

ERRO MÉDICO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE DANOS ESTÉTICOS E MORAIS

Juliana Santos Azevedo¹

Maria Luíza Figueiredo Heine²

Júlia Ellen Barros Pereira Montenegro³

Direito



**cadernos de
graduação**

ciências humanas e sociais

ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

RESUMO

O presente artigo propõe-se a analisar de que forma o médico é responsabilizado no âmbito cível quando comete erro no exercício de sua profissão. O trabalho foca nos casos de danos morais e estéticos cometidos pelo profissional mencionado, de forma a explicar também a origem desses tipos de danos dentro da responsabilidade civil e de que forma são cumuladas as indenizações de cada um deles. O exposto foi baseado em pesquisas que buscam a compreensão da abrangência da responsabilidade civil do médico no ordenamento jurídico brasileiro diante a danos morais e estéticos. Além disso, a pesquisa, também, expõe as normas às quais o médico está subordinado no exercício de sua profissão a respeito da responsabilidade civil e discute acerca da recorrência de casos de erro médico no Brasil, com base em jurisprudências atuais.

PALAVRAS-CHAVE

Cumulação. Dano Estético. Dano Moral. Erro Médico. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This article proposes to analyze how the doctors is held liable in the civil field when they make na error in the exercise of their profession. The document focuses on the cases of moral and aesthetic damages committed by the aforementioned professional, in order to explain also the origino f these types of damages within the civil responsibility and in wich form the indemnifications of each of them are accumulated. Based on research that seeks to understand the scope of the civil responsibility of the doctors in the Brazilian legal system in the face of moral and aesthetic damages. In fact, this paper also sets out the norms to wich the doctors is subordinated in the exercise of their profession regarding civil responsibility and discusses the recurrence os cases of medical error in Brazil, based on current jurisprudence.

KEYWORDS

Cumulation. Aesthetic damage. Moral damage. Medical error. Civil Responsibility

1 INTRODUÇÃO

O estudo traz a abordagem referente ao nascimento, evolução e incorporação do instituto legal da responsabilidade civil, a qual foi originada inicialmente na sociedade civilizada romana, até a contemporaneidade, a análise dá enfoque ao tratamento dado pelo atual Código Civil Brasileiro de 2002, aliado a Constituição da República Federativa de 1988 e ao Código de Ética Médica nos casos pertinentes a responsabilização civil médica por danos aos seus pacientes. Explana-se quanto o papel do Conselho Regional de Medicina, no tocante às suas resoluções e advertências passíveis de serem aplicadas em desfavor dos profissionais que violarem as regras atinentes às suas condutas desejáveis no exercício da profissão.

Discorre-se, ainda, no que diz respeito a recorrência e atualidade dos casos de ações judiciais as quais pugnam por indenizações por dano moral e estético, pautadas no Erro Médico, notadamente em ambientes cirúrgicos. Ademais, pretende-se demonstrar e despertar a compreensão acerca da relevância da intervenção do profissional médico junto ao corpo de seu paciente, possibilitando uma reflexão no tocante a amplitude e profundidade da atividade exercida e de como os prejuízos resultantes de equívocos deste labor são resguardados sob o ordenamento jurídico brasileiro na seara civil.

2 HISTÓRICO E ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo “responsabilidade” é derivado de *respondere* e possui suas raízes no conceito de obrigação contratual advindo do Direito Romano (neste, a responsabilidade fazia com que o devedor e o credor estivessem vinculados por um contrato verbal). A

responsabilidade civil se caracteriza como o dever de indenizar o indivíduo que sofrera um dano, logo, surge do descumprimento obrigacional. A violação de uma obrigação se configura como um ilícito civil e este geralmente causa um tipo de dano ou prejuízo para alguém, o que gera um novo dever jurídico: o de reparar o dano (DINIZ, 2015).

A princípio não se considerava a culpa do agente causador do dano como fator determinante para o estabelecimento da responsabilidade civil, bastando para esta apenas a ação ou a omissão do sujeito e o dano causado à vítima. Isso se deve ao fato de os costumes regerem as regras da boa convivência social há muito tempo, o que permitia que os ofendidos reagissem de forma violenta e direta contra o ofensor.

O início da responsabilidade civil se deu em Roma, o que fez com que a retaliação que anteriormente pertencia ao grupo dominante começasse a ser reconhecida e legitimada pelo Poder Público, denominada de vendeta ou vingança privada. Em Roma, vigorava a ideia “olho por olho, dente por dente”, chamada de Lei de Talião, por isso não se considerava a culpa do ofensor, bastando apenas que um indivíduo causasse um prejuízo a outrem para que fosse punido (FIGUEIREDO, 2017).

Torna-se perceptível a responsabilidade civil objetiva presente em Roma, sendo a única levada em consideração. Anteriormente, era comum o Poder Público inerte, intervindo somente para declarar o momento e a forma na qual a vítima teria o direito a retaliação, visando com que o ofensor sofresse um dano idêntico ao que causou ao ofendido (FIGUEIREDO, 2017).

Assim, a responsabilidade chegou ao período sucessor da vingança privada, o período chamado de “composição”, este que estabeleceu vantagens e conveniências para a vítima relacionadas à substituição da violência pela compensação econômica do dano. Desse modo, a sociedade passou a aderir à ideia que afirma que o patrimônio do réu deveria responder por suas dívidas e não sua própria pessoa. Algum tempo depois, o ato do ofendido fazer justiça com as próprias mãos foi proibido (PENAFIEL, 2017).

