

Indenização por Dano Oriundo de Erro Médico

Antonio Carlos Mendes

Ex-Subprocurador Geral da República, Professor, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC, Professor, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo - SP

O autor realça o fato de ser o médico responsável ética e civilmente diante do erro oriundo do exercício profissional, onde seja evidenciada a negligência, a imperícia ou a imprudência, face existir entre ele e o paciente um contrato de serviços, mesmo não escrito. Afirma ainda que esse direito lesado pode consistir em dano material ou dano moral e chama a atenção também que na teoria da responsabilidade civil não basta a injuricidade da conduta e a existência do dano, mas que se demonstre de forma evidente o nexo de causalidade. Por fim, aponta para o direito brasileiro que admite a indenização por prejuízo material ou reparação do dano moral, passíveis de cumulação, quando oriundos de um mesmo fato.

UNITERMOS - Liquidação do dano, responsabilidade civil no erro médico, indenização por erro médico.

1 - Introdução

Indenizar ou reparar o dano perpetrado em razão do exercício profissional pertine a um só tempo ao âmbito da responsabilidade ética e ao universo da responsabilidade civil ou jurídica.

Com efeito, a possibilidade teórica da responsabilidade ética surge quando se abandona a noção de autoridade profissional, na acepção da "antiga ética profissional", onde "os erros não podem ser reconhecidos", para a concepção da "nova ética fundada na idéia do saber objetivo e do saber inseguro" (1).

Dessa maneira, a "nova ética profissional", proscreeu a conduta intelectualmente desonesta que leva a encobrir os erros para não pôr em causa a autoridade, reconhecendo, assim, a responsabilidade profissional. Constata-se a influência dessa "nova ética" sobretudo na Medicina, onde o Código de Ética Médica foi elaborado descrevendo-se o "ilícito ético" que propicia a aplicação das penas disciplinares previstas no art. 22, "a" até "e", da Lei Federal nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, que variam da advertência confidencial em aviso reservado até a cassação do diploma.

Com essa sanção encerram-se as conseqüências ético-disciplinares. Porém, o mesmo fato ou conduta antiética dá ensejo a incidência da obrigação de reparação civil ou patrimonial contemplada no art. 159 do Código Civil ("aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano").

Nesse sentido, a doutrina esclarece que "responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)" (2).

Limita-se esse escorço, à quantificação da responsabilidade civil do médico por erro no exercício de sua profissão, correspondendo, nessa perspectiva, a infração de contrato de prestação de serviços médicos.

2 - Responsabilidade contratual

Entre o médico e o paciente há, necessariamente, contrato de prestação de serviços, mesmo quando não escrito, que é disciplinado pela Lei Civil e pelo Código de Ética Médica.

Nessa linha, esse contrato tem a característica de celebração *intuitu personae*, caso em que se deverá considerar infração contratual, e também violação do art. 30 do Código de Ética Médica, o fato de o médico fazê-lo executar por outrem (3,4).

Porém, não se trata de contrato de prestação de serviços de *resultado*, pois ao médico é exigido, pela Lei Civil e o Código de Ética, perícia, diligência, prudência, seu esforço e técnica nos limites de sua Ciência, não sendo crível condicionar a prestação tendo "em vista determinado resultado" (5).

Dessarte, a responsabilidade civil ou patrimonial do médico por *erro* no exercício de sua profissão traz, na sua intimidade conceitual, a noção de culpa, "em seu sentido amplo, que abrange a culpa em sentido estrito (todas as formas de negligência) e o dolo, que é a culpa grave, intencionalmente, dirigida à consecução do fim ilícito" (6).

Essa inteligência decorre, no caso *sub analise*, do conteúdo do art. 1.545 do Cód. Civil estipulando que "os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento".

Naturalmente, a estatuição legal impede a inclusão no contrato de prestação de serviços médicos de *cláusula de não indenizar*, isto é, o médico não poderá por meio de estipulação contratual exonerar-se da responsabilidade civil ou patrimonial. Por outro lado, os limites científicos da Medicina restringem a abrangência da responsabilidade civil e ética do médico, permitindo considerar hipóteses de excludentes de culpabilidade, como, por exemplo, (a) o caso fortuito e (b) a força maior (7).

