatada a presença de um “granuloma”, consequência de uma resposta inflamatória a um corpo estranho. O problema seria resultado da reação do seu organismo à linha cirúrgica. Na ocasião, a paciente foi informada de que a rejeição era “normal”, contudo, só cessaria após a retirada do material.

Segundo descreveu a entrevistada, o profissional lhe comunicou que, por hora, continuariam sendo receitados os antibióticos, pois não se tratava de cirurgia urgente. Uma das falas de impacto do profissional à entrevistada foi “essa ‘*infecçãozinha*’ não vai matar a senhora não! Não se preocupe!”. Decorrido um ano após a cesariana, foi marcada uma pequena cirurgia (com anestésicos locais) para a retirada da linha, todavia, mesmo após o procedimento, a infecção voltou e à paciente foram receitados mais antibióticos.

Declarou ainda que, tendo buscado atendimento novamente, em virtude da persistência do problema, uma médica do HUCAM lhe advertiu que, após esta primeira cirurgia, não teria mais nada a ser feito e a paciente teria que continuar com a administração dos antibióticos, de maneira que a infecção melhoraria durante o tratamento e, depois, tornaria a piorar.

A paciente disse que em fase de pré-operatório que não obteve todas as informações quanto à cirurgia que seria realizada e que não se sentiu à vontade para perguntar pois, as consultas eram muito corridas e “dinâmicas”.

A paciente conta ainda que três dos seus dentes caíram em decorrência do uso indiscriminado dos antibióticos, o que também ocasionou dano psicológico (depressão). Em momento algum lhe foi informado sobre possíveis riscos do uso contínuo das medicações, o que comprova a falta com o dever de informar, até para o consentimento da paciente em aderir o tratamento. Tudo o que ela tinha era esperança que sua infecção melhorasse.

Questionei à entrevistada se, caso tivesse sido informada dos riscos, mesmo assim tomaria os antibióticos, e a resposta foi negativa, que só tomava pois era orientação médica.

Acrescentou que todas as vezes que buscava atendimento no HUCAM, era atendida por profissionais diferentes. Não havia acompanhamento com um único profissional que já estivesse informado do seu caso, e conseqüentemente, tinha de relatar repetidamente estes eventos para os profissionais. Disse ainda que em nenhuma das consultas os profissionais se identificavam pelo nome, tampouco pela profissão, logo, a entrevistada não soube dizer se quem a atendeu eram médicos, acadêmicos ou residentes.

A paciente destacou que, desde o acompanhamento de pré-natal, sentiu um certo descaso da equipe do HUCAM para com ela. Exemplificou contando que perdeu muito sangue após a cesárea e precisou passar algumas horas a mais no centro cirúrgico. Nesse contexto, o seu esposo abordou uma das enfermeiras para perguntar sobre a demora, quando então esta respondeu que a paciente “estava praticamente morta na mesa da cirurgia”. Lembrou também que horas após a cirurgia complicada, tinha que buscar a própria água para beber, pelo que se sentiu desassistida.

O prontuário confeccionado pela HUCAM não é claro quanto à “intercorrência”. Foram feitos vários relatos na OUVIDORIA do Hospital quanto a conduta dos profissionais que lhe atenderam, mas nunca obteve retorno quanto às demandas, pois sempre respondiam de forma genérica dizendo que iriam “averiguar”.

A entrevistada destaca que ficou tão amofinada e com tanto medo da infecção na região da cicatriz da cesárea evoluir para uma infecção generalizada ou perda do útero, que não quis mais buscar tratamento no mesmo hospital.

A partir de uma conversa com um familiar com conhecimento sobre leis, a entrevistada buscou a Defensoria Pública da União para solução do entrave, que mediante perícia técnica designada por juiz para a comprovação do alegado, houve deferimento de liminar para a realização da cirurgia como sendo de “urgência” e foi quando, procurou a Santa Casa, que realizou a cirurgia com primazia.

