

**UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**JÉSSICA OLIVEIRA PONTES**

**ERROS MÉDICOS: ASPECTOS JURÍDICOS**

**TAUBATÉ - SP  
2021**

**JÉSSICA OLIVEIRA PONTES**

**ERROS MÉDICOS: ASPECTOS JURÍDICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador:  
Prof. Me. Avelino Alves Barbosa Júnior

**TAUBATÉ - SP**

**2021**

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI**  
**Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi**  
**Universidade de Taubaté - UNITAU**

P814e Pontes, Jéssica Oliveira  
Erros médicos : aspectos jurídicos / Jéssica Oliveira Pontes. -- 2021.  
62f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento  
de Ciências Jurídicas, 2021.  
Orientação: Prof. Me. Avelino Alves Barbosa Júnior, Departamento  
de Ciências Jurídicas.

1. Erro médico. 2. Saúde. 3. Medicina. 4. Coronavírus. 5. Direitos  
humanos. I. Universidade de Taubaté. Departamento de Ciências  
Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.

CDU - 340.68

**JÉSSICA OLIVEIRA PONTES**

**ERROS MÉDICOS: ASPECTOS JURÍDICOS**

Trabalho de Graduação em Direito, apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para colação de grau e obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador:  
Prof. Me. Avelino Alves Barbosa Júnior

Trabalho de Graduação defendido e aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_ pelo  
Comissão Julgador:

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Me. \_\_\_\_\_ Universidade de Taubaté

Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. \_\_\_\_\_

Assinatura \_\_\_\_\_

Dedico este trabalho primeiramente à Deus e aos meus pais, pois é graças aos seus esforços que hoje posso concluir o meu curso.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar sempre à Deus, que me deu forças, sempre ajudando a enfrentar todos os desafios encontrados durante a graduação, fazendo com que meus objetivos fossem alcançados.

À toda minha família, incluindo meu namorado, que apoiaram e incentivaram a continuar e persistir, me ajudando a levantar sempre que pensei em desistir.

Ao meu orientador Dr. Avelino Alves Barbosa Júnior pela paciência e empenho à elaboração deste trabalho.

E todos amigos e colegas que fiz durante o curso, e aos que permaneceram desde a época de escola, certamente tiveram influências positivas na minha formação acadêmica.

Gratidão a todos!

**“Não fui eu que ordenei a você? Seja forte e corajoso! Não se apavore nem desanime, pois o Senhor, o seu Deus, estará com você por onde você andar”.**

**Josué 1:90**

## RESUMO

Este estudo tem como principal objetivo evidenciar como um erro médico pode ser fatal e, qual a consequência de determinado ato na esfera jurídica, conforme previsão legal e seus reflexos. Por essa razão, a minúcia do tema e dos tópicos envolvidos tornam-se cruciais. Analisam-se os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre os erros cometidos por quaisquer profissionais de saúde, além de diferenciar os diferentes tipos de erros. Negligência, imprudência ou imperícia? Lesão leve, grave ou fatal? A importância do ônus da prova, e a dificuldade de provas a inocência do paciente. A responsabilidade médica nas esferas civis, criminais, administrativas e éticas, apresentando os julgados do Conselho Regional e Federal de Medicina. A falta de organização governamental frente à estrutura hospitalar e dos devidos treinamentos que deveriam ser feitos nos profissionais, destacando-se o caos da pandemia do coronavírus (covid-19). Da mencionada pesquisa é possível destacar o direito fundamental, previsto na Constituição Federal, que assegura a todos o direito e acessibilidade à saúde. A saúde torna-se um saber social, a ser inserido em políticas governamentais para elevar a qualidade de vida da população, conforme conhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, como direito inalienável de toda e qualquer pessoa, com objetivo de assegurar as condições de bem-estar e psíquico de toda a humanidade. Portanto, verifica-se a importância da atuação judiciária para assegurar e punir, tanto o paciente que tende a obter vantagem, quanto o profissional que age com dolo ou culpa.

**Palavras-chave:** Saúde. Erros. Medicina. Coronavírus. Direitos Humanos.

## **ABSTRACT**

This study has as its main objective to show how a medical error can be fatal and what the consequences of a certain act are in the legal sphere, according to the legal provision and its consequences. For this reason, the thoroughness of the theme and the topics involved become crucial. The doctrinal and jurisprudential understandings about the errors committed by any health professional are analyzed, in addition to differentiating the different types of errors. Negligence, imprudence, or incompetence? Mild, serious or fatal injury? The importance of the burden of proof, and the difficulty of proving the innocence of the patient. Medical responsibility in the civil, criminal, administrative and ethical spheres, presenting the judgments of the regional and Federal Council of Medicine. The lack of governmental organization facing the hospital structure and the due training that should be given to the professionals, highlighting the chaos of the coronavirus pandemic (covid-19). From the mentioned research it is possible to highlight the fundamental right, foreseen in the Federal Constitution, which assures everyone the right and accessibility to health. Health becomes a social knowledge, to be inserted in governmental policies to raise the quality of life of the population, as known by the Universal Declaration of Human Rights, as an inalienable right of each and every person, with the objective of assuring the well-being and psychic conditions of all mankind. Therefore, it is verified the importance of judicial action to ensure and punish, both the patient who tends to obtain advantage, and the professional who acts with malice or fault.

**Keywords:** Health. Errors. Medicine. Coronavirus. Human Rights.

## SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	11
2.	ATO MÉDICO.....	14
3.	ATO LESIVO.....	17
4.	ERROS MÉDICOS.....	19
4.1	Erros Médicos em Tempo de Pandemia (COVID-19) .....	21
4.2	Falta de Organização Governamental Frente à Pandemia .....	24
5.	ESPÉCIES DE ERROS.....	27
5.1	Negligência.....	28
5.2	Imprudência.....	29
5.3	Imperícia.....	29
6.	CONDENAÇÃO.....	31
6.1	Responsabilidade Civil.....	31
6.1.1	Responsabilidade Objetiva e Subjetiva .....	36
6.2	Responsabilidade Criminal .....	37
6.3	Administrativa e Ética.....	42
6.4	Inversão do Ônus da Prova .....	45
6.5	Princípio da Interpretação do Magistrado .....	47
7.	JULGADOS.....	49
7.1	Conselho Federal de Medicina .....	52
7.2	Conselho Regional de Medicina .....	54
8.	ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL SOBRE ERRO MÉDICO.....	56
9.	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	58
10.	REFERÊNCIAS TEÓRICAS.....	60

## 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa pretende analisar o conceito de erros médicos e quais são as repercussões que geram no âmbito jurídico.

Com a evolução da sociedade o homem passou a assimilar técnicas de tratamento e diagnosticar doenças, a humanidade passou a ver os médicos como Deuses, cuja maior responsabilidade seria eliminar os males que afligem a saúde.

Há uma estimativa que hoje, no Brasil, tramitam cerca de dez mil processos nos tribunais referentes a médicos que agem com falta de ética e profissionalismo na prática da medicina. Contudo, a imensa responsabilidade que norteia o âmbito da medicina traz repercussões penais, civis e administrativas, circunstâncias de atos falhos cometidos pelos profissionais de saúde, que geram consequências danosas a seus pacientes.

O médico atua direto sobre um corpo, ou parte dele e a psicologia humana, devendo estar plenamente ciente das responsabilidades éticos/morais e legais para o exercício de sua profissão, objetivando ao máximo os efeitos nocivos possíveis nesta área.

Todo e qualquer ser humano é suscetível a cometer falhas e erros durante a execução de suas funções cotidianas. De certa forma é normal, apesar de não poder ser normalizado, e intrínseco à condição humana. Toda via, em algumas áreas de atuação, esses erros podem ser graves e gerar prejuízos de forma significativa.

A alçada médica, por exemplo, é uma em que as falhas podem ser fatais. Afinal de contas, os profissionais desta área lidam diretamente com questões concernentes à vida dos pacientes, podendo ocasionar danos severos a eles. Por essa razão, as responsabilidades desses funcionários devem ser dobradas, bem como os erros punidos com maior rigor.

Em nosso cotidiano, há frequentes casos de omissão por parte dos profissionais da área, tais como erros, cirurgias irrelevantes ou inconveniente, tratamentos despropositado, extrações e transplantes imperfeitos, prescrição e colocação de equipamentos inadequados, entre outros.

A responsabilidade médica tem seus fundamentos na moral e na legislação. O discernimento que o homem possui possibilitando a distinguir bem e mal, e suas

percepção de conduta, como a fidelidade, honestidade, empatia, a justiça, é o que estabelece a consciência moral.

O erro médico provém de uma conduta profissional inadequada, podendo ocasionar dano a vida ou agravo a saúde de outrem, por ação ou omissão. Tais acontecimentos vem sendo cada vez mais comum, e o respeito e consideração pelas vítimas estão sendo ignorados. A grande maioria dos médicos responsáveis não mostram interesse em ajudar, e não assumem o erro.

O ato médico, para fins efetivos, deve ser livre de qualquer omissão que possa ser qualificada como inércia, indiferença, passividade, descaso ou abandono do paciente.