Os romanos fizeram a distinção entre pena e reparação, conforme surgiu também a diferenciação de delito público para delito privado, pois este se caracterizava como uma ofensa direta a uma pessoa ou aos seus bens e aquele se referia à violação de uma norma jurídica que fosse considerada com extrema relevância social para o Estado. Inicialmente, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal se confundiam, no entanto, foram posteriormente diferenciadas, associando-se a indenização à primeira e a pena à segunda (PENAFIEL, 2017).

O surgimento da Lei Aquilia trouxe consigo o princípio norteador referente à reparação do dano, pois, de acordo com Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 450):

[...] foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens.

Marco fundamental para a consideração da culpa do agente na obrigação de indenizar, a Lei Aquilia originou a responsabilidade extracontratual, na qual a conduta

do réu (causador do dano) é medida de acordo com o grau de culpa. O Estado, então assumiu oficialmente a posição de *ius puniendi*, a qual estabelece a função de punir aqueles que ofenderem a ordem jurídica, surgindo assim a ação de indenização referente à responsabilidade civil do agente (VENOSA, 2017).

Na Idade Moderna, a responsabilidade civil é marcada pela mudança de paradigma sofrida, passando a se concentrar na quebra do equilíbrio patrimonial que era ocasionado pelo dano causado. Dessa forma, o foco da responsabilidade passou da culpa para o dano, como fator principal para indenização. Nota-se nesse período histórico a estabilização da Teoria do Risco, a qual determina que se uma pessoa sofre um dano, o agente que tirou proveito de forma ilícita daquela pessoa deve reparar o que gerou, independentemente da existência de culpa.

A responsabilidade civil só foi expressamente diferenciada da responsabilidade penal com os fundamentos da Revolução Francesa de 1789, em conjunto com o surgimento do Código Civil Francês, que foi promulgado em 1804, o chamado Código de Napoleão. O Brasil adotava as Ordenações do Reino de Portugal como normas reguladoras das relações privadas, o que perdurou até 1916, quando surgiu o primeiro Código Civil brasileiro, elaborado pelo jurista Clóvis Beviláqua (NETO, 2012).

O novo Código Civil aderiu à Teoria Subjetiva da responsabilidade civil, então, exigindo prova concreta da culpa do agente que causou o dano e em certos casos, presumindo essa culpa. O Código Civil, seguindo essa teoria, definia que todo indivíduo que, por meio de ação ou omissão voluntária, imprudência ou negligência, violasse um direito e causasse dano a outro alguém, estaria cometendo um ato ilícito, conforme o artigo 186 do mesmo (NETO, 2012).

O Código impõe a reparação do dano causado por um ato ilícito como necessária, além da obrigação de reparar o dano, independente de culpa do agente nos casos específicos em lei ou nos casos em que a atividade desenvolvida pelo agente implicar algum risco para os direitos de outrem, por sua natureza (NETO, 2012).

3 O DANO MORAL E O DANO ESTÉTICO NA DOUTRINA BRASILEIRA

3.1 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

O dano moral caracteriza-se quando o agente ofende a moral, honra, integridade, privacidade, intimidade ou a imagem ou nome da vítima. Sendo assim, depende do ofendido a procura pela Justiça, conforme se sentir atingido moralmente, podendo exigir indenização por esses danos morais causados. É uma garantia da atual Constituição Federal, especificada nos incisos V e X do seu artigo 5º, sendo a estipulação dos valores pecuniários ideais um assunto complicado no meio jurídico, devido à dificuldade de se encontrar um parâmetro de fixação da compensação em dinheiro (VASCONCELOS, 2016).

A indenização por danos morais é aceita pela maioria dos doutrinadores e operadores do Direito nos dias atuais, inicialmente, quando se reconheceu apenas a possibilidade desse tipo de dano, os juristas o desconsideravam para fins de indenização.

Esse pensamento inicial se deve a ideia de que se o dano não fosse materialmente aferível não teria como ser reparado (VASCONCELOS, 2016).

Todavia, limitar a reparação dos danos causados ao ofendido somente ao âmbito patrimonial não supria as demandas levadas em juízo. Essa espécie de dano, que causa impacto no psicológico do indivíduo, se torna extremamente subjetivo, dificultando assim a sua quantificação (NETO, 2012).

O Código Civil de 2002, juntamente com a Constituição Federal de 1988 trouxe a reparação por dano moral para dentro do ordenamento jurídico brasileiro de forma oficial. O Código foi ainda mais específico, ao trazer em sua redação a possibilidade da indenização por um dano que seja exclusivamente moral, conforme o seguinte trecho do seu artigo 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" (BRASIL, 2002, on-line).

Atualmente se faz inesquecível essa possibilidade de requerer ao Poder Judiciário a reparação de danos exclusivamente morais. O Novo Código Civil ratificou e consolidou a existência da reparação por danos morais, já presente na Constituição Federal Brasileira (NETO, 2012).

O dano estético refere-se a um tipo de dano extrapatrimonial, que há certo tempo era absorvido pela indenização por danos morais, sem se distinguir destes. No entanto, os casos concretos passaram a exigir uma particularização desse tipo de dano. Ainda hoje, apesar de já serem diferenciadas, algumas sentenças geram a absolvição do dano estético pelo dano moral (ESPINOZA, 2015).