O médico que a atendeu prontamente, marcou uma nova cirurgia, com sedação e internação, sob a justificativa de que se tratava de uma infecção mais profunda. Perguntada, a entrevistada não soube responder se o referido médico da Santa Casa teve acesso imediato ao seu prontuário médico, o qual teve início no HUCAM.

A partir da segunda cirurgia realizada pela Santa Casa, a infecção não voltou.

Já em biópsia obtida através da segunda cirurgia, foi constada que a infecção era proveniente da linha cirúrgica. O processo judicial está em curso e a DPU, além de entrar com pedido de liminar, também pediu indenização por danos morais em favor da paciente.

Pelo exposto, observa-se que as entrevistas apresentadas tiveram a finalidade de verificar o erro médico sob perspectivas diversas. Em todas, considera-se a vulnerabilidade do paciente frente ao médico, e nota-se as consequências gravíssimas do erro médico na saúde física e emocional do paciente, vítima do erro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, depreendeu-se que, para ser cabível a responsabilização do médico por erro médico, tanto na esfera civil, como na esfera penal, é preciso provar a conduta do agente para configurar o dever de indenizar (no caso da responsabilidade civil) ou acarretar a aplicação de sanção (no caso da responsabilidade penal).

Entretanto, muitas das vezes, o paciente não possui meios de provas suficientes e aptas a fazer essa prova, principalmente considerando que o médico é detentor de todo o conhecimento técnico e do aporte documental-hospitalar. Todo esse cenário dificulta, e muito, a demanda por reparação por parte da vítima do erro médico.

Como se não bastasse, quando a demanda é judicializada, o processo é longo, burocrático e apresenta diversos entraves ao paciente. Assim, quando não consegue provar de maneira suficiente, a reparação é incabível.

Ainda sobre processos judiciais, é necessário que se faça uma análise mais profunda quanto à conduta dos advogados, que devem ser vistos como os primeiros “juízes” da causa. Não raro, quando procurados, não fazem a triagem necessária, deixando de observar se o caso relatado é de relevância ou se é apenas uma aventura jurídica com a finalidade de auferir lucro. O abarrotamento de processos judiciais também deve-se a advogados aventureiros.

Viu-se que não é incomum notícias sobre erros médicos em pacientes que buscam melhorias de sua aparência, ou até mesmo em cirurgias não reparadoras. Em todos os casos analisados no trabalho, o médico responsável pela cirurgia nega que as consequências causadas ao paciente tenham sido resultado de erro médico, fato que dificulta ainda mais a busca por reparação por parte do paciente, que é vítima desse erro.

No âmbito jurisprudencial, muitas demandas têm sido ajuizadas pelos pacientes e, por esse motivo, o tema tem sido objeto de análise pelo Poder Judiciário brasileiro. Assim, os Tribunais têm formado entendimento no sentido de que, para que o erro médico

seja indenizável, é preciso prová-lo suficientemente. Uma vez provado o erro médico, reconhece-se o dever de indenizar por parte dos médicos, clínicas e similares.

Verificou-se, ainda, a vulnerabilidade do paciente na relação firmada com o médico. Para que a relação seja equilibrada, é necessário que o médico preste as informações adequadas ao paciente, bem como observe as normas e medidas pertinentes na atuação de sua profissão.

Sugere-se, para estudos futuros, que seja feita uma ampla pesquisa de campo com pacientes vítimas de erro médico, tendo em vista que, muitos deles não judicializam suas demandas. Assim, para uma investigação aprofundada e futura, a sugestão é buscar o cerne dessa questão, entender o motivo da ausência de procura do Poder Judiciário nesses casos, bem como compreender a visão do paciente nesses casos.

Conclui-se não apenas pela vulnerabilidade do paciente frente aos médicos, mas também pela vulnerabilidade desses pacientes frente aos meios de provas, que muitas vezes são insuficientes dentro de um cenário de erro médico. Vale ressaltar que muitos dos pacientes, quando estão extremamente fragilizados diante da ocorrência de uma negligência médica, não querem a reparação do dano por meio da indenização; muitas vezes, o paciente deseja um pedido de desculpas, e também uma ação antecipada por parte do profissional para que os danos sejam minimizados.