Quando evidenciados, existem causas que eximem a responsabilidade do médico, devendo ser analisadas sob o Princípio da Interpretação do Magistrado: iatrogenia, estado de necessidade, obediência devida, cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito, erro e ignorância, caso fortuito e força maior, culpa do enfermo e culpa concorrente.

Inúmeros fatores podem levar à configuração do ato lesivo.

O referido estudo será feito através de análises no ordenamento jurídico brasileiro, a respeito da responsabilidade administrativa e ética do médico, que age com negligência, imprudência ou imperícia, colocando a vida de seus pacientes em situações de risco.

Face a esses aspectos, a pesquisa aborda, em termos de erros médicos, determinados conceitos que norteiam o entendimento do ordenamento jurídico, no que tange a responsabilidade dos médicos, por eventuais danos causados aos pacientes.

Ao paciente, que se julgar lesado pelo serviço médico que lhe foi prestado, cabe ônus de comprovar o dano que foi causado. Ao médico, caberá, no que tange fazer a prova nos autos. Alguns doutrinadores informam que a perícia médica deve ser feita por colegas de profissão, comprometendo o Princípio da Imparcialidade. Segundo a Mestra em direito, Consuelo Taques Ferreira Salamanca, a prova desta culpa é difícilíssima, tendo em vista a união da classe médica para defesa de seus interesses.

Diante dos mecanismos que são utilizados no judiciário, trataremos neste presente trabalho, formas de responsabilização do profissional, fundamentado na doutrina e jurisprudência, que viabiliza o escoramento legal da reparação do dano, a lesão da indenização juridicamente tutelada.

Pretendendo encontrar uma solução para o problema, o presente trabalho é realizado de forma dedutiva, para entender os motivos desse aumento e quando o médico deve ser penalizado.

## 2. ATO MÉDICO

O ato médico foi o nome dado ao projeto de lei do Senado nº268/2002 e ao projeto de lei 7703/2006, tramitados de forma conjunta. Na qual buscaram regularizar o trabalho do profissional.

Trata-se de um conjunto de atividades privativas dos funcionários da área da saúde, tais como os diagnósticos, tratamentos, prevenção de agravos ao paciente, perícia e direção de equipes médicas. Em diversos países há legislações sobre as competências dos profissionais envolvidos nesta área de atuação.

O ato médico possui conceito junto a uma lei federal, a ratificação da Lei 12.842 de 2013, dispõe sobre o exercício da medicina, reflete em um importante avanço no legislativo.

Art. 1º O exercício da Medicina é regido pelas disposições desta Lei.

Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.

O motivo de ser uma lei federal, apesar de já existir um Conselho que norteia a profissão, disponibiliza garantias jurídicas às nossas condutas, além de articular as ações de saúde entre todas as profissões.

A lei dispõe que o médico deve propiciar a saúde e derrotar as doenças, disponibilizando de forma coerente o tratamento de seus pacientes. Menciona que o Conselho Federal de Medicina (CFM) como regulador e fiscalizador da profissão.

Há uma adversidade no artigo 4º, na qual especifica quais são as atividades privativas dos médicos.

Art. 4º São atividades privativas do médico:

I - (VETADO);

II - Indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios;

III - indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias;

IV - Intubação traqueal;

V - Coordenação da estratégia ventilatória inicial para a ventilação mecânica invasiva, bem como das mudanças necessárias diante das intercorrências clínicas, e do programa de interrupção da ventilação mecânica invasiva, incluindo a desintubação traqueal;

VI - Execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral;

VII - emissão de laudo dos exames endoscópicos e de imagem, dos procedimentos diagnósticos invasivos e dos exames anatomopatológicos;

VIII - (VETADO);

IX - (VETADO);  
X - Determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico;  
XI - indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde;  
XII - realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular;  
XIII - atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas;  
XIV - atestação do óbito, exceto em casos de morte natural em localidade em que não haja médico.  
§ 1º Diagnóstico nosológico é a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios:  
I - Agente etiológico reconhecido;  
II - Grupo identificável de sinais ou sintomas;  
III - alterações anatômicas ou psicopatológicas.  
§ 2º (VETADO).  
§ 3º As doenças, para os efeitos desta Lei, encontram-se referenciadas na versão atualizada da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde.  
§ 4º Procedimentos invasivos, para os efeitos desta Lei, são os caracterizados por quaisquer das seguintes situações:  
I - (VETADO);  
II - (VETADO);  
III - invasão dos orifícios naturais do corpo, atingindo órgãos internos.  
§ 5º Excetuam-se do rol de atividades privativas do médico:  
I - (VETADO);  
II - (VETADO);  
III - aspiração nasofaringeana ou orotraqueal;  
IV - (VETADO);  
V - Realização de curativo com desbridamento até o limite do tecido subcutâneo, sem a necessidade de tratamento cirúrgico;  
VI - Atendimento à pessoa sob risco de morte iminente;  
VII - realização de exames citopatológicos e seus respectivos laudos;  
VIII - coleta de material biológico para realização de análises clínico-laboratoriais;  
IX - Procedimentos realizados através de orifícios naturais em estruturas anatômicas visando à recuperação físico-funcional e não comprometendo a estrutura celular e tecidual.

A presidente Dilma Vana Rousseff, lavrou um documento na qual regulamenta o exercício profissional da medicina, conhecido como Ato Médico, de Nº 287, de 10 de julho de 2013, época em que a lei foi sancionada, arguindo os vetos.

Alguns profissionais da área da saúde não concordaram com a aprovação desta lei, alegando que só poderão exercer suas atividades se estiverem submetidos a autorização dos médicos.

Podemos verificar que esta alegação não é exata, pois o artigo 4º, nos parágrafos 6 e 7 garante o respeito às atividades dos demais funcionários da área da saúde, conforme texto abaixo:

Art. 4º São atividades privativas do médico:

§ 6º O disposto neste artigo não se aplica ao exercício da Odontologia, no âmbito de sua área de atuação.

§ 7º O disposto neste artigo será aplicado de forma que sejam resguardadas as competências próprias das profissões de assistente social, biólogo, biomédico, enfermeiro, farmacêutico, fisioterapeuta, fonoaudiólogo, nutricionista, profissional de educação física, psicólogo, terapeuta ocupacional e técnico e tecnólogo de radiologia.

Em nosso país regulamentava o exercício da medicina de acordo com o Decreto 20.931 de 1932, abrangendo o exercício da medicina em diversas áreas, como odontologia, medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira. Com a sanção da Lei nº 12.842/13, passou a atender com um instrumento legislativo propriamente para a profissão do médico.

A Lei 12.842/13 impõe de forma direta no âmbito de atuação do médico. O médico tem como objetivo principal a saúde do ser humano e da coletividade, que se desenvolve por meio de atividades não privativas de promoção, proteção, recuperação da saúde, prevenção, diagnóstico e tratamento das doenças, reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências. (Art. 2º)

O objetivo da lei em questão, que dispõe sobre o exercício da medicina, só pode ser feito pelo médico, cada qual no seu campo específico de atuação profissional.

### 3. ATO LESIVO

Para caracterizar erro médico existe a necessidade de mencionar alguns fatores que colaboram para a ocorrência do ato lesivo. Neste tópico daremos ênfase aos mais preocupantes e vistos como ligados à grande parte dos casos de erro médico

A má formação médico-universitária, presente em algumas instituições de ensino do país, salientando a acomodação do profissional que não visa especializar-se e atualizar-se na sua área.

Péssimas condições no ambiente de trabalho, desde a falta de recursos materiais para o bom e pleno exercício da medicina, até o grande número de pacientes para uma pequena quantidade de profissionais disponíveis para o atendimento de toda sociedade que procura ajuda e uma boa orientação.

Ausência de materiais, a falta de manutenção de equipamentos, burocracia no processo de compra, até a falta de autonomia e envolvimento profissional na escolha destes materiais, geram aspectos negativos durante o trabalho do profissional.

A atuação do médico e do hospital passou a ser vista como se fossem um só, desta forma se o paciente sofreu dano deverá ser indenizado por ambos, há casos em que o médico é inocentado, mas o hospital responde de forma objetiva, em divergência com a jurisprudência com relação ao assunto, que depois de diversas análises, deliberou pela aplicabilidade do direito técnico-científico, com a participação do médico e do hospital, cada qual no seu individual, ao invés de ser analisado de forma conjunta.

Existe casos em que o paciente é visto como objeto lucrativo, seja pelo médico a prontidão em especialidades frutíferas ou em conjunto, onde empresas médicas buscam a vantagem em cima do indivíduo, as denominadas vantagens comerciais.

O estresse também pode ser um fator que ocasiona o ato lesivo, devido a nossa realidade socioeconômica, além das condições de trabalho e emprego.

A falta de organização do sistema de saúde pública. Quando há má administração, a distorção e a desorganização são acrescentadas com profissionais inaptos, falta de leitos e deficiência no atendimento emergencial, resulta-se em um elevado número de mortes. Como exemplo a atual COVID-19.

A falta de compromisso médico, constituída tanto em negligência no diagnóstico ou em um tratamento, causando danos ao paciente, como numa

profanação de deveres éticos, compreendida como omissão de socorro, penalizada no artigo 135 do Código Penal Brasileiro.

Por último, e não menos importante, a fiscalização precária por parte das entidades de classe, onde em alguns casos não ajustam os profissionais aos padrões éticos que regem a sua profissão.