Há a necessidade de uma formulação constitucional que compreenda o dano estético como uma terceira espécie de dano. Nesse contexto, a Constituição Federal apresenta em sua redação respectivamente nos artigos 6º e 196 a proteção à saúde como direito fundamental da pessoa humana e, sendo possível considerar o dano à integridade física um dano à saúde, se faz possível o reconhecimento implícito da reparação dos danos estéticos (ESPINOZA, 2015).

3.2 CUMULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS

A III Jornada de Direito Civil, que fora realizada no Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 2004, aprovou o Enunciado 192, sob coordenação do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ari Pargendler, expressando a legalidade da reparação independente do dano estético, assim como, também, prevendo a cumulação da reparação por danos morais e por danos estéticos. Logo o Superior Tribunal de Justiça pacificou as discussões entre os juristas, ao publicar a Súmula 387, que declara lícita a cumulação das indenizações por danos estético e dano moral (OLIVA, 2018).

Segundo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ), cabe a cumulação de indenização dos danos mencionados até que decorrentes do mesmo fato, sendo possível identificar cada um separadamente. Alguns casos serviram como

base para a edição da Súmula 387, como um pedido de indenização, advindo de um acidente de trânsito em transporte coletivo. Um passageiro acabou perdendo uma orelha na colisão e, em consequência disto, foi afastado das atividades profissionais. O STJ entendeu que neste caso estavam presentes dano moral e dano estético, estabelecendo que o passageiro deveria ser indenizado de forma ampla (OLIVA, 2018).

Em outro caso, um empregado sofreu um acidente de trabalho, perdendo por meio deste o antebraço em uma máquina de dobra de tecidos. O advogado da empresa condenada a pagar indenização recorreu, alegando que o dano estético era uma subcategoria do dano moral e afirmando que por isso, seria impossível a cumulação das indenizações que fora estabelecida (OLIVA, 2018).

Não obstante, o STJ já havia se pronunciado a respeito da cumulação de valores autônomos, permitindo que seja fixado um valor a título de dano moral e outro valor a título de dano estético, decorrentes do mesmo fato, quando passíveis de apuração separada com causas inconfundíveis.

Logo, apesar de a violação dos direitos personalíssimos implicar em dano extrapatrimonial, comportando vários subtipos de dano moral como: dano extrapatrimonial (ou dano moral, como gênero), dano da honra (também chamado de dano moral como espécie), dano da imagem, dano da integridade física (ou dano estético), dentre outros, a Corte Superior editou a Súmula 387 em prol da permissão à cumulação das indenizações mencionadas, que seriam, por lógica, a cumulação de um dano moral a honra com um dano à integridade física, logo, cumuladas duas espécies de danos morais (DINIZ, 2017).

4 O CÓDIGO CIVIL E A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Para determinados doutrinadores jurídicos, como por exemplo, Maria Helena Diniz (2017), a responsabilidade dos médicos é contratual, muito embora o Código Civil trate da responsabilidade do médico dentre os atos ilícitos. Conforme seus entendimentos, a atividade médica é contratual, ou seja, se o médico utilizar dos meios técnicos corretos e for experiente, não havendo esclarecimento para a origem de uma determinada e eventual sequela, não haverá obrigação de risco profissional, tendo em vista, o caráter de meio e não de resultado, dos serviços médicos. Será de natureza excepcional a responsabilidade médica devido a delito, pois, nestes casos, haverá um delito penal ou violação de normas regulamentadoras da profissão médica.

Portanto, de acordo com a doutrina bem como, com a jurisprudência do Tribunal do Estado de São Paulo (2018), se não ficar comprovada as espécies de culpa, tais quais: Negligência, Imprudência e Imperícia, não existirá elemento base para a responsabilidade civil, tendo em vista a possibilidade de resultados inesperados ou desconhecidos. Desse modo, consoante normas do Código de Ética Médica (CEM) e o código de defesa do consumidor, dissertadas na mencionada obra de Maria Helena Diniz se o paciente vier a falecer, sem que tenha havido os elementos da culpabilidade citados acima no exercício da medicina, não haverá inadimplemento contratual, visto que, o médico não se responsabilizou pela obrigação de curá-lo e sim de tratá-lo corretamente.

Contudo, conforme dissertações de Diniz (2017) o médico não poderá ultrapassar os limites contratuais, devendo responder de acordo com normas do Conselho Regional de Medicina, da lei de ciência jurídica, de jurisprudências dos tribunais, do código civil e/ou penal, pelos danos que causar nas hipóteses de: se, contrariando pedido do doente ou de seus familiares, não requisitar a presença de especialistas; se chamar como auxiliares pessoas não habilitadas; se praticar aborto fora dos casos permitidos em lei; se receitar substâncias tóxicas ou entorpecentes, satisfazendo a clientes viciados.

Ainda, se agiu negligente ou imprudente no exercício da profissão, cometendo erro profissional ou de técnica, resultando morte, inabilitação para o trabalho ou ferimento, ademais, responderá também pela perda de chance de vida e integridade psicofísica do paciente se por culpa sua as comprometeu, limitando as possibilidades de cura, ainda que a ação culposa do médico não tenha causado diretamente o dano. Ele também se aplica a pessoas que não são habilitadas a exercer a medicina.