Bem nessa perspectiva, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu negar provimento à apelação onde se discutia a indenização em consequência da amputação dos membros superiores e inferiores de criança, *verbis* " ... o réu fez o que se achava ao seu alcance para salvar a vida e a integridade física da autora, não se encontrando no conjunto probatório qualquer laivo de negligência ou imperícia da equipe médica, não tendo sido, por outro lado, comprovado o nexo causal entre o tratamento a que foi ela submetida e as consequências que veio padecer. O prontuário médico foi examinado pelo perito judicial que, obviamente, teria que obtê-lo junto aos profissionais responsáveis pelo réu e, a menos que tenha sido falsificado ou adulterado, e desses aspectos não se cogitou em nenhum momento no processo, não permite o estabelecimento de qualquer nexo causal, quer da imputação de conduta inadequada, incorreta ou mesmo não recomendável relativamente ao tratamento da menor" (TJESP, Ap. Cível nº 127.710-1-SP, Rel. Des. Jorge Tannus, j. 18/4/1991).

Também o Superior Tribunal de Justiça alinhou a seguinte diretriz jurisprudencial, *verbis*: "1. A responsabilidade civil dos médicos, por atos de seu ofício, repousa na culpa. Não há erro médico na indicação de tratamento cirúrgico que se apresente como o único capaz de reduzir defeito físico, de caráter evolutivo, decorrente da destruição óssea por infecção durante a infância do paciente. 2. Realizada a cirurgia, com técnica adequada, não se atribuindo a negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião, o acidente imprevisível de que resultou comprometimento do nervo ciático, com seqüela de redução de movimentos do joelho e paralisção do pé, não há como responsabilizar civilmente, por indenização correspondente, o cirurgião que recomendou o tratamento e o executou. 3. A responsabilidade da entidade empregadora do encarregado do tratamento é, contudo, fundada no art. 107 da Constituição, que adota o princípio da responsabilidade objetiva, pelo risco administrativo, em que a indagação de culpa é pertinente apenas, para possibilitar regresso ou para elidir o dever de indenizar, quando, no primeiro caso, haja culpa do preposto e, no segundo, a culpa pelo evento seja exclusivamente da vítima. Apelação provida, em relação, à autarquia" (STJ, Ap. Cível nº 80.336 - SP, Rel. Min. Dias Trindade, j. 16/9/1986, DJU de 30/10/1986, págs. 20.752 e 20.753).

No caso, tratando-se de hospital público, o Superior Tribunal de Justiça condenou a pessoa de direito público a reparar o dano, adotando a teoria do risco administrativo, calcada no "risco e na solidariedade social" que, por sua "objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da Constituição Federal de 1946". É conveniente observar, na concepção de Hely Lopes Meirelles, que "o risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização" (8).

Conseqüentemente, a responsabilidade civil ou patrimonial do médico por atos de seu ofício fundamenta-se na (a) responsabilidade contratual e (b) na culpa, sendo indisputável a caracterização do (c) dano material ou moral, (d) o nexo de causalidade e (e) a inexistência das hipóteses de excludentes da culpabilidade: caso fortuito e força maior (*casus vel damnum fatale*).

3 - Dano material ou patrimonial e dano moral

O inadimplemento das obrigações contraídas pelo médico no exercício de sua profissão, especialmente o *erro de ofício* consistente na imperícia, negligência ou imprudência, obriga-o a reparar o dano.

Com efeito, o "fundamento primário da reparação está, como visto, no erro de conduta do agente, no seu procedimento contrário à preterinação da norma, que atine com a própria noção de culpa ou dolo. Se o agente procede em termos contrários ao direito, desfere o primeiro impulso, no rumo do estabelecimento do dever de reparar, que poderá ser excepcionalmente ilidido, mas que, em princípio, constitui o primeiro momento da satisfação

de perdas e interesses" (2).

Esse direito lesado, na perspectiva médico-legal, consiste no *dano corporal* (dano pessoal) que aponta para duas categorias jurídicas: (a) dano patrimonial ou econômico e (b) dano extrapatrimonial ou não econômico.

O primeiro também denominado *dano material* envolve uma projeção direta e imediata nos interesses econômicos, materiais, da vítima de dano, e por isso facilmente referenciáveis em termos pecuniários. Dentre os exemplos, encontram-se (a) as despesas médico-hospitalares, (b) a impossibilidade temporária de trabalhar, (c) as seqüelas resultando da incapacidade permanente para o trabalho. Todas essas hipóteses são suscetíveis de estimativa pecuniária. O segundo, denominado *dano moral*, indica aquelas hipóteses que jogam com prejuízos vividos, sentidos, pelas pessoas, mas que não implicam, normal ou obviamente, uma perda econômico-pecuniária. É o caso das injúrias que ofendem a dignidade e a honra das pessoas, a sua reputação; é o caso dos sofrimentos físicos experimentados por causa de ferimentos e na seqüência deles por causa, nomeadamente, de tratamentos a dor física, portanto; é ainda o caso das angústias e sofrimentos morais sempre ligados à "dor de ter um órgão a doer", mas não só por isso, já que um internamento hospitalar, uma operação cirúrgica, uma dúvida vivida quanto à evolução favorável do caso, uma consciência do risco de vida ... sofrimento moral. Este último tipo de dano extrapatrimonial (dor moral) encontra também eco jurídico em casos de morte, integrando nomeadamente o que pode ser designado como "dano por ricochete" (9).