Nesse sentido, verifica-se a necessidade de implementação de protocolos dentro de todos os centros médicos de atenção ao paciente, em razão da insuficiência das políticas públicas atuais. Ainda, tem-se a necessidade de maior fiscalização dos órgãos responsáveis (CRM e CFM), não no sentido punitivo, mas em caráter preventivo, através de ações fiscalizatórias para observância do cumprimento dos protocolos.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Isabella. Cirurgião plástico do ES é condenado pelo CRM após denúncia de paciente. **A Gazeta**, 2021. Disponível em:

<<https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/cirurgiao-plastico-do-es-e-condenado-pelo-crm-apos-denuncia-de-paciente-1021>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

BERGSTEIN, G. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. Brasília: Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012

BRITO, Auriney. **Direito Penal Informático**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE PERNAMBUCO (CREMEPE). **Família de mulher vítima de suposto erro médico vai processar Estado**. 2009. Disponível em: <<https://www.cremepe.org.br/2009/03/09/familia-de-mulher-vitima-de-suposto-erro-medico-vai-processar-estado/>>. Acesso em: 02 out. 2021.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE PERNAMBUCO (CREMEPE). **Menina morre após receber vaselina em vez de soro**. 2010. Disponível em: <<https://www.cremepe.org.br/2010/12/06/menina-morre-apos-receber-vaselina-em-vez-de-soro/>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JR, Wilsom A., **Textos hipocráticos: o doente, o médico e a doença**, Fiocruz, p.221-222

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

KÜHN, Maria Leonor de Souza. **Responsabilidade civil**: a natureza da relação médico-paciente. Barueri: Editora Manole, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). v. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense.

NASCIMENTO JÚNIOR, Pierre Góis do; GUIMARÃES, Teresinha Maria de Macêdo. A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos. **Bioética**, n. 11, 2013. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/152/156>. Acesso em: 29 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Danielle; MOREIRA, Ana Paula. **Paciente denuncia que ficou com dificuldade para andar após ter cirurgia feita no joelho errado, em Goiânia**. G1, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2021/04/20/paciente-denuncia-que-ficou-com-dificuldade-para-andar-apos-ter-cirurgia-feita-no-jelho-errado-em-goiania.ghtml>>. Acesso em: 03 out. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014

PACIENTE FICA CEGA APÓS CIRURGIA E ACUSA MÉDICO: 'TIROU MINHA VIDA, NÃO SÓ MINHA VISÃO'. **G1**, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/09/05/paciente-fica-quase-cega-apos-cirurgia-e-acusa-medico-tirou-minha-vida-nao-so-minha-visao.ghtml>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** nº10024057103616002. Apelante: Ferdinando de Moura. Apelado: Fundação Felice Rosso, Joaquim Carlos de Barcelos Martins, Ana Paula Paviotti, Otacilio Jose Bicalho e outros (a) (s) e

Lydson Magalhães da Rocha. Relator: Des. Edison Feital Leite. Belo Horizonte. Data do julgamento: 04/02/2016. Data da publicação: 29/02/2016.

Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863983899/apelacao-civel-ac-10024057103616002-mg/inteiro-teor-863983951>

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** nº20110827510. Apelante: Zenilda Conceição da Silva e outro. Apelado: Estado de Santa Catarina e outro. Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto. Florianópolis. Data do julgamento: 12/08/2014.

Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101599135/apelacao-civel-ac-20110827510-capital-2011082751-0/inteiro-teor-1101599184>

FARIA, Paula Lobato. **Direito do Paciente Fiocruz Brasília** - Youtube, 2021.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fpvxyd_-aqk&t=6365s Acesso em: 11 nov 2021

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

FACULDADE CATÓLICA SALESIANA DO ESPÍRITO SANTO. **GUIA de elaboração e normalização de trabalhos acadêmicos e de pesquisa**. 4. ed. Vitória: FCSES, 2013.