O julgamento do profissional deve ser feito dentro dos paradigmas. É exigido do profissional de saúde, a melhor técnica para as condições em que se apresentam. Qualquer profissional de saúde tem o dever ético de recomendar um especialista, quando o conhecimento próprio não soluciona o problema.

#### 4. ERROS MÉDICOS

Para conceituar esse tópico, vale salientar a diferença entre erro médico e erro do médico, pois são nomenclaturas que por diversas vezes induz a erro quem está lendo ou criando o processo.

O erro médico é aquele desvio de conduta que pode ser praticada por qualquer profissional da área da saúde, por exemplo os enfermeiros, dentistas, clínicas, hospitais, veterinários, entre outros. Quando se trata da terminologia erro do médico, só pode ser praticado pelo próprio médico.

Erros médicos são tipificados como todas as alternâncias e falhas que estejam existentes na área de prestação de serviço de saúde. E isso abrange situações exorbitantes que norteia a aplicação de medicamentos de modo inadequado por parte da equipe de enfermagem, episódios como falhas técnicas em procedimentos cirúrgicos ou falhas nos diagnósticos, entre outras ocorrências.

Comumente são questões que afetam de forma global – sistêmicas – envolvendo não somente um funcionário, mas um corpo de profissionais, devido a característica intrínseca da profissão de necessitar de múltiplos profissionais, como por exemplo os enfermeiros, auxiliares, fisioterapeutas, médicos especialistas, dentre outros.

O erro médico trata-se de um comportamento inapropriado do profissional, desta forma, não obedecer às normas técnicas, violando a legislação, podendo causar danos à vida ou à saúde do paciente.

Podemos citar o caso em que o paciente se submete a cirurgia ocular para retirada de pele que cobre um de seus olhos – *Pterígio* – e ocorre a falha na troca de lado. Verifica-se, que por este paciente passou por falhas de sucessivos participantes:

- Recepcionista, na qual realiza a coleta de dados, efetuando a entrada da documentação;
- Colaboradores responsáveis pela preparação do centro cirúrgico;
- Auxiliares responsáveis pela separação da instrumentação
- Corpo cirúrgico responsável pela execução (cirurgião, enfermeiros etc.)

As implicações dos erros médicos além de refletir na vida dos pacientes, também geram sanções civis, como danos morais, administrativas, e até mesmo, em algum dos casos, criminais.

Erros de diagnósticos, tratamento ou medicação insuficiente, infecções hospitalares, atrasos em cirurgias e em atendimentos emergenciais, tais como partos, operações inadequadas, e procedimentos feitos sem que o paciente autorize.

De acordo com noticiários e sites de pesquisa *R7 saúde*, a OMS (Organização Mundial de Saúde) informou que, em meados de 2019, que os erros médicos afetam 138 milhões de pessoas por ano. O que nos faz refletir sobre o momento caótico que estamos vivendo, relacionado a pandemia do Corona Vírus (COVID 19).

Conforme um levantamento feito pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar da Universidade Federal de Minas Gerais (less- UFMG), em média, das 19,4 milhões de pessoas tratadas em hospitais em nosso país, cerca de 1,3 milhão sofrem pelo menos com um efeito colateral devido a negligência ou imprudência durante o tratamento médico. E a complicação decorrente desses erros podem ser fatais. Cerca de 55 mil pessoas morrem por ano no Brasil, devido aos chamados erros médicos. (COUTO, R.C .et al. II Anuário da Segurança Assistencial Hospitalar no Brasil. Belo Horizonte: IESS-UFMG, 2018)

Esses levantamentos foram feitos com base em registros de prontuários de 182 hospitais, entres os meses de abril de 2017 a março de 2018, de acordo com Carlos Fioravanti, em seu livro *UM DIAGNÓSTICO DO ERRO MÉDICO*. Se trata de um tema pouco pesquisado e indesejado, mas que influencia melhoras em instituições públicas e privadas, objetivando reduzir danos e mortes por erros médicos.

A OMS, que pela primeira vez em 2002 debateu essa questão, afere que, em todos os anos, tal problema deve causar a morte de 2,6 milhões de pessoas. Estudos de pesquisadores informam também que as denominadas falhas assistenciais acarretam excesso de horas de trabalho, sendo uma má formação da equipe de saúde, de procedimentos que deixam de ser seguidos e da falta de comunicação entre a equipe médica com seus pacientes. Muitas mortes e danos severos poderiam ser evitados com mais atenção às regras de trabalho.

Esse tema passou a ser discutido abertamente em 1999, nos Estados Unidos, devido a publicação de uma obra chamada *Errar é Humano – Construindo um Sistema mais Seguro (To Err is Human: Building a Safer Health System)*, da Academia Nacional de Medicina dos Estados Unidos, também conhecida como Instituto de Medicina. Causador da morte de mais de 210 mil pessoas por ano, o erro médico se qualifica pela terceira causa de morte entre os norte-americanos. (Free from Harm: Accelerating Patient Safety Improvement Fifteen Years after To Err Is Human ©2015

National Patient Safety Foundation - Traduzido por Proqualis/Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde/Fiocruz.)

Relata o psicólogo Vitor Mendonça, pesquisador da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FM-USP): “Nos Estados Unidos, o problema não está resolvido, mas existe a obrigatoriedade, por lei, de as equipes médicas comunicarem as condutas e os eventuais erros para os pacientes”.

No Brasil, esse tema é pouco abordado. Em um artigo na revista *HEC FORUM de 2019*, Mendonça, Gallagher e Reinaldo Oliveira observaram essa questão.

Isabel Braga, advogada e médica, pesquisadora da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) do Rio de Janeiro observou que: “No Brasil, a tendência ainda é esconder o erro, em vez de entendê-lo como parte do processo de trabalho”.

#### **4.1 ERRO MÉDICO EM TEMPO DE PANDEMIA (COVID-19)**

A OMS conceitua pandemia como a disseminação mundial de uma nova doença, passando a ser usado quando uma epidemia se propaga por diversos continentes, e sua transmissão é de pessoa para pessoa.

“Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente do coronavírus (nCoV-2019) foi descoberto em 31/12/19 após casos registrados na China. Os primeiros coronavírus humanos foram identificados em meados da década de 1960.” Definição da OMS.”

Coronavírus se trata de uma família viral que tem como consequência problemas respiratórios em seres humanos e animais. Em meados da década de 1960 foram identificados os primeiros coronavírus humanos, são eles:

- Alpha coronavírus 229E e NL63;
- Beta coronavírus OC43 e HKU1;
- SARS-CoV (causador da Síndrome Respiratória Aguda Grave ou SARS);
- MERS-CoV (causador da Síndrome Respiratória do Oriente Médio ou MERS).

Todavia, em dezembro de 2019 foi descoberto o novo agente do coronavírus, *nCoV-2019*, após serem identificados casos na China, mais especificadamente na cidade de Wuhan, primeiro epicentro do contágio. Foram registrados pela OMS 14,5

mil casos em 18 países, com 305 mortes. Esses dados mirabolantes, fizeram com que cientistas buscassem explicações sobre prevenção e tratamento do novo coronavírus.

Em março de 2020, Kristian Andersen do Instituto Scripps de Pesquisa, localizada nos Estados Unidos, e sua equipe patentearam que o novo coronavírus – SARS-Cov-2 – apresenta uma mutação genética denominada *Clivagem Polibástica local*, nunca sendo vista em outras espécies de coronavírus.

Como todos os vírus sofrem mutações com o tempo, o Sars-CoV-2 não é uma exceção, desde que este vírus fora identificado, surgiram várias mutações. Esses vírus são denominados como variantes. De acordo com a Organização Mundial da Saúde são poucos os impactos e mudanças causadas nos vírus, podendo até desaparecer com o tempo. Todavia, há casos de mutações que os ajudam a sobreviver e reproduzir.

Especialistas do mundo inteiro têm estudado a evolução do Coronavírus. Durante as análises foram detectados quatro variantes deste vírus: Alfa, localizada primeiramente no Reino Unido, Beta, na África do Sul, Gama, no Brasil e Delta na Índia.

Todas essas novas variantes citadas acima são consideradas preocupantes, pois caracterizam risco maior para a saúde pública, por exemplo, tornando o vírus mais insalutífero, acarretando doenças mais graves e até mesmo tornando-se mais resistentes às vacinas.

Alguns tipos do coronavírus acarretam doenças graves com repercussão na saúde pública, como a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS), discernida em 2002, e a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS), discernida em 2012.

O padrão de atendimento exigidos aos profissionais da área da saúde são que exerçam suas habilidades e conhecimentos. Em tempos normais, o padrão de atendimento médico é classificado quanto as suas habilidades e conhecimentos para atender a necessidade de seus pacientes individuais. Entretanto, em tempo de pandemia, como a do *Coronavírus*, limitam a responsabilidade dos prestadores de serviço desta área, de acordo com formuladores de políticas públicas. Desta forma, o atendimento se torna flexível, reconhecendo a alteração das circunstâncias.

A COVID-19 possui potencial para sobrecarregar o sistema público de saúde, por ser a primeira crise contemporânea na saúde pública. As condições sob as quais os funcionários trabalham mudaram completamente.