Não se poderá considerar erro profissional o que tiver origem de incerteza ou de hesitação da arte médica, também não pode considerar que houve imperícia ou negligência do médico que ao operar o doente, acarretou uma consequência de lesão permanente, devido ao problema que o doente já apresentava. Como por exemplo, o caso da perda de audição, após cirurgia para a retirada de focos de infecção no ouvido (DINIZ, 2017).

Além disso, conforme as explicitações de Diniz (2017), bem como, tribunais dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, é considerado erro médico profissional, o fato de: fazer uma operação não urgente, sem o instrumental necessário; continuar tratamento que causa perturbação anormal no paciente; atar um membro muito forte e durante muito tempo, provocando gangrena e posterior amputação; omitir normas de higiene e assepsia; esquecer corpo estranho no organismo do doente; manter, sem necessidade, o paciente em tratamento radiológico, causando lesões; fazer cirurgia plástica sem verificar a natureza da pele, a proporção do risco da operação e as normas da profissão.

Também, seccionar nervo facial da criança ao proceder a uma operação cesariana; receitar medicamento sem verificar a idiosincrasia do paciente para com aquele, provocando choque anafilático e a morte, como por exemplo, aplicar soro antitetânico a pessoa cardíaca; enganar-se na dosagem do medicamento; não prescrever ao doente regime dietético apropriado; perfurar intestino na retirada de pólipos; provocar lesão no nervo periférico, causando perda total dos movimentos do pé direito, ao retirar cisto na perna; realizar parto prematuramente, ocasionando sequelas no recém-nascido; causar graves sequelas provocadas, durante parto cesariana, por erro médico, causando perda de uma chance à criança.

Segundo elucida Maria Helena Diniz (2017), a associação "SOS Erros Médicos", vem iniciando processos no Conselho Regional de Medicina (CRM), dando os seguintes conselhos: todos devem exigir dos médicos que assinem e coloquem o seu número do Conselho Regional de Medicina (CRM) nas receitas, pois, com a assinatura e o número é mais fácil recorrer à justiça, se necessário; todo paciente internado deve pedir laudo médico, conforme o artigo 86 do Código de Ética Médica.

Exige-se que o médico faça o exame clínico de acordo com as normas liberadas em sua profissão, com a observação de todos os requisitos. Pois, o erro de diagnóstico grosseiro, levará o médico a responder por isso, devendo o médico agir com prudência e reflexão ao diagnosticar o paciente. Por exemplo, um médico que ao tomar ciência de uma mulher grávida como portadora de fibroma operá-la e levá-la a morte (DINIZ, 2017).

Outrossim, a responsabilidade solidária do cirurgião e do anestesista pode existir, em entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal de Justiça, onde o cirurgião-chefe da equipe respondeu por queimadura causada pelo acionamento acidental de bisturi elétrico usado durante a cirurgia. Valendo-se ressaltar que se entende que a responsabilidade do veterinário também se rege pelos mesmos princípios de responsabilidade e deveres primordiais de um médico para como seu paciente (BRASIL, 2018).

A doutrina conclui, em conformidade com a Teoria da Ciência jurídica, o código de defesa do consumidor, o Código Civil e o Conselho de Ética Médica que ao atender um chamado, prontamente já se firma um contrato com a pessoa que o solicitou, seja esta, o doente ou outro em seu chamado. Este contrato apresenta uma obrigação de meio e não de resultado não englobando o dever de curar o paciente, mas sim, de prestar-lhe cuidados honestos e responsáveis, de acordo com as evoluções da medicina e aos consentimentos antecipados e esclarecidos (BRASIL, 2018).

A jurisprudência nacional, já se pacificou acerca dos casos e que se supõe a obrigação de resultado, baseadas no princípio da incolumidade, ou seja, situações em que o indivíduo ao contratar com um médico, deve estar seguro e protegido contra danos e lesões, quando estiver em estado incólume, isto é, sem lesão ou ferimento, livre de dano ou perigo. Tais quais são: cirurgia plástica estética e contrato de hospitalização, em que o médico possui o dever de salvaguardar o enfermo de acidentes, nestes casos, a responsabilidade será objetiva e não subjetiva, consoante também o que se interpreta pela dissertação discorrida no código civil e ao código do consumidor (BRASIL, 2018).

Onde discorrem acerca da obrigação de reparo do dano causado a outrem, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor, neste caso, a atividade exercida pelo cirurgião plástico, implicar por sua natureza, risco para os direitos de outrem ou pela prestação de informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua utilização e riscos, tornando-se o indivíduo vítima do evento (COUTINHO, 2018).

Os juízes e tribunais não poderão examinar nos pleitos que se travarem, o acerto de uma terapêutica, ou a oportunidade de uma intervenção cirúrgica, por serem questões de ordem técnica. Devendo avaliar as provas constantes nos autos, contestando se houve ou não culpa do profissional da saúde por erro médico. É de importância ressaltar que o médico que cometer falta grave prevista no código de Ética Médica, onde a continuidade da sua atividade profissional médica significar risco de dano irreparável ao paciente ou à sociedade poderá ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico. De acordo com o código civil no seu artigo 951 e o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 14 no parágrafo 4º (COUTINHO, 2018).