ANEXO I

RECURSOS DE APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS CAUSADOS POR ERRO MÉDICO – AGRAVO RETIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA – DESPROVIDO – PRELIMINARES – ILEGITIMIDADE ATIVA DO HOSPITAL – AFASTADA – SENTENÇA ULTRA E EXTRA PETITA – ACOLHIDAS – CIRURGIA ESTÉTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO ASSUMIDA PELO MÉDICO – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – QUANTUM DO DANO MORAL – MANTIDO – VALOR DO DANO MATERIAL – ADSTRITO ÀS PROVAS DO PREJUÍZO – JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL PARA OS DANOS MATERIAIS – CITAÇÃO E EFETIVO PREJUÍZO – TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS PARA OS DANOS MORAIS – DATA DO ARBITRAMENTO - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1- Não ocorre cerceamento de defesa quando o assistente técnico não adentra à sala onde foi realizada a perícia, uma vez que compete ao assistente tão somente o encargo de elaborar parecer. 2- Não há falar em ilegitimidade ativa do hospital porque ao executar a cirurgia nas suas dependências, o médico laborou no interesse econômico do nosocômio, que lucrou com a atividade desenvolvida e, uma vez comprovada os danos causados à Recorrida, deve ser responsabilizado solidariamente ao pagamento da indenização por danos morais e materiais. 3- Deve haver similitude lógica e necessária entre o que foi pedido e a sentença, sendo defeso ao Magistrado decidir fora ou além do que lhe foi pedido. No caso concreto, o Juízo de origem condenou os Recorrente ao pagamento de verbas não pleiteadas pela Apelada. 4- Nas cirurgias plásticas com efeitos meramente estéticos, o médico assume obrigação de resultado. Dessa forma, inverte-se em desfavor do profissional o ônus da prova, sendo que para afastar a responsabilidade civil pelo dano sofrido pela paciente, ele deve demonstrar a ausência de culpa ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior. No caso concreto, não há nos autos prova de qualquer excludente, sendo falácias os argumentos de que a paciente procurou outro profissional porque engordou após submeter-se à lipoaspiração. 5- A doutrina e a jurisprudência vêm empregando, no arbitramento do dano imaterial, quatro critérios principais, quais sejam: a gravidade do dano; o grau de culpa do ofensor; a capacidade econômica da vítima e a capacidade econômica do ofensor. *In casu*, mantém-se o valor de R\$20.000,00 porque condizente quando comparada com a extensão do dano, os limites do razoável e da prudência, a condição econômica do Apelante (cirurgião plástico) e da Recorrida (comerciante), bem como é capaz de compensação pelos danos sofridos pela parte autora e atende ao caráter punitivo-pedagógico sem ensejar enriquecimento sem causa. 6- A indenização por danos materiais deve ser adstrita ao valor do efetivo prejuízo, pois o que se visa por meio da ação judicial é a recomposição da efetiva situação patrimonial anterior à ocorrência do fato danoso. 7- Os juros moratórios atuam como complemento indenizatório da obrigação principal e, nos danos materiais, devem incidir a partir da citação porque a lide funda-se na relação de natureza contratual. 8- A correção monetária serve para recompor o poder da moeda e evitar o locupletamento ilícito; portanto, para os danos materiais deve incidir desde o efetivo prejuízo, aplicando-se o INPC. 9- Os juros moratórios dos danos morais devem incidir desde a data do

arbitramento da indenização. (Resp. n.º 903258/RS e Enunciado n.º 362 do STJ). (Ap 36440/2011, DESA. CLARICE CLAUDINO DA SILVA, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 07/11/2012, Publicado no DJE 13/12/2012) (TJ-MT - APL: 00310913220058110041 36440/2011, Relator: DESA. CLARICE CLAUDINO DA SILVA, Data de Julgamento: 07/11/2012, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/12/2012).