O amparo à saúde é um recurso compartilhado pela sociedade, conseqüentemente, os princípios éticos que direcionam seu racionamento requerem serviços, medicamentos e equipamentos sejam aplicados aonde forem mais eficazes, o que prioriza os pacientes com maior probabilidade de melhora do tratamento.

A elevada procura por hospitais, a presença de um vírus que ainda é tratado como desconhecido, falta de medicamentos e máquinas de oxigênio, orientações internas e internacionais ocasionalmente conflitantes e a proporção do trabalho exaustivo, são todas possíveis circunstâncias que acarretam elevadas chances de erro médico.

Mas, mesmo antes da pandemia, o cenário já se encontrava em um estado desanimador. O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) relatou um aumento significativo de 302% nos processos pertinentes à prática médica, erro médico ou violação às regras do Código de Ética Médica. Outro estudo publicado em 2016 no site IESS, A faculdade de medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS) alegaram que três pessoas morrem a cada cinco minutos nos hospitais do Brasil relacionado a falha médica.

No cenário em que nos encontramos, destaca-se negativamente à prescrição de medicamentos não eficiente contra o vírus, prática que torna os profissionais de saúde suscetíveis de investigações. E a tendência é só piorar.

Os reflexos jurídicos da atual pandemia são volúvolos, pois não é possível prever todos os casos sujeitos de incidência e/ou exclusão de responsabilidade.

Partindo dessa premissa, as análises dos requisitos do Código Civil referente a responsabilidade civil, enfatizando na delimitação do nexos causal, é significativo em decorrência dos efeitos do coronavírus, e a necessidade de enfrentá-los, devido a atividade médica e os procedimentos praticados pelos hospitais e seus profissionais, além das ações dos fabricantes de medicamentos.

Para responsabilizarmos a conduta médica, a conduta deverá ser analisada verificando as possibilidades de agir frente as adversidades do tema atual. Considerando problemas como: a falta de equipamentos, leitos, medicamentos entre outros. Por estas razões, podemos afirmar que a pandemia contribuiu para um relaxamento na imposição de certas condutas.

A lei 13.989/2020 que autoriza o uso da telemedicina durante a pandemia, pode ser apontada como flexibilização das exigências referente a atuação dos profissionais

de saúde. O Conselho Nacional de Medicina concluiu no parecer nº4/2020 que: “Diante da excepcionalidade da situação e durante o período declarado da pandemia, não cometerá infração ética o médico que utilizar a cloroquina ou hidroxicloroquina, nos termos acima expostos, em pacientes portadores da COVID-19.”

Enfatiza os alertas na conclusão do parecer, que leva em consideração as peculiaridades da situação e restringe o uso de medicamentos durante a pandemia. Além de modificar o nível exigido de comportamento médico, circunstâncias especiais, extraordinárias e inevitáveis (caso fortuito ou força maior) excluem a atribuição de responsabilidade, mesmo que a teoria do risco seja adotada, devido ao seu caráter excludente.

A medicina é uma área que exige máxima precisão, logo o profissional precisa de uma boa condição para desempenhar sua função. Portanto, nessas e outras situações, pode ensejar complicações suficientes para motivar uma ação judicial.

#### **4.2 FALTA DE ORGANIZAÇÃO GOVERNAMENTAL FRENTE À PANDEMIA**

O Sistema de Saúde Brasileiro não é preparado para uma pandemia. Com o número de casos aumentando, a estrutura colapsou. Diversas regiões ficaram sem materiais, medicamentos e pessoas, sendo critérios mínimos para que profissionais da área exerçam suas funções.

Podemos citar como casos de maior repercussão, a falta de oxigênio em Manaus-AM e o fim dos estoques sedativos para intubação dos pacientes.

O médico Drauzio Varella disse em sua entrevista para *Globo News*, que a pandemia no Brasil “é um acúmulo de erros”. Apontou graves erros cometidos tanto pela população, quanto pelo poder público, enfatizando o Governo Federal. (G1.com BEM-ESTAR, 2020).

“Todo o pessoal de ciência dizendo 'o isolamento é fundamental', e o governo federal apontando na direção oposta”. (Entrevista para *Globo News* em 6 de agosto de 2020).

Varella lembrou que, embora os cientistas recomendassem a quarentena para conter a disseminação do vírus, havia "contradições" nas orientações dadas ao público pelos Governos Estadual e Federal.

O País, antes da chegada do vírus, deveria ter se preparado melhor, pois já havia discernimento sobre a doença grave que estava por vir e suas vítimas.

Os erros mais notáveis incluem: falha do governo quando o vírus chega ao país; desequilíbrios na abertura econômica; resistência ao isolamento e ao uso de máscaras; riscos desconhecidos de retornar à escola; apostas erradas em vacinas como solução direta; falta de preparo aos profissionais da saúde; e respostas imunológicas duradouras.

O médico relata que o isolamento deveria ter começado de forma efetiva na fase inicial: “Tinha que ter sido um isolamento muito rápido. E muito eficaz, abrangente, chegar a níveis de 60%, 70%, porque aí você consegue ter um controle da epidemia.”

De acordo com o médico, o comportamento das pessoas contribuiu para exacerbar esse problema, decorrente da resistência ao distanciamento social. A maioria da população deixou de tomar medidas de proteção necessária para combater a COVID-19. Para Varella, devido a diversidade clínica da doença – algumas pessoas assintomáticas, e para outras são fatais – alguns grupos, destacando-se os mais jovens, não ficaram e não vão ficar isolados.

Além dos tópicos pontuados acima, vale ressaltar que menos da metade dos profissionais de saúde receberam treinamento na pandemia.

O Núcleo de Estudos da Burocracia (NEB FGV-EAESP), em parceria com a Fiocruz e com a Rede Covid-19 Humanidades elaboraram uma pesquisa sobre o cenário atual abordando o seguinte tema: “*A pandemia de COVID-19 e os(as) profissionais de saúde pública no Brasil*”, conduzido pela coordenadora Gabriela Lotta, apresentado em 10 de novembro de 2020. Foram entrevistados 1.520 profissionais da saúde no Brasil, entre os dias 15 de setembro e 15 de outubro de 2020. (Portal FGV,2020).

Dos profissionais que responderam, 52,2% afirmaram que não receberam nenhum tipo de treinamento para lidar com a COVID-19. Já os agentes comunitários que participaram da pesquisa, o número sobe para 65,7%, declaram também que não receberam nenhum tipo de capacitação.

Em agosto de 2020, o boletim epidemiológico publicado pelo Ministério da Saúde, mais de 257 mil profissionais de saúde foram infectados, sendo 88,3 mil técnicos e auxiliares de enfermagem, 37,3 mil enfermeiros, 27,4 mil médicos e 12,5 mil agentes comunitários de saúde.

Em março de 2021, 58.367 casos confirmados de Síndrome Gripal por COVID-19 em profissionais de saúde, sendo 29,6% técnicos e auxiliares de enfermagem, 17,0% enfermeiros, 11,1% médicos e 5% dos agentes comunitários. Foram notificados 621 casos de Síndrome Respiratória Aguda Grave por COVID-19, técnicos/auxiliares de enfermagem 23,5%, médicos 21,9% e enfermeiros 14%.

Fruto do descaso Governamental. Profissionais sem EPI, despreparados e sem treinamento. Hospitais sem vagas de UTI, falta de medicamentos e aparelhos de oxigenação. A pandemia em frente ao cenário político tornou-se um mero confronto entre nossos representantes.

## 5. ESPÉCIES DE ERROS

Podemos considerar os médicos como guardiões da vida, assegurando a saúde do ser humano. É exigido do profissional a dedicação, a correção e o respeito pela vida, devendo, em razão de suas responsabilidades, agir sempre com cautela, evitando que seus pacientes sofram ainda mais dores e perdas irreparáveis. Desta maneira, os erros destes profissionais são tratados como exceções isoladas ou incidentes, e a responsabilidade dos médicos podem impactar nas esferas ética, civil e criminal.

Aos médicos são vedados de adotar comportamentos prejudiciais aos seus pacientes. Tais comportamentos podem ser denominados como negligência, imprudência e imperícia, visto que todos se caracterizam como erro médico, pois qualquer uma das falhas pode ocasionar danos graves à saúde do paciente e até mesmo levá-lo a morte. Esses atributos podem ser avaliados pelo Conselho Regional de Medicina como falta ética, na Justiça Cível para fins indenizatórios, já em juízo Criminal, a conduta é classificada como tipo de crime.

São dois os tribunais passíveis para julgamento do médico: o da Justiça Comum, que obedecem às disposições do Código Civil e Penal; e o Conselho de Medicina, cujas decisões são baseadas no Código de Ética Médica (CEM).

A principal cláusula que descreve os erros médicos no CEM é o artigo 1º, capítulo III, dispondo o seguinte:

"É vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência".

Artigo 159 do Código Civil Brasileiro:

"aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Combinação legal com o artigo 1.545 do mesmo código:

"Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que dá imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento".

O jurista Sérgio Cavalieri Filho aponta a diferença entre negligência, imprudência e imperícia em seu livro Programa de Responsabilidade Civil, página 382:

“Culpa e erro profissional são coisas distintas. Há erro profissional quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta. A culpa médica supõe uma falta de diligência ou prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto”.