Consoante o Código Civil em seu artigo 6º e o Conselho de Ética Médica em seu artigo 1º é o médico quem deverá provar que não houve falta do cumprimento da sua

obrigação profissional de forma culposa, ou seja, demonstrando que o dano não se originou de imperícia, negligência ou imperícia, logo, não há presunção de culpa para haver condenação do médico. A comprovação poderá ser feita por testemunhas, caso não haja fato técnico a ser esclarecido, sendo necessário que exista liame nexos de causalidade entre o dano e a falta do médico que originou a responsabilidade (VASCONCELOS, 2018).

Desdobra-se a responsabilidade civil somente de prova de culpa, sendo esta, uma espécie particular de culpa. Por conseguinte, em decisão já firmada por tribunais do país, como é o caso do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, se não existem provas acerca da culpabilidade e nem do erro grosseiro, afasta-se a responsabilidade do médico, tendo em vista, a capacidade que lhes foi atribuída e presumida pelo diploma após as provas regulamentadas (BRASIL, 2018).

O médico responderá de forma extracontratual, conforme normas do conselho de ética médica, nos casos em que: fornecer atestado falso; consentir, podendo impedir, que pessoa não habilitada exerça a medicina; permitir a circulação de obra por ele escrita com erros de revisão relativos à dosagem de medicamentos, o que vem a ocasionar acidentes ou mortes, tendo em vista, o seu dever de zelar pela veracidade, clareza e imparcialidade das informações nela apresentadas, quando for ele o autor da publicação, não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhora nas condições em que o cliente está sendo tratado; operar sem estar habilitado para isto e quando utilizar-se de tratamento cientificamente condenado, causando deformação no paciente (ESPINOZA, 2018).

Entendem a doutrina e o Código de Ética Médica que no contrato médico contém implícitos determinados deveres, sendo estes: o dever de dar esclarecimentos, informações e conselhos ao seu cliente, portanto, responderá o médico por violação do dever de aconselhar se não instruir seu cliente a respeito do diagnóstico, ao prognóstico, aos riscos, aos objetivos do tratamento, às pesquisas e as precauções exigidas pelo seu estado. Como exemplifica Diniz (2017): Se o médico não aconselha a hospitalização de um doente, quando não se poderia tratá-lo convenientemente em sua residência, bem como, se não advertiu aos familiares do doente quanto aos riscos das intervenções cirúrgicas ou dos tratamentos a que ele deverá ser submetido.

Outro dever implícito nos contratos médicos é o dever de cuidar do enfermo com zelo, diligência e utilizando-se de todos os recursos da medicina. Devendo ser responsabilizado quando não der assistência ao seu cliente ou se negligenciar as visitas, abandonando-o, pois, é imprescindível que, ainda que se pressuponha que o médico é livre para recusar alguém que o chamou, não poderá desatender a um chamado de cliente seu quando em condições de fazê-lo (DINIZ, 2017).

Além do caso de escolha, a substituição de sua pessoa por outra, só poderá ser feitas nos casos em que: a sua escolha não foi feita de forma personalíssima (onde os contratos baseiam-se na confiança que se tem no contratado e onde só ele pode exercer a atividade obrigacional); demonstrar que lhe era, de fato, impossível ocupar-se do doente, ante a ocorrência de fatos que prejudiquem o desempenho profissional ou o bom relacionamento com o paciente, desde que a renúncia seja comunicada ao atendimento ao paciente ou a seu representante legal.

Ainda, observar que o enfermo ou sua família não seguem suas recomendações; pretenderem impor-lhe ajudante ou enfermeira cuja habilidade ou competência desconheça ou que critiquem seu modo de agir; não lhe derem a devida consideração; quando for consultado outro médico, colocando-o em situação falsa ou vexatória perante o colega, não podendo, todavia, não poderá objetar-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal; quando devido motivo justo tiver de abandonar paciente portador de moléstia crônica ou incurável, desde que informe o fato ao paciente ou familiar (VENOSA, 2017).

Conforme a normatização do Conselho de Ética Médica, sendo vedado ao médico, o afastamento de sua atividade profissional, ainda que temporariamente, sem que deixe outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave, considerando abandono, também, nos casos em que na substituição o médico assistente atuar de forma negligente, de forma a transferir o paciente doente que necessite de cuidados especiais para algum médico de pouca prática ou menos hábil, o médico assistente responderá pela escolha negativa que fez. Este não deverá forçar um cliente ao tratamento sem que antes obtenha o consentimento dele para aplicá-lo, nos casos em que se trate de procedimento cirúrgico, esta necessidade será mais rígida, com exceção dos casos em que não se tem tempo para obtê-la (ESPINOZA, 2018).

Por fim, no que concerne aos deveres implícitos do médico referentes ao Conselho de Ética Médica, conforme Diniz (2017) o médico não terá o direito de tentar pesquisar experiências médicas sobre o corpo humano, com exceção dos casos em que sejam indispensáveis para confrontar o mal que ocasione perigo de vida ao paciente, conforme o respeito a normas éticas nacionais e proteção a vulnerabilidade do sujeito da pesquisa. Não sendo esta, considerada uma regra absoluta, pois, o médico não pode ser reprimido a ousar novos métodos científicos, pois, além de salvar vidas, deve também arriscar.

Ressalvas existem quanto a anuência prévia do paciente, pois, em certos casos, o médico não poderá exigir a sua autorização, estes casos são: quando o paciente for menor ou doente mental, pois, nestes casos a autorização será dada pelos responsáveis; a operação ou tratamento seja em consequência de emergência em que se encontra o paciente, entretanto, deve o médico procurar obter o consentimento dos parentes (DINIZ, 2017).