Portanto, a noção de dano envolve a injuridicidade da conduta do médico no exercício de sua profissão, ação essa ou omissão pautada pela negligência, imprudência ou imperícia, causando ao paciente prejuízos materiais (dano material ou patrimonial) e sofrimentos não quantificáveis diretamente em pecúnia (dano moral ou extrapatrimonial).

4 - Nexo de causalidade

Na teoria da responsabilidade civil não basta (a) a injuridicidade da conduta e (b) a existência do dano material ou do dano moral. É indispensável que se demonstre o *nexo de causalidade* entre o fato reputado ilícito e o dano ou prejuízo imposto ao paciente.

Evidentemente, segundo Oliveira Sá, a "existência de nexos causal entre traumatismo e dano é pressuposto óbvio do ressarcimento do prejuízo e, portanto, da sua valoração médico-legal. A incerteza sobre o nexos de causalidade confere ao próprio dano, em termos de relevância jurídica, o caráter incerto. Claro que não é a entidade dano em si mesma, não é a materialidade do dano que é incerta. A incerteza reside na verificação, ou não, das condições de imputabilidade do dano existente a um determinado evento traumático" (8).

Esse jurista identifica sete condições clássicas para se estabelecer o *nexo de causalidade* entre, por exemplo, o *traumatismo* e o *dano*, *verbis*:

(1) "Natureza adequada do traumatismo para produzir lesões evidenciadas por exemplo uma fractura espiróide da tibia não pode ser produzida por um traumatismo direto; (2) Natureza adequada das lesões a uma etiologia traumática uma hepatite, uma febre tifóide, uma doença venérea, etc. não admitem causalidade traumática; a diabetes, o cancro, a epilepsia, etc., põem problemas delicados na discussão da etiologia traumática que admitem; equimoses, hematomas, fracturas são patologia fundamental e predominantemente traumática mas não o são exclusivamente; (3) Adequação entre a sede do traumatismo e a sede da lesão adequação não quer dizer coincidência anatómica entre sede da acção traumática e da lesão. Em variadas situações fisiopatológicas a acção traumática vai produzir efeitos a distância do local do impacto; exemplo clássico será a patologia encefálica e craniana temporal por contra-pancada; (4) Encadeamento anátomo-clínico entre o traumatismo e o dano a imputar-lhe deverá existir uma continuidade sintomatológica, uma sucessão de factos fisiopatológicos que torne plausível e aceitável uma cadeia causal indo do traumatismo até a última expressão do dano, conforme aos dados da experiência clínica; (5) Adequação temporal esta condição interpenetra-se com a anterior; trata-se de saber se um determinado intervalo livre entre traumatismo e dano é compatível, apesar disso, com um encadeamento anátomo-clínico, com uma correlação etiológica. Naturalmente que são os conhecimentos da patologia e da clínica que permitem aceitar um determinado intervalo livre como adequado e compatível com uma etiologia traumática; (6) Exclusão da pré-existência do dano relativamente ao traumatismo - uma fratura com características radiológicas de antiga será excluída do dano post-traumático recente e que pode ter produzido outra(s) fractura(s) vizinha(s); embora não possa excluir-se uma causa traumática para tumores, naturalmente que o tumor revelado logo após o traumatismo fica excluído dessa causalidade (já existia); a meningite supurada que se encontra na autópsia de uma vítima de acidente de aviação (com morte imediata) não é consequência daquele traumatismo já existia, etc.; (7) Exclusão de uma causa estranha ao traumatismo nomeadamente outro traumatismo criando patologia própria e posterior àquele em causa" (9).

Com efeito, a obrigação de indenizar depende de que se estabeleça "uma relação de causalidade entre a antijuricidade da ação e o dano causado. Não basta que o agente cometa um erro de conduta, e que o queixoso

aponte um prejuízo. Torna-se indispensável a sua interligação, de molde a assentar-se ter havido o dano porque o agente procedeu contra o direito" (2).