## 5.1 NEGLIGÊNCIA:

O erro médico mais frequente no serviço público é a negligência. Quando o profissional negligencia, agindo com descaso, falta com compromissos éticos com o paciente e até com a instituição.

Se trata de uma deficiência dos serviços de saúde, prejudicando os pacientes. Não importa se o erro fora cometido por médico, enfermeiro, dentista ou administrador de hospital, nem se ocorreu em uma instituição pública ou privada.

As deficiências nestes serviços que causam danos aos pacientes são características da negligência médica. Podemos citar como um exemplo muito comum quando o médico esquece material cirúrgico dentro do corpo do paciente. Apesar de ser considerado um erro comum, pode ser evitado, desde que os profissionais sejam mais atentos em todo e qualquer procedimento. Caracteriza-se por ato omissivo.

Quando tais erros acarretam sequelas, suspeitando-se de negligência médica, além do paciente, a vítima principal, seus familiares também enfrentam dores e dúvidas.

De acordo com os estudos do presente tópico, verifica-se que negligência é agir sem tomar as precauções necessárias, como descuido e falta de cautela ou medidas preventivas na realização de determinadas ações. É caracterizado por inação, indolência, inércia, passividade e omissão. Sendo o oposto de diligência – derivado do latim *deligere* – agir com amor, cuidado e atenção, a fim de evitar distrações e falhas.

Denominamos médico negligente aquele profissional que atua de forma omissa, ignorando totalmente suas obrigações éticas com o paciente. No exercício da medicina é necessário dar aos pacientes o maior grau de cautela, pois um simples erro pode gerar graves consequências.

## **5.2 IMPRUDÊNCIA:**

Júlio Cezar Meirelles Gomes explica que a imprudência advém do erro médico por ação ou omissão, assumindo procedimentos de risco para o paciente sem amparo científico e sem esclarecimentos à parte interessada. (Erro médico: Reflexões, Revista Bioética, v. 2, n. 2).

A imprudência provém do risco adquirido pelo profissional de saúde no exercício de seu dever, escolhendo uma maneira de caráter perigoso, não levando em consideração os devidos cuidados para alcançar o fim almejado, tratando-se da saúde do paciente. Há culpa comissiva.

Logo o médico imprudente é o profissional que age de forma descuidada, ou seja, sem cautela, sem se preocupar com as consequências que seus atos podem gerar. As condutas são injustificadas, precipitadas, resultado de irreflexão.

Desta forma, os profissionais possuem plena consciência dos riscos que sua atitude pode causar, entretanto é ignorado a ciência médica e mesmo assim optam pela ação errada.

Podemos citar como atos imprudentes: o médico que realiza uma cirurgia sem a devida equipe necessária, pois toda cirurgia é passível de ocorrer contratemplos que só poderiam ser solucionados com a equipe correta; alta de paciente prematura do hospital, mesmo não se encontrando em boas condições de saúde.

Alguns médicos realizam determinadas ações sem os recursos necessários (materiais ou humanos) para alcançar o sucesso do procedimento.

## **5.3 IMPERÍCIA:**

Origina-se do latim *imperitia de imperitus*, conceitua-se ignorante, inábil, inexperiente em razão da sua profissão, função. Consiste em fazer o que não deveria ser feito. Conceituado por Bento Faria como: “falta de conhecimentos necessários para evitar o mal que o agente causou”. (DICIONÁRIO JURÍDICO, 2020).

A imperícia é caracterizada pela falta de prática e/ou conhecimento, que se mostram necessários para exercer a profissão. Ou seja, se trata da execução de determinado ato por parte do profissional da saúde na qual não possui conhecimento ou a aptidão devida para tal ato.

Quando o médico patenteia, em sua atitude, falta ou pouco conhecimento profissional, trata-se de imperícia. Não há conformidade com as normas, devendo ser avaliada com base em progressos científicos de domínio público e, em qualquer caso, o profissional medianamente sédulo deveria conhecer.

Há médicos despreparados para determinadas funções. Muitos receitam medicamentos errôneos, fracassam em uma técnica cirúrgica. Todavia, embora o médico seja técnica e legalmente apto para exercício de sua profissão, não está isento a práticas que demonstrem a falta de habilidade para aquela técnica

## **6. CONDENAÇÃO**

O médico, assim como qualquer outra pessoa, responde quando causa dano ao seu paciente decorrente de erro médico.

Um único comportamento médico, prejudicial aos pacientes, faz com que possam ser responsabilizados em três esferas diferentes:

1. Responsabilidade civil;
2. Responsabilidade criminal;
3. Responsabilidade ética-profissional.

Quando o médico, com uma única conduta, é responsabilizado nessas três esferas, deverá apresentar três defesas, pois cada uma possui determinada competência.

A doutrina classifica tanto a responsabilidade civil, quanto a criminal como responsabilidade legal, conferindo aos tribunais a competência para sanar as questões jurídicas. Já a responsabilidade ética-profissional (moral) é atribuída aos Conselhos de Medicina.

### **6.1 RESPONSABILIDADE CIVIL**

Na responsabilidade civil, o interesse que está sendo lesado é o privado, ou seja, a saúde, integridade física e mental da vítima. Desta forma podemos dizer que a responsabilidade civil é dirigida à vítima e tende a indenizar.

Somente a ofendida ou seu representante legal possui legitimidade para pleitear uma indenização pelo dano que lhe foi causado.

Para a responsabilidade civil, é suficiente o ato ilícito, a relação de causa e efeito e o prejuízo. O erro médico em procedimentos estéticos, por exemplo, é imputado a ofendida ou familiar provar a veracidade da conduta culposa do médico, nexo de causalidade e o dano lesivo.

“Art. 186 do Código Civil. 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. 14 do Código de Processo Civil. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços,

bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Basta somente um único ato ilícito do profissional de saúde ou da estrutura hospitalar, que podem gerar danos morais, viola a intimidade do paciente e sua honra subjetiva, desrespeitando direitos personalíssimos do paciente, materiais, quando atinge o patrimônio financeiro do ofendido, e físico.

As infrações dos direitos da personalidade acarretarão dano extrapatrimonial, ou seja, moral, que também fazem parte da relação civil, portanto, se houver lesão ao patrimônio sucederá dano material, o qual se fragmenta e, dano emergente e lucro cessante. A prova do dano moral é *in re ipsa*, ou seja, ínsita na própria coisa.

A cirurgia plástica é o exemplo mais comum de erro por dano estético.

Ao paciente vítima de um dano físico (estético), causado por erro no momento do procedimento cirúrgico, a Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, dispõe: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

A Constituição Federal de 1988 edificou, no artigo 5º, V e X, os direitos da personalidade e as garantias fundamentais, ratifica o direito a indenização, assim como o artigo 11 e seguintes do Código Civil.

“Art. 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (BRASIL, 1988).

Todo indivíduo possui o dever jurídico originário de não causar dano e nem violar direitos, que acarrete um dever jurídico sucessivo ou responsabilidade civil, dando direito a vítima de pedir indenização.

A responsabilidade civil é conferida aos médicos e/ou hospitais, após a ação judicial regular, são obrigados a indenizar os pacientes pelos danos ocasionados. A obrigação indenizatória provém de uma prova evidente do erro cometido em consequência da violação de um dever legal de não causar danos a terceiros.

Nem todo acontecimento ou comportamento médico pode ser apontar pelo paciente como falha do profissional de saúde, afins indenizatórios, porquê não são

todos considerados erros médicos. Para determinar que um ato é decorrente do erro médico, o paciente ou familiar deverá pleitear uma indenização ao poder judiciário competente, arguindo a culpa do profissional, demonstrando uma das modalidades de culpa.

Tanto a responsabilidade civil, quanto o código de Ética Médica, adotaram a responsabilidade subjetiva, desta forma o médico só pode ser responsabilizado se provar a culpa, não pode ser culpa presumida. Uma vez que, sem o dano, o ato ilícito não gera relevância na esfera da responsabilidade civil.

“Art. 1º do Código de Ética Médica - Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.  
Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida”.

Para o reconhecimento da responsabilidade é necessário que seja preenchido alguns requisitos para sua configuração, sendo substancial a comprovação da veracidade por parte de quem busca, na justiça, a reparação pelos danos sofridos. Isto posto, a constatação do erro médico e da obrigação civil está ligada a comprovação do ato ilícito culposos, nexos de causalidade e dano.

Esses requisitos configuram-se como essenciais, além da culpa *lato sensu*, podendo ser dispensada quando se trata de responsabilidade objetiva.

De acordo com o jurista Rui Stoco, a norma que deve ser seguido e acatado, neste aspecto a doutrina, de forma unânime, afirma que não há responsabilidade sem prejuízo causado pela conduta do agente. (REVISTA DOS TRIBUNAIS,2017).

Logo, sempre que comprove o erro médico, ou do médico, certamente terá direito a indenização, que será determinado o valor de acordo com o caso concreto.

O ato ilícito se entende por uma conduta humana voluntária, através de ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.

Maria Helena Diniz, explica o ato ilícito como:

“A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.” (2005, p. 43)

Vale ressaltar, é importante que a vítima sofra prejuízo, nas quais podem ser afetados bens psíquicos, físicos, morais ou materiais. Sem o dano não há

possibilidade de indenizar as vítimas. O dano não gera efeito apenas indenizatório, mas também possui caráter punitivo.