5 RECORRÊNCIA NA ATUALIDADE E JURISPRUDÊNCIAS NO BRASIL

As tecnologias e suas inovações trouxeram inéditas técnicas para diversas atividades praticadas pelo homem, tais avanços alcançaram a atividade da medicina, esta faz-se presente principalmente nas cirurgias plásticas. As novidades são diversas e rápidas e os que procuram essas cirurgias querem a garantia da beleza e resultado imediato e que este seja atingido com rapidez e eficiência. O problema ocorre quando esse objetivo não é atingido, fazendo surgir ações judiciais indenizadoras, onde os autores pretendem responsabilizar as instituições e os médicos, por não ter atingido o prometido ou ido além de maneira a gerar danos ao paciente, além do que foi compactuado (FIGUEIREDO, 2018).

É pacífico, partindo do âmbito da cirurgia plástica para fins estéticos, o entendimento de que trata-se de uma obrigação de resultado, isto é, o médico é totalmente responsável, caso ocorra uma inadimplência ou um erro em sua execução, devendo apenas, provar o nexo de causalidade e o dano a vítima, sem a necessidade de comprovação de que o profissional agiu com imprudência, negligência ou imperícia. Nesse caso, a culpa do médico será presumida, responsabilidade objetiva. (COUTINHO, 2012).

Já a intervenção cirúrgica para fins reparador ou corretivo é uma obrigação de meio, em outras palavras, o médico não promete que o resultado de seu procedimento vai agradar o cliente, apenas se comprometendo em agir com toda a cautela, zelo e atenção possível, utilizando-se de seu conhecimento científico e das tecnologias que estiverem ao seu alcance para atingir o melhor resultado. Desta forma, para que a ação indenizatória seja levantada pela vítima, far-se-á necessário provar a culpa do profissional, via responsabilidade subjetiva (COUTINHO, 2012).

De acordo com Renato Assis, especialista em Direito da Saúde, o percentual de médicos processados nos EUA gira em torno de 9%. No Brasil, já temos cerca de 7% de médicos processados (ALVIM, 2018).

Além disso, consoante Alvim (2018), Marcio Guerrero, presidente da comissão de Responsabilidade Civil Geral da Federação Nacional de Seguros (FENSEG), explica que, na prática, um médico recém-formado nos EUA só passa a atender se tiver uma apólice, pois, eles sabem que podem ter um problema severo, já que as indenizações por lá são altas e rápidas. Enquanto no Brasil, a cultura do seguro não é muito clara, ele não é visto como um investimento. Entretanto, o mercado de seguros de Responsabilidade Civil está em expansão, já que o país que tem 452 mil médicos e as acusações referentes a erro médico somaram 70 novas ações por dia no país, ou três por hora, em 2017.

Conforme o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram pelo menos 26 mil processos sobre o assunto no ano de 2017 no STJ, e os novos casos referentes a erro médico passaram de 466 em 2015 para 589 em 2016 e 542 em 2017. No Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), o maior tribunal do país, os números passaram de 5,6 mil em 2015 a 2,9 mil em 2016 e, finalmente, 4,6 mil em 2017. Estes tipos de seguros médicos protegem primeiro a reputação e depois o patrimônio do médico, com o custeio da defesa jurídica. Não obstante, assume os trâmites posteriores ao incidente (ALVIM, 2018).

Segundo Fernando Polastro, um dos representantes da Associação Brasileira de Apoio às Vítimas de Erro Médico (ABRAVEM), que formou a associação com amigos após casos de erro médico na família, o intuito é de que as condenações levem a uma melhoria como um todo no sistema de saúde, principalmente no público. Pois, ocorre diariamente a multiplicação de casos, mas não ocorrem punições na mesma medida. Ele ressalta que dificilmente os brasileiros acionam contra um médico na Justiça comum, pois, em 90% dos casos, a acusação é contra entidades como clínicas e planos de saúde (ALVIM, 2018).

O médico Renato Camargos Couto, professor da Faculdade de Ciências Médicas de Minas Gerais (FELJUMA) em integração com outros pesquisadores, publicou neste ano a segunda edição de um anuário sobre o tema da segurança do paciente, na procura por informações e conclusões voltados à segurança do paciente, ele acredita

que se deve intensificar medidas de melhorias estruturais e não pela atribuição de culpa aos profissionais em particular. Analisando o histórico de pouco mais de 445 mil pacientes em 13 Estados brasileiros, o grupo concluiu que, em relação às complicações graves associadas ao tratamento hospitalar, 30% a 36% poderiam ter sido prevenidos com a melhoria na assistência em saúde, logo, óbitos poderiam ter sido relevantemente evitados (ALVIM, 2018).

Nestes casos graves, também foi observado que os mais vulneráveis eram aqueles nos “extremos de idade”: recém-nascidos prematuros e idosos com mais de 65 anos. Os pacientes sofreram, por exemplo, infecções ou hemorragias após o uso de acessórios como cateter, sondas e ventilação mecânica (ALVIM, 2018).