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. LIPOASPIRAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. PROVA DOS AUTOS. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. A obrigação do cirurgião plástico é de resultado, respondendo o profissional da medicina pelos prejuízos decorrentes da não obtenção do resultado que se buscava atingir com o procedimento cirúrgico. Entendimento doutrinário e jurisprudencial (AgRg no Ag 1132743/RS). A partir do contexto fático-probatório, há elementos de prova convincentes de que houve defeito na prestação do serviço médico prestado por ocasião do procedimento cirúrgico estético realizado na autora (lipoaspiração), fato evidenciado a partir de uma simples visualização das fotografias acostadas nos autos, nas quais se notam de forma clara e precisa as deformidades existentes no corpo da paciente, que, evidentemente, não faziam parte do resultado esperado por ocasião da contratação da cirurgia plástica. De se ressaltar que a lipoaspiração realizada atingiu resultados estéticos insatisfatórios, o que demandou a realização de novo procedimento cirúrgico com outro facultativo para corrigir os resultados estéticos adversos da primeira cirurgia. Não obstante, a realização do segundo procedimento não teve o condão de corrigir as deformidades, as quais permanecerão indefinidamente, caso a autora não se submeta a outro procedimento denominado de abdominoplastia. No caso, apesar de a demandante não estar satisfeita com a sua aparência, e ter procurado corrigir o aspecto estético de seu abdômen com a cirurgia plástica, após as intervenções cirúrgicas realizadas, o problema deixou de ser apenas estético, tornando-se uma deformidade. Dessa forma, devidamente caracterizada a falha do serviço prestado, o nexo causal e os danos sofridos pela autora, não há como se eximir o réu do dever de indenizar. Inegável a ocorrência do dano moral, que é *in re ipsa*, porquanto decorrente do próprio fato, em decorrência da falha no serviço prestado pelo demandado. DANO ESTÉTICO DEMONSTRADO. Os elementos coligidos nos autos evidenciam, ainda, a alteração morfológica corporal visível e que causa desagrado e abalo à autoestima da vítima. Dano estético demonstrado. DANO MORAL E ESTÉTICO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. Comporta majoração o valor fixado a título de danos morais e danos estéticos para o valor de R\$ 30.000,00 e R\$ 30.000,00, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação. VERBA HONORÁRIA Honorários advocatícios majorados para o percentual de 10% sobre o valor fixado pela sentença, considerando o trabalho adicional realizado em grau recursal, de acordo com o disposto no art. 85, § 11, do CPC.RECURSO DO RÉU DESPROVIDO. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA (TJ-RS - AC: 70070572755 RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Data de Julgamento: 14/12/2016, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: 20/01/2017).

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAS E ESTÉTICOS. CONTRARRAZÕES NÃO CONHECIDAS. REJEITADA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA

DEMANDADA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE OTOPLASTIA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. APLICAÇÃO DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ASSOCIAÇÃO PELOS ATOS DE SEUS PREPOSTOS. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. RESULTADO CIRÚRGICO INADEQUADO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS OCORRENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO CORRESPONDENTE AOS DANOS MORAIS MINORADO. 1. As contrarrazões apresentadas pela parte demandada não merecem ser conhecidas, uma vez que intempestivas. 2. Preliminar de ilegitimidade passiva da requerida que não merece acolhimento. O conjunto probatório contido nos autos demonstra que o médico cirurgião responsável pelo procedimento cirúrgico da demandante atuou como preposto da associação. 3. Cuida-se, em síntese, de ação de indenização por danos morais, estéticos e materiais decorrentes de suposto erro na prestação de serviços oferecido pela ré, uma vez que o resultado da cirurgia de otoplastia não foi o esperado pela demandante. 4. Em sede recursal, ao passo que a demandante pugna pela majoração do quantum indenizatório fixado a título de danos morais, materiais e estéticos, a associação demandada pleiteia a reforma integral da sentença, alegando, em suma, a regularidade no serviço prestado. 5. O deslinde da causa deve se pautar pelo constante no Código de Defesa do Consumidor, importando referir que a associação demandada, por se sujeitar à regra geral prevista no art. 14, caput, do referido diploma, responde objetivamente pelos atos dos profissionais médicos a ela vinculados, ou seja, não havendo que se perquirir acerca da existência de dolo ou culpa da requerida. Contudo, deve ser constatada a falha no serviço prestado pelo médico a requerida vinculado; ao passo que a responsabilidade civil dos médicos é subjetiva. A realização de cirurgia plástica meramente estética, por sua vez, caracteriza obrigação de resultado, a qual impõe aos médicos presunção relativa de sua culpa quando da ocorrência de resultado diverso do contratado. Tais aspectos, contudo, não eximem o consumidor de demonstrar minimamente seu direito, em especial, ocorrência efetiva de danos ou insucesso da cirurgia ou resultado diverso do contratado. 6. *In casu*, com base na prova pericial e nos documentos apresentados pelas partes, restou cristalino que houve um procedimento indevido no caso em comento, com resultado indesejado e aquém da expectativa normal. Conclui-se, portanto, que tenha havido conduta equivocada do preposto da associação demandada, pelo que é responsável a requerida pelos danos materiais, morais e estéticos pela autora sofridos em razão dos fatos narrados. 7. Tendo havido conduta equivocada do preposto da associação demandada, a requerida é responsável pelos danos materiais, morais e estéticos pela autora sofridos em razão dos fatos narrados. 8. Danos materiais que não comportam majoração, tendo em vista que correspondem ao valor despendido e comprovado nos autos. 9. Em relação ao quantum do dano moral fixado, este deve possuir dupla função, qual seja, reparatória e pedagógica, devendo objetivar a satisfação do prejuízo efetivamente sofrido pela vítima, bem como servir de exemplo para inibição de futuras condutas nocivas. Nesse sentido, a reparação deve ser fixada com base nos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como nos elementos que devem ser considerados na quantificação, tais como a gravidade do fato, a intensidade e duração das consequências, a condição econômica das partes e o duplo caráter (compensatório e punitivo) da medida. 10. Alegação de suspeição das testemunhas que se trata de matéria preclusa diante da ausência de impugnação quando do momento oportuno, nos termos do art. 457, § 1º, do Código de Processo Civil. 11. Assim, prezando pela observância dessas diretrizes, o quantum conferido pelo Juízo de Origem (R\$

20.000,00) deve ser minorado para o valor de R\$ 10.000,00, sendo tal montante o que melhor atende às peculiaridades do caso em tela. Montante que deve ser acrescido de juros de mora desde o evento danoso e de correção monetária desde o arbitramento. Súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça. 12. Por fim, quanto ao valor arbitrado a título de indenização por danos estéticos, este não comporta majoração, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto e os parâmetros utilizados por este e. Tribunal de Justiça em casos semelhantes. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA DESPROVIDA. APELAÇÃO DA DEMANDADA PARCIALMENTE PROVIDA (TJ-RS - AC: 70082792565 RS, Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva, Data de Julgamento: 27/11/2019, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 03/12/2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO. PARCIAL PROCEDÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA TESTEMUNHAL E DEPOIMENTO PESSOAL. MATERIAL PROBATÓRIO INÚTEIS À APURAÇÃO DOS FATOS. PRELIMINAR AFASTADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. ABDOMINOPLASTIA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. TERMO DE CONSENTIMENTO. DOCUMENTO ASSINADO POR TERCEIRA PESSOA. VIOLAÇÃO AO DIREITO À INFORMAÇÃO PREVISTO NO ART. 6º, III, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, E ART. 22, DO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA QUE O RESULTADO DA CIRURGIA NÃO ESTÁ DENTRO DO PADRÃO ESPERADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "Diferentemente dos demais ramos da medicina, a cirurgia estética gera obrigação de resultado. Nesses casos, compete à vítima demonstrar que o médico não alcançou o resultado prometido com o procedimento adotado para que a culpa resulte reconhecida, tocando ao facultativo, para eximir-se da responsabilidade, evidenciar a ocorrência de alguma causa excludente de culpabilidade" (TJ-SC - AC: 03080711520148240023 Capital 0308071-15.2014.8.24.0023, Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 26/05/2020, Terceira Câmara de Direito Civil).

ANEXO II

Juramento de Hipócrates

Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue:

Estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes.

Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.

A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva.

Conservarei imaculada minha vida e minha arte.

Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam.

Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados.

Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto.

Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.