Sérgio Cavalieri Filho, jurista, reitera que se o dano não estiver presente, não há ressarcimento e nem indenização. Evidência que pode haver responsabilidade sem culpa, mas é indispensável que o dano seja comprovado para existir a responsabilidade.

Há três espécies de danos: moral, material e físico.

- Dano moral – a doutrina e a jurisprudência dispõem, de forma majoritária, que o dano moral é a violação a um dos direitos da personalidade dispostos no artigo 5º, X da Constituição Federal e do capítulo II do Código Civil, dos Direitos da Personalidade. Tais como violação do direito ao nome, à imagem, à privacidade, à honra, dentre outros. O juiz tem o dever de ponderar o caso concreto, apreciando cuidadosamente a conduta;

“Artigo 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988).

- Dano material – é de cunho patrimonial, deve ser analisada qual o direito da minha indenização. Possui duas classificações: lucros cessantes (o que razoavelmente deixou de ganhar) e danos emergentes (é o equivalente a perda efetivamente sofrida). Neste caso, podemos citar como exemplo um taxista, vítima de erro médico, que não conseguiu trabalhar. No dano material considera-se o que deixou de ganhar e o que ganharia no futuro;

- Dano físico/estético – todo médico não tem a função de garantir o resultado, com exceção do médico cirurgião plástico.

Espécie de dano que se caracteriza por alteração duradoura ou permanente da aparência externa da pessoa, causando-lhe redução ou eliminação de padrão de beleza. (RESOLUÇÃO CNSP Nº 341/2016).

“Toda ofensa causada à normalidade funcional do corpo humano, dos pontos de vista anatômico e/ou fisiológico, incluídas as doenças, a invalidez, temporária ou permanente, e a morte. NÃO estão abrangidos por esta definição os danos morais, os danos estéticos, os danos mentais, e os danos materiais, embora, em geral, tais danos possam ocorrer em conjunto com os danos físicos à pessoa, ou em consequência destes.” (Circular SUSEP 437/12).

Os danos podem ser acumulados dentro de um mesmo processo, não é requisito que se deve ter apenas um.

Existe uma complexibilidade para calcular o dano, tudo dependerá de quem se está processando. A possibilidade e a necessidade (binômio) da parte ré serão levadas em consideração. Normalmente, as indenizações, conforme a jurisprudência, não ultrapassam o valor de trinta mil reais.

É cada vez mais frequente a análise, feita pelos julgadores, em relação nexo de causalidade fundamentada em laudo pericial de perito médico oficial nomeado pelo juiz. Visto que, a matéria em tela carece conhecimento em medicina.

O nexo de causalidade possui relação com o dano sofrido pelo ofendido e a conduta do autor, sendo necessário que o dano sofrido seja decorrente do ato ilícito. Carlos Roberto Gonçalves reitera:

“Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária” (GONÇALVES, 2002, p. 524).

Quanto a responsabilidade civil hospitalar, é exigido apenas a demonstração da falha ou irregularidade nos serviços prestados nos hospitais, independe se há ou não a culpa, o nexo de causalidade e o dano. Nesta situação, aplica-se a teoria da responsabilidade civil objetiva.

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

Para que o poder judiciário reconheça o erro médico e o condene a indenização, submete-se a prova incontroversa da conduta do profissional. Antes de iniciar uma ação no judiciário, o paciente deverá distinguir os danos causados decorrente de serviços técnico- profissional do médico daqueles que possuem relação com a estrutura do hospital.

O erro no processo civil deverá ser demonstrado com as provas orais – testemunhas, depoimento pessoal das partes – e com as provas documentais.

São quatro tipos de provas documentais:

1. Prova documental em sentido estrito – são todas as provas que podem ser palpáveis, como raio x, laudo médico, relatórios, entre outros;
2. Perícia – fundamental neste tipo de processo, sem este elemento a chance do pedido ser julgado improcedente é maior;

3. Inspeção judicial – o juiz pode ir até o local do fato, na casa da parte ré e até mesmo da parte autora, quando houver necessidade;

4. Ata notarial – aquelas feitas por meio de escritura/ata pública.

Tanto o médico, quanto o hospital e os demais profissionais da área da saúde, podem usufruir de medidas judiciais de defesa, as chamadas respostas do réu, podendo arguir contestação, reconvenção, poderá reconhecer a veracidade do que fora dito pelo autor. Em caso de ação com diversos autores, multiplicidade ou litisconsortes, pode pedir o desmembramento do polo ativo da ação e, por fim se optar por permanecer em silêncio, sofre à revelia (pouco usado no processo civil).

Quando ocorre o erro médico é possível ingressar com uma ação, seja ela por perdas e danos, ou ação de indenização de erro médico em virtude do dano lesado.

#### **6.1.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA**

Preliminarmente, a responsabilidade do hospital ou da clínica envolvida, é de caráter objetivo, ou seja, independentemente de culpa, já a do profissional é subjetiva, e depende da culpa.

A partir dessa premissa, quando o profissional comete um erro gerando dano ao paciente, deve ser responsabilizado por sua conduta, desde que comprovada sua culpa. Esta responsabilidade é subjetiva, no âmbito judicial, após garantidos o direito do contraditório e ampla defesa.

Na responsabilidade subjetiva é exigido o dolo ou a culpa (negligência, imprudência e imperícia) por parte do agente. No caso do erro médico, o paciente deve provar a culpa do profissional que o atendeu.

Comumente, a responsabilidade atribuída aos médicos é a subjetiva, isso deve porquê os doutrinadores especificam como obrigação de meio, pois a medicina não é uma ciência exata e o médico não tem a obrigação de obter êxito em seus procedimentos, diferentemente da responsabilidade objetiva, que se trata de uma obrigação por resultado, podendo citar como exemplo o médico cirurgião plástico, o sucesso do resultado é intrínseco ao procedimento.

Para a responsabilidade objetiva não é necessário que patenteie o dolo ou a culpa, sendo essencial apenas da comprovação da existência do dano, o comportamento do agente que o causou e do nexo causal entre o ato ilícito e o dano. Se trata de uma culpa presumida.

A responsabilidade objetiva dos hospitais públicos está respaldada na Constituição Federal.

“Artigo 196 da Constituição Federal: a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

O Estado é incumbido a realizar a manutenção e fornecer equipamentos, instalações e fiscalizações dos serviços prestados, mas não é responsável pelos procedimentos realizados pelos médicos, portanto, se ocorrer um dano material, estético ou moral em algum hospital público, cabe ao Estado respaldar a vítima e em seguida acionar o médico responsável, quando a conduta foi intencional (dolo) ou culpa. Esse procedimento é denominado ação regressiva.

Em ambas as responsabilidades, existem duas circunstâncias em que o dever de reparação do dano à vítima pode ser afastado: o caso fortuito (evento da natureza) ou força maior (advém de uma conduta humana inesperada).

A falta de estrutura dos serviços públicos, a escassez de médicos em todas as regiões, principalmente em locais mais afastados, profissionais ambiciosos e despreparados são outros fatores causadores do aumento das ações abarcando a responsabilidade civil.

O Conselho Federal de Medicina proibiu, por intermédio da Resolução n.º 1.836/2008, que qualquer médico tenha vínculo com empresas que anunciam e/ou comercializam procedimentos médicos em planos de financiamento, consórcios e similares.

## **6.2 RESPONSABILIDADE CRIMINAL**

A responsabilidade criminal está vinculada com a tipicidade do Código Penal, e qualquer profissional da área da saúde poderá responder nessa esfera.

O Código Penal e o Código de Processo Penal investigarão se a conduta deste profissional foi típica ou atípica. Existindo a apuração dos fatos, e comprovado que o médico praticou uma conduta criminosa, o mesmo sofrerá sanções, submetendo-se a cumprir a pena que lhe for imposta, independentemente se houver outras sanções, civis ou disciplinares.

O médico contrai uma responsabilidade criminal quando causa danos em seu paciente, por ação de seu erro, a não ser que prove a sua inocência. O médico, no exercício de sua profissão, não deseja o caso morte do paciente, entretanto, se o dano for propositalmente, será imputado o crime de homicídio doloso, previsto no artigo 18, I do Código Penal.

“Art. 18 - Diz-se o crime:  
Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)  
I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

A culpa é pautada em sentido estrito, ou seja, além de comprovar a autoria e materialidade, é primordial que seja comprovado o elemento subjetivo culpa. O bem jurídico tutelado é a vida e a integridade física, o bem mais precioso do ser humano, que deve ser colocado nas mãos de profissionais responsáveis e dedicados.

Com o aumento de casos provocados por falha médica, todos os profissionais de saúde tornam-se alvos de processos administrativos, indenizatórios e criminais, em virtude do fracasso em seu trabalho.

A responsabilidade criminal por erros médicos origina-se da culpa, em que o agente causa dano por desleixo com os cuidados adequados por sua ocupação.

Com objetivo de proteger o cidadão prejudicado pelo erro médico, surge o direito penal. O médico que infringe um dever, podendo ser por negligência, imprudência ou imperícia, é digno de ser sancionado, reprimindo novas falhas.