O Superior Tribunal de Justiça orienta a obrigação de indenizar com fulcro na prova cabal tanto da *injuricidade* da conduta quanto do *dano* e do *nexo* de *causalidade*. Sem que tais requisitos sejam atendidos inexistente a obrigação de reparar o dano, *verbis*: (a) "A responsabilidade prescrita no art. 159 do Código Civil há de ser caracterizada por meio de prova eficaz. Se a alegação é no sentido de que o ex-marido da Autora morreu por culpa dos médicos que o atenderam, quer por erro no diagnóstico, quer pela recusa na internação, há necessidade de uma prova técnica robusta e específica, o que não foi feito na hipótese. Sequer a prova testemunhal logrou atestar as acusações da Suplicante. Sentença confirmada" (STJ, Ap. Cível nº 115.667 - SP, Rel. Min. William Patterson, j. 12/9/1986); (b) "A intervenção cirúrgica, embora praticada por órgão do Estado, fez-se com o escopo de beneficiar o Autor e com seu consentimento, de modo que a indenização só teria sentido se demonstrado o mau funcionamento do serviço (por falhas materiais ou pessoais). Caso em que o art. 107 da Constituição aplica-se no sentido processual, isto é, pondo a pessoa jurídica à frente do proposto na responsabilidade" (STJ, Ap. Cível nº 105.743-RS, Rel. Min. Costa Lima, j. 8/8/1986, DJU de 4/9/86, págs. 15.681 e 15.682).

5 - Liquidação da obrigação de indenizar

O direito brasileiro admite a indenização por prejuízo material e a reparação do dano moral, consistindo a "primeira na reintegração pecuniária ou ressarcimento *stricto sensu*, ao passo que a segunda é sanção civil direta ao ofensor ou reparação da ofensa, e, por isso mesmo, liquida-se na proporção da lesão sofrida" (3).

O prejuízo material ou perdas e danos compreendem a recomposição do prejuízo correspondente àquilo que o paciente efetivamente perdeu em razão do ato médico, denominando-se *damnum emergens*. Entretanto, não só o prejuízo é indenizável, mas, também, o *quantum* deixou, razoavelmente, de lucrar, caracterizando o *lucrum cessans*. Tanto o art. 1.538 ("No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente. 1 Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade. 2 Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito") quanto o art. 1.539 ("Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu"), ambos do Código Civil, abonam a indenização dos prejuízos (perdas e lucros cessantes) e a reparação do dano moral.

Aliás, essa é a orientação recente do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato" (Súmula 37 do STJ).

Com efeito, é a perícia judicial que irá permitir a *quantificação* do dano material e do dano moral, servindo como orientação a lição de Fernando Oliveira Sá recomendando-se, além do reembolso das despesas médico-hospitalares que deu causa, a inclusão dos "parâmetros de valorização médico-legal do dano em direito civil" consistentes nos seguintes: (a) incapacidade temporária, (b) incapacidade permanente, inclusive laborativa, (c) o *quantum doloris*, (d) o dano estético e, por fim, insistindo no (e) prejuízo de afirmação pessoal (9).

Os dois primeiros situam-se no âmbito da indenização material (dano material ou patrimonial) e os dois outros parâmetros indicam a reparação por dano moral ou dano extrapatrimonial.

Enquanto a *quantificação* da indenização por dano material não implica dificuldade de grande intensidade, porquanto há parâmetros objetivos para dimensioná-la pecuniariamente, no dano extrapatrimonial, especialmente, o *quantum doloris* e o dano estético, encontra-se "uma valoração pericial tipicamente subjectiva ou duplamente subjectiva. Em primeiro lugar é o próprio dano em si que é intrinsecamente subjectivo; em segundo lugar há o omnipresente subjectivismo da apreciação pericial" (9).

Distingue-se, também, o denominado "prejuízo de afirmação pessoal" (*préjudice d'agrément* da literatura francesa ou *gioia de vivere* da doutrina italiana) consistindo num padrão suplementar do *quantum doloris* e do *dano estético* porque denota que "prejuízo funcional existente reflete-se algumas vezes nas capacidades de acção ligadas a actividades lúdicas e de lazer pré-existentes ao traumatismo que determinou o dano em apreço, revelando-se não só no âmbito esportivo como no domínio musical por implicar "uma significativa quebra na alegria de viver" (9).