Em 2017, a Terceira Turma da corte do STJ, decidiu afastar a culpa de um ortopedista que havia sido condenado no Mato Grosso do Sul por supostamente ter falhado no acompanhamento após uma cirurgia de retirada de um tumor benigno no joelho do paciente onde este depois se tornou maligno. No entendimento da instância inferior, o médico havia privado a paciente de um diagnóstico mais eficaz. Todavia, os ministros do STJ destacaram que a perícia mostrou ter ocorrido uma evolução não esperada e rara da doença, eximindo a culpa do ortopedista (ALVIM, 2018).

Por outro lado, no ano seguinte, a mesma turma confirmou a condenação de um médico que realizou uma vasectomia em um homem de 20 anos que, na verdade, tinha contratado uma operação de fimose. O erro foi constatado durante a operação, quando o canal esquerdo que desemboca na uretra já havia sido rompido. Os autos do caso mostram que o paciente chegou a ver seu noivado rompido, diante da incerteza sobre a possibilidade de ter filhos. No entendimento dos magistrados, houve negligência do profissional (ALVIM, 2018).

Além da Justiça, as acusações de irregularidades podem ser avaliadas também na esfera administrativa, como nos conselhos regionais e federal de Medicina. De janeiro de 2014 a junho de 2018, o Conselho Federal de Medicina (CFM), que só avalia ações em caso de recursos, julgou 714 ações com acusações de erro médico. Em 2017, foram 148 casos avaliados – 22, levando à absolvição e 99 a algum tipo de punição, como: advertência confidencial, censura confidencial, censura pública, suspensão e cassação (ALVIM, 2018).

Portanto, é de suma relevância a evidenciação de decisões jurídicas acerca da procedência em pedidos de responsabilização civil por erro médico configurado no Brasil, ao passo que se compreende a análise realizada pelos magistrados para perceber a procedência dos requisitos de admissibilidade para a responsabilização objetiva do Estado bem como a subjetiva por erro médico. Duas recentes decisões unânimes da suprema corte judicial do Brasil observaram-se os fatos abaixo descritos:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. SUFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO PELA CONFIGURAÇÃO DE ERRO MÉDICO. ESQUECIMENTO DE COMPRESSA CIRÚRGICA. FALECIMENTO DO PACIENTE.

DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA VIÚVA. REVER O JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA QUE DEMANDA O REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. APRECIÇÃO DE PROVAS PELO MAGISTRADO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO. (STJ, 2018)

Decidiu-se por unanimidade em negar provimento ao recurso interposto por Vision Med. Assistência Médica Ltda., o qual contrapôs que deveria ser afastada sua responsabilidade, ao passo que o entendimento não valorou corretamente o conjunto de provas produzidas nos autos ao julgar procedente o pedido autoral para condenar as rés ao pagamento de indenização por danos morais, no entanto, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, entendeu-se que a parte recorrente não trouxe nenhuma argumentação capaz de modificar a conclusão da decisão agravada, a qual deve ser mantida.

Assim sendo, ficou clara a falha na prestação do serviço, caracterizada pelo esquecimento de compressa cirúrgica na região do tórax do marido da agravada, concluindo, assim, pelo dever de indenizar da agravante, permanecendo os motivos pelos quais concluiu-se pela responsabilidade civil da agravante caracterizada pelo erro médico (STJ, 2018, on-line):

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. FALECIMENTO DE RECÉM-NASCIDO. 1. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO CONFIGURADA. 2. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. FALTA DE LEGITIMIDADE RECURSAL DO CORRÉU PARA SE INSURGIR CONTRA A EXCLUSÃO DE UM DOS LITISCONSORTES DO POLO PASSIVO DA DEMANDA. PRECEDENTE. 3. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL E JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. 4. ALTERAÇÃO DO POLO ATIVO DA DEMANDA. POSSIBILIDADE, ANTEASPECULIARIDADES DO CASO. 5. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DOS MÉDICOS E OS DANOS CAUSADOS À SAÚDE DO MENOR. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. 5.1. PROVA PERICIAL. NÃO VINCULAÇÃO DO JULGADOR. 6. REDUÇÃO DO VALOR DA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. 7. RECURSO ESPECIAL DO PRIMEIRO RECORRENTE CONHECIDO E PROVIDO, E CONHECIDO E DESPROVIDO O DO SEGUNDO INSURGENTE.

Trata-se de dois recursos especiais interpostos, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No caso em exame, Jeferson Silva Salcedo e sua esposa, Daiane Martins da Rosa,

ingressaram com ação de indenização por danos materiais e morais em desfavor de Fundação Universidade de Caxias do Sul – Hospital Geral, José Roberto Festugatto, o primeiro recorrente e Daniel de Vasconcelos o segundo recorrente, em decorrência de erro médico relacionado aos atendimentos que precederam a realização do parto do filho dos autores, que veio a óbito. Em primeiro grau, o pedido foi julgado procedente, tornando definitiva a liminar que determinou a apreensão dos documentos, bem como, para condenar os dois primeiros réus, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) (BELLIZZI, 2018, on-line).

Todavia, foi julgado improcedente o pedido formulado em desfavor de Daniel de Vasconcelos, ora recorrente, pois o magistrado considerou que este, na condição de médico residente, não poderia ser responsabilizado pelo evento danoso. Em consequência, foram os requerentes condenados ao pagamento das despesas processuais e honorários sucumbenciais fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), contra essa decisão sobrevieram recursos de apelação por parte do Hospital Geral de Caxias do Sul, pleiteando a reforma total da sentença, e de José Roberto Festugatto, no qual, entre outros pedidos, requereu a reforma da sentença para também incluir na condenação, de forma solidária, o corréu Daniel de Vasconcelos (BELLIZZI, 2018, on-line).