Embora o médico possua comprometimento com a saúde de seus pacientes, pode acontecer motivos fora de seu controle, como a morte deste, por exemplo. Se a morte for decorrente de negligência, imprudência ou imperícia, será imputado a este profissional a acusação por homicídio culposo. Algumas excludentes de ilicitude podem afastar a responsabilização penal.

Conforme dispõe o artigo 18, II do Código Penal:

“ Art. 18 - Diz-se o crime:

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.” (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

São exemplos de crimes, na qual o médico é responsabilizado pelo Código Penal:

- Omissão de notificação, quando o médico, ao atender seu paciente, realiza o diagnóstico de doenças caracterizadas como notificação compulsória – citando como exemplo o atual caso de calamidade devido a pandemia do COVID-19 – deve advertir o Ministério da Saúde e a Vigilância Sanitária. Sob pena prevista no Código Penal, em seu artigo 269;

“Artigo 269: Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa.”

- Disponibilizar atestado falso, no exercício de sua profissão, comete crime previsto no artigo 302 do Código Penal. Trata-se também de crime típico. Não comporta a modalidade culposa, pois o médico tem consciência e intenção, ou seja, dolo;

- O profissional de saúde, incluindo os que exercem função sanitária, possui o dever legal de comunicar as autoridades a ocorrência de crimes que acontecem no exercício de sua profissão. Está disposto na redação do artigo 66, II da Lei de Contravenções Penais;

- Omissão de socorro, disposto no artigo 135 do Código Penal, o médico que deixar de prestar socorro;

“Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

- Exercer, mesmo que de forma gratuita, a profissão de qualquer profissional da saúde, sem autorização legal ou passando dos limites;

- Compra ou venda de órgãos para transplante, sob pena de reclusão de três a oito anos, e multa;

- Homicídio culposo, artigo 121 conjugado como artigo 18, II do Código Penal. Trata-se da morte de um paciente por imprudência, negligência ou imperícia devido a ação/omissão dos médicos e/ou auxiliares no exercício da medicina; e
- O médico que ofender a integridade corporal ou saúde de outrem, no exercício de sua profissão, responde por lesão corporal culposa, sujeitando-se a pena de detenção de três meses a um ano do artigo 129 combinado com o artigo 18, II do Código Penal.

O médico tem a responsabilidade de agir com diligência e cautela no exercício de sua função. Deve explicar ao paciente a doença que lhe atinge, possíveis tratamentos e riscos, acompanhar e cuidar dos tratamentos, aconselhar ao paciente e seus familiares sobre as medidas preventivas e/ou precaução básicas exigidas para sua condição de saúde. O descumprimento de quaisquer desses deveres, mediante conduta criminosa é características de erros médicos.

Por conseguinte, ao médico é imputado a responsabilidade criminal, posteriormente ao processo criminal judicial regular, uma sanção, caso essa conduta médica integre qualquer figura tipificada como crime ou contravenção penal. Tal advertência, dada mediante pena é imposta após a prova expressa do crime, derivado da conjuntura de erro médico, realizado por intermédio da violação de um dever jurídico de não causar danos a terceiros.

Todavia, toda e qualquer pessoa desfruta do dever jurídico originário de não quebrantar a lei penal, além de não causar dano, cuja infringimento da norma acarreta um dever jurídico sucessivo ou responsabilidade criminal. O infrator estará sujeito a uma punição.

A culpa é derivada do conceito de erro médico, no sentido amplo – *culpa strictu sensu e dolo* – sem o qual não há responsabilidade criminal.

Dessarte, o Ministério Público, à frente de crime de ação penal incondicionada, carecerá provar os quesitos necessários que caracterizem o crime. Visto que, no âmbito criminal não é toda culpa que promove a punição do médico, devido a exigência de determinada intensidade na prática deste erro médico.

Tendo por base os processos penais regulares, baseado em relatórios periciais, dentre outras provas ilícitas, coletadas em procedimentos legais e constitucionais, o profissional de saúde que praticou o crime de lesão corporal, disposto no artigo 129 na modalidade culposa, concomitante com o artigo 18, II do Código Penal, dão origem a responsabilidade penal.

A responsabilidade criminal pela prática do erro médico, sob o conceito do crime de lesão corporal, somente poderá ser verificada se preenchido os quesitos caracterizadores do citado delito:

- Fato Típico: conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade;

Fato típico é toda conduta especificada como criminoso em um tipo penal.

Para que haja um delito deve existir uma conduta voluntária, seja ela dominada ou dominável, e que seja dolosa ou culposa, um resultado naturalístico, o nexos de causalidade entre a conduta e o resultado naturalístico, além da tipicidade formal e material.

Segundo Fernando Capez:

"Pode-se assim dizer que todo fato penalmente ilícito é, antes de mais nada, típico. Se não fosse, nem existiria preocupação em aferir sua ilicitude. No entanto, pode suceder que um fato típico não seja necessariamente ilícito, ante a concorrência de causas excludentes. É o caso do homicídio praticado em legítima defesa. O fato é típico, mas não ilícito, daí resultando que não há crime."

- Antijuricidade ou ilicitude: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito;

O fato se torna ilícito quando certa ação infringe a lei penal. Mas, para que o fato seja ilícito, faz-se necessário analisar se é típico. Toda conduta, ação ou omissão, voltada para determinada finalidade.

"É a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico." (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, parte geral, p.315).

De acordo com Juarez Cirino dos Santos, a tipicidade da ação indica a antijuridicidade do fato, as justificações excluem a antijuridicidade do fato, logo, toda ação típica é antijurídica, exceto as ações típicas justificadas.

- Culpabilidade: imputabilidade, a consciência da prática ilícita e exigência de conduta diversa.

Culpabilidade é o juízo de reprovação que recai sob o agente que praticou o fato típico e antijurídico.

Para que o ato seja caracterizado como crime, é necessária ação ou omissão típica, ilícita e culpável, a presença desses elementos é intrínseca para que configure o crime e a responsabilidade criminal. Não há crime se não preenchidos tais requisitos. (Direito Penal, Cleber Masson, 2020, p.6)

Em virtude do Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, se os atos ilícitos dos profissionais de saúde infringirem os interesses indispensáveis do paciente ou à sociedade, merecendo maior reprimenda, aplica-se o cumprimento do direito penal, de acordo com esse princípio, o direito penal agirá em último caso. Todavia, se o ato ilícito for de menor gravidade, aplica-se o direito civil para reparação do dano lesivo.

Quando o fato que resulta o dano, não se enquadram nos elementos caracterizadores da infração penal, a reparação se reestabelece com a ação civil.

É incumbido ao Estado, por intermédio do Ministério Público, reprimir o crime, arcando com o ônus da prova, pois na responsabilidade criminal, o interesse que está sendo lesionado é o da sociedade.

### **6.3 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E ÉTICA**

Os profissionais da área da saúde respondem administrativamente perante o Conselho Regional de Medicina.

A responsabilidade administrativa implica comportamentos que contrariam as normas administrativas, normalmente praticados por um médico de município, por exemplo, acarretando sanções funcionais, como a perda do cargo público, entre outras.

As penas disciplinares impostas pelos Conselhos Regionais estão previstas no artigo 22 da lei 3.268/57. São elas:

“Artigo 22: As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.”

Quando há hipóteses de erro médico, é instaurada uma sindicância para apurar o ato ilícito praticado pelo profissional, que ocorre independentemente das responsabilidades cíveis e penais. A Resolução 2.145/2016 do CFM estabelecendo sobre o procedimento da sindicância e do Processo Ético-Disciplinar.

A sindicância é a primeira fase do processo de investigação administrativa, podendo ser de iniciativa própria do CRM ou por intermédio de denúncias verbais ou escritas, não podendo ser conduzida de forma anônima. Uma vez iniciada a

instauração da sindicância, será nomeado pelo corregedor um conselheiro sindicante para apresentar relatórios conclusivos, indicando a veracidade e materialidade dos fatos descobertos.

Essa sindicância não é de caráter indenizatório, mas tem como objetivo averiguar a conduta. Em seguida, é transformada em PEP (Processo Ético Profissional).

O PEP é desenvolvido de forma análoga a um processo judicial, asseverando o direito de defesa do médico, por intermédio de seu advogado, arguindo provas, realização de audiência e recorrendo a recurso para o CFM.

As penas de advertência e censura são escritas no prontuário do médico e comunicada de forma sigilosa. Os demais tipos de penas são publicados no diário oficial. Em casos de suspensão ou cassação, a carteira profissional e a cédula de identidade do profissional são detidas.

Oito anos após o cumprimento da pena, o profissional pode requerer a habilitação no CRM, com a retirada dos apontamentos, com exceção nos casos de cassação, pois esta pena é irreversível.

As obrigações dos médicos, no que diz respeito a responsabilidade jurídica, estão contidas no Código de Ética Médica (CEM). Um dos princípios fundamentais do exercício da medicina é o da não maleficência, assim dizendo, não causar mal ou danos aos pacientes.

“Capítulo III do CEM, artigo 1º: Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.  
Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.”

Em maio de 2019, foi instituído pela Resolução CFM nº 2.217/2018, o Novo Código de Ética Médica, trazendo mudanças referentes às inovações tecnológicas em comunicação e contato em sociedade.