No procedimento judicial de conhecimento, abre-se fase probatória onde, no caso da indenização por erro médico, a prova pericial assume inegável relevância em face do objeto sobre o qual controverte-se ("O objeto da prova pericial é o fato ou os fatos que foram alegados na inicial ou na contestação que careçam de perícia para sua cabal

demonstração. Se a alegação do fato surgiu durante o processo, de forma fugaz e pouco consistente, apenas como recurso de retórica, não pode ter o condão de impor a necessidade de produção de prova" (10).

Nessa hipótese, o perito é auxiliar do Juízo no esclarecimento dos fatos controvertidos. Dessarte, "o juiz não está adstrito ao laudo pericial; mas, por outro lado, nada o impede de tê-lo como fundamento de sua convicção" (STJ, Ag. 39595, Rel. Min. Helio Mosimann, j. 10/9/1993, DJU de 17/9/1993, pág.18978).

Conseqüentemente, nessa fase procedimental deve *provar-se* (a) a injuricidade da conduta do agente, (b) a existência do dano material e do dano moral, (c) o *nexo* de *causalidade* entre a conduta injurídica e o prejuízo material e moral (d) *quantificando-se* pecuniariamente a obrigação de indenizar, incluindo-se no *quantum* reparatório os juros moratórios contados /da data da citação, os juros compensatórios e a correção monetária tendo como "dies a quo" o momento da "ofensa ao bem jurídico".

Caso a "sentença não determinar o valor ou não individualizar o objeto da condenação", *proceder-se-á* a sua liquidação *por arbitramento* ou *liquidação por artigos* abrindo-se a oportunidade de conferir à sentença judicial liquidez e certeza requisitos típicos das obrigações de pagar consubstanciadas em *título executivo* (art. 603 do Código de Processo Civil).

6 - Conclusão

Embora hipótese de infração ético-disciplinar, contemplada especialmente no art. 29 do Código de Ética Médica, o *erro médico* é conduta típica de quebra do contrato de serviços médicos, encartando-se no âmbito da responsabilidade contratual tendo como fundamento a culpa e a obrigação de indenizar perdas e danos, inclusive o dano material (dano emergente e lucro cessante) e o dano moral (*quantum doloris*, o dano estético e o chamado prejuízo de afirmação pessoal).

O dano por erro médico pode ser provado pelos meios probatórios em direito admitidos, especialmente, os prontuários e fichas de anotações médicas, bem como a perícia que se torna indispensável em face da natureza complexa e controvertida dos fatos alegados.

Tratando-se de obrigação de indenizar, é representada por título executivo judicial onde o *quantum reparatório* encontra-se estipulado inequivocamente na *sentença condenatória* ou na *sentença de liquidação*.

A indenização deve ser fixada considerando-se: (a) o dano material e (b) o dano moral, prevendo-se a inclusão na obrigação de pagar dos juros moratórios e dos juros compensatórios, bem assim a correção monetária do *quantum reparatório* desde a data da ofensa ao bem jurídico.

Abstract *Compensation for Damage from Medical Error*

The author emphasizes the fact that the doctor is ethically and civically responsible for an error resulting from his/her professional activity, in which negligence, inexperience or imprudence are clear, since there is a contract of services between him/her and his/her patient, although it is not written. The author states that this aggrieved right may consist of a material or a moral damage. He also emphasizes that, in the civil responsibility theory, a non-judicial conduct and the existence of a damage are not enough; it should be clearly demonstrated the causality coherence. Finally, he points out the Brazilian law, which admits a compensation for material damage or the reparation of a moral damage, susceptible of accumulation when resulting from the same fact.

Referência Bibliográfica

1. Popper K. Sociedade aberta, universo aberto. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1991.
2. Diniz MH. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1984. VII: 32.
3. Pereira CMS. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
4. França GV. Comentários ao Código de Ética Médica. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1994.
5. Gomes O. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
6. Azevedo AV. Proposta de classificação objetiva: pura e impura: algumas hipóteses de responsabilidade civil no Código de Processo Civil. Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo 1994;(44):7-19.
7. Maluf CAD. Do caso fortuito e da força maior: excludentes de culpabilidade. Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo 1994;(44):28-37.
8. Meirelles HL. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
9. Sá FO. Clínica médico-legal da reparação do dano corporal em Direito Civil. Coimbra: Associação

Portuguesa para a Avaliação do Dano Corporal, 1992.

10. Nery N Jr, Nery RMA. Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

Endereço para correspondência:

*Av. Paulista, 1499 - 5º - cj. 512
01311-200 São Paulo-SP*