Os autores, por sua vez, recorreram de forma adesiva, pugnano pela majoração do valor da indenização. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento ao apelo do hospital e deu parcial provimento aos recursos interpostos por José Roberto e pelos autores, sendo que, ao do corréu para condenar, solidariamente, o médico residente, Daniel de Vasconcelos, ao pagamento da reparação por danos morais; e ao dos autores, para majorar o valor da indenização para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (BELLIZZI, 2018, on-line).

A corte suprema manteve o valor fixado para a indenização aos autores e dando provimento, todavia, apenas ao apelo do corréu, Daniel de Vasconcelos, a fim de restabelecer os termos da sentença que julgou improcedente o pedido autoral em seu desfavor, inclusive, no que se refere à distribuição dos ônus sucumbenciais, observando-se, porém, o fato de que os autores são beneficiários da justiça gratuita (STJ, 2018, on-line).

6 CONCLUSÃO

É de extrema importância o entendimento da responsabilidade civil por erro médico, envolvendo a cumulação de danos morais e danos estéticos, visto que atualmente os procedimentos estéticos (cirurgias estéticas) têm aumentado quantitativamente, sendo necessário filtrar a área médica quanto ao comprometimento profissional a despeito de sua profissão.

Ademais, visto que esse tipo de caso vem ocorrendo cada vez mais no Brasil, sua compreensão se torna indispensável no ordenamento jurídico, já tendo sido tema de súmulas do STJ. Assim, faz-se imprescindível o entendimento da complexidade e a reflexão do tema tanto para os bacharéis em Direito quanto para os estu-

dantes universitários dessa área, visando possíveis disposições legais que abranjam ainda mais essa questão no futuro.

Desse modo, conclui-se que podemos compreender e esclarecer de qual forma a responsabilidade civil do médico vem sendo interpretada juridicamente para a sua aplicação em julgamentos nos casos concretos. Portanto, entende-se que a responsabilidade civil decorrente de erro médico deve ser analisada de forma objetiva perante os hospitais e redes públicas de atendimento à saúde, cabendo ação regressiva para que o médico causador das lesões vivenciadas venha a ressarcir o Estado.

Em complemento, observa-se, também, a necessidade de um julgamento justo e minucioso por parte da perícia responsável para averiguar os determinados casos, ao passo que é dela que os magistrados obtêm certos laudos que venham a comprovar o nexo de causalidade entre o dano e a conduta médica. No mais, a pesquisa nos permite assimilar a originalidade da responsabilização civil em sua natureza bem como adstrita ao dano moral e estético, trazendo esta abordagem para uma abrangência atual e frequente no país.

REFERÊNCIAS

ALVIM, M. **Com 3 ações de erro médico por hora, Brasil vê crescer polêmico mercado de seguros.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492337>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 9 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo interno no agravo em recurso especial 2018/0192109-6.** Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJ: 22/10/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ERRO+MEDICO&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 9 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 2012/0121455-4.** Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze DJ: 17/09/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ERRO+MEDICO&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9>. Acesso em: 9 de nov. 2018.

COUTINHO, C. **A responsabilidade do cirurgião plástico no sistema jurisdicional brasileiro.** Disponível em: <http://www.abarriguda.org.br/revista/index.php/revistaabarrigudaarepb/article/view/42/48>. Acesso em: 20 out. 2018.

DANO MORAL – origem e definição. **WEB COLEGIO.** Disponível em: <https://www.colegioweb.com.br/curiosidades/dano-moral-origem-e-definicao.html>. Acesso em: 21 ago. 2018.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. Vol. 7. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESPINOZA, M. A. Dano estético e suas particularidades. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 143, dez 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16626&revista_caderno=7. Acesso em: 21 ago. 2018.

FIGUEIREDO, H. Evolução e histórico da responsabilidade civil. **Jus Navigandi**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62360/evolucao-e-historico-da-responsabilidade-civil>. Acesso em: 21 ago. 2018.

MORAES, Alexandre de (org.). Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NETO, J. C. Evolução histórica do dano moral: uma revisão bibliográfica. **JurisWay**. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7053. Acesso em: 21 agosto 2018.

OLIVA, B. K. Dano estético: Autonomia e cumulação na responsabilidade civil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 70, nov. 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=%20revista_%20artigos_leitura&artigo_id=6920. Acesso em: 21 ago. 2018.

PENAFIEL, F. Evolução Histórica e pressupostos da responsabilidade civil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2013. XVI, n. 111. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110. Acesso em: 21 ago. 2018.

VASCONCELOS, P. D. Dano moral: conceito e evolução histórica. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 14 maio 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dano-moral-conceito-e-evolucao-historica,55906.html>. Acesso em: 21 ago. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. Vol. 2. 17. ed. São Paulo: Alas Ltda, 2017.

Data do recebimento: 15 de novembro de 2020

Data da avaliação: 21 de janeiro de 2021

Data de aceite: 21 de janeiro de 2021

1 Acadêmica do Curso de Direito, Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: zevedoj16@gmail.com

2 Doutora em Educação e Contemporaneidade pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB.
E-mail: marialuizaheine3@gmail.com

3 Acadêmica do Curso de Direito, Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: ju.barros3@hotmail.com