Surgiram os direitos dos médicos com deficiência de exercer a sua função sem que seja discriminado; o dever do médico assistente ou substituto de prescrever e entregar o sumário de alta ao paciente; quando o prontuário for citado por ordem judicial deve ser diretamente entregue ao juízo requisitante, entre outras mudanças que o novo código trouxe.

O CEM reprimi o médico de prescrever, consultar ou qualquer outro método por meio de comunicação em massa, ou seja, para um número grande de pessoas.

O Código de Ética Médica determina que o médico deve ter pleno respeito com seus pacientes, aplicando todos seus conhecimentos e esforços, com objetivo de tratar o paciente. Cabe também ao profissional de saúde, não deixar o paciente desassistido.

O capítulo XIV traz a responsabilidade por erro médico:

II – “Os médicos que cometerem faltas graves previstas neste Código e cuja continuidade do exercício profissional constitua risco de danos irreparáveis ao paciente ou à sociedade poderão ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico.”

É necessária a averiguação do fato, para que o médico possa ser penalizado, o que normalmente ocorre por intermédio do Poder Judiciário.

No que diz respeito sobre a relação entre médico e paciente, tratando-se dos princípios fundamentais, o CEM dispõe no capítulo I que: “o médico terá, para com os colegas, respeito, consideração e solidariedade, sem se eximir de denunciar atos que contrariem os postulados éticos”.

Acrescenta, no capítulo VII, artigo 50 e 57, que é vedado na relação entre médicos, homiziar erro ou conduta antiética de um colega da área.

“(…)deixar de denunciar atos que contrariem os postulados éticos à comissão de ética da instituição em que exerce seu trabalho profissional e, se necessário, ao Conselho Regional de Medicina”.

Com base no CEM, o Conselho Federal de Medicina determina erro médico da seguinte maneira: “conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”.

Desta forma, é possível dizer que o profissional que deixa de agir quando e como deveria, ou faz de maneira incorreta o desempenho de sua função, comete erro médico. Entretanto, é necessário diferenciar o erro médico, o acidente imprevisível e o resultado incontrolável.

- O acidente imprevisível é oriundo de força maior ou caso fortuito, causando um resultado danoso, inevitável, independente do autor;
- O resultado incontrolável provém da situação cuja solução ainda não é conhecida pela ciência e pelo profissional que atua no momento.

## 6.4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova é destinado a parte interessada, para obter determinada vantagem processual. Trata-se de uma faculdade que são concedidas às partes, com a finalidade de provar o que fora arguido.

O ônus da prova pode ser subjetivo, quando direcionada às partes, ou objetivo, dirigido ao juiz. Como regra ao elemento subjetivo, é imposto a quem dispõe deste ônus, provar os pressupostos fáticos, expondo as pretensões ou defesas, com a finalidade de não correr o risco de uma sentença desfavorável em caso da não convicção do julgador.

Já para o elemento objetivo, é aplicada nas hipóteses em que o julgador não se convencer sobre a autenticidade dos fatos alegados pelas partes, sendo pela ausência de provas ou por obscuridade, o juiz deverá solucionar a lide de acordo com uma regra pré-imposta. Desta forma, não é autorizado ao julgador abdicar-se do julgamento pelo seu não convencimento. Como medida auxiliar, aplicará as regras abstratas previstas em lei, para resolução da lide, resolvendo obstáculos desfavoráveis à parte que não estava incumbida com o ônus, como a posterior aceitação de que a reclamação arguida pela parte contrária não será responsabilizada.

O Código Civil dispõe em seu artigo 333 e incisos, a distribuição do ônus da prova:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:  
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;  
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.  
Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:  
I - recair sobre direito indisponível da parte;  
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

Na esfera da responsabilidade civil médica, o ônus probatório é de compromisso do paciente que fora lesado, arguindo todos os pressupostos fáticos – fato, ilicitude, dano e nexo de causalidade. Este encargo, normalmente, acarreta a improcedência do pedido.

A inversão do ônus da prova não extrai do consumidor a compulsoriedade de provar a culpa do médico, sendo essa a base crucial da responsabilidade civil, conforme Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

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

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’

Quando efetivada a inversão do ônus probatório, ao médico, se houver requerido a perícia, adiantará a remuneração do mesmo, no teor do artigo 95 do Código de Processo Civil, mesmo que não tenha sido reivindicada pelo consumidor ou fixado pelo juiz da causa.

“Art. 95 do Código de Processo Civil - Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.”

Se o juiz da causa não deliberar a prova pericial, e o médico também não requerer, os fatos que foram alegados erros médicos serão subentendidos como verdadeiros.

Tanto a Doutrina quanto a Jurisprudência discernem a inversão do ônus da prova em litígios sobre responsabilidade civil que envolvam erro médico, feita a perícia do médico, os profissionais e os hospitais possuem mais possibilidades de desincumbir-se do *ônus probandi*.

A dinâmica do ônus da probatório baseia-se na responsabilidade dos profissionais em provar que agiram em conformismo com as leis, a ética e a literatura médica especializada.

“Não se desincumbindo o réu do ônus de demonstrar a ausência de culpa pelas complicações médicas que culminaram no falecimento da mãe do autor, que se lhe impunha em virtude da inversão operada pelo d. juízo de origem, não carece de reparos a r. sentença que reconheceu a responsabilidade civil do apelante e o condenou à compensação dos danos morais experimentados pelo autor.” (Acórdão n.543425, 20040710093847APC, Relator: CARMELITA BRASIL, Revisor: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/10/2011, publicado no DJE: 24/10/2011. Pág.: 77).

Em outro julgamento foi decidido que:

“Incumbe ao profissional o ônus da prova de ter prestado os seus serviços dentro dos padrões de cuidado, atenção e sincera dedicação na busca da cura, sob pena de arcar com os danos causados em decorrência da adoção de equivocados procedimentos.” (Acórdão n.135538, APC5320899, Relator: SÉRGIO BITTENCOURT, Revisor: LECIR MANOEL DA LUZ, 4ª Turma Cível,

Constata-se que a aplicabilidade da teoria da dinâmica do ônus da prova, por meio de evidência dos requisitos legais comprova a veracidade das alegações ou carência técnica, afastando ou aproximando a responsabilidade.

O ônus da prova imputado à vítima não pode ser considerado uma obrigação, pois é impossível exigir o cumprimento.

Mesmo que, na maioria dos casos, a responsabilidade do médico seja subjetiva, não impede a aprovação da inversão ou alocação dinâmica do encargo probatório.

Sérgio Cavalieri Filho mostra o conceito da inversão do ônus da prova:

“É no campo da prova que o consumidor encontra as maiores dificuldades pra fazer valer seus direitos em juízo. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor, expressamente prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC é a mais importante técnica que possibilita vencer essas dificuldades no caso concreto” (Cavalieri, 2009, p. 289).

A possibilidade da inversão, posto que a hipossuficiência a que alude o CDC não é apenas econômica, mas também técnica. Assim, se o consumidor não ostentar condições financeiras ou técnicas para produzir a prova constitutiva do seu direito, o juiz poderá inverter tal ônus, transferindo-o ao demandado: “Não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6º., inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor”.

## **6.5 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO DO MAGISTRADO**

A figura do magistrado é de extrema importância para solucionar ou apaziguar os conflitos.

O magistrado possui o dever de examinar o fato e a norma e averbar a sua fundamentação.

Quando uma lei é criada, logo será aplicada, e faz referência a casos genéricos, isto é denominado norma jurídica. O magistrado fará o encadeamento entre a norma e o caso concreto.

O juiz analisa o caso, de acordo com o tipo, enquadrando-o em algum conceito normativo, isso significa que encontrará dentro do nosso ordenamento qual o melhor meio a ser aplicado no caso.

A doutrinadora Maria Helena Diniz informa:

“Na determinação do direito que deve prevalecer no caso concreto, o juiz deve verificar se o direito existe, qual o sentido da norma aplicável e se esta norma aplica-se ao fato sub judice. Portanto para a subsunção é necessária uma correta interpretação para determinar a qualificação jurídica da matéria fática sobre a qual deve incidir uma norma geral. (CURSO DE DIREITO CIVIL 1, 28 ed)

Entretanto, acontece do juiz se depara com casos que não estão previstos nas normas jurídicas, ou havendo alguma imperfeição na redação do processo, deixando-o duvidoso.

Quando presente essas espécies de casos, o magistrado deverá valer-se da hermenêutica – uma forma da interpretação das leis – e conferir a aplicabilidade da norma, garantindo a melhor que se adequa ao fato.

Em suma, os magistrados devem sempre, a partir do caso concreto, examinar de forma minuciosa a interpretação dos fatos e escolher a norma mais adequada.

## **7 JULGADOS**

As sanções disciplinares começam com uma advertência verbal confidencial, regredindo para censura, ainda em caráter confidencial, em seguida passa a ser uma censura pública em publicação oficial, uma suspensão do exercício profissional por até trinta dias e, a mais grave cassação do exercício da função, do Conselho Federal.

A competência sancionatória é do Conselho Regional em que o médico se encontra inscrito no momento de sua conduta ilícita.

O site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios mostra o caso de um paciente que será indenizado por erro médico, processo de nº 2005.01.1.139032-2 APC, arguido em desfavor do Hospital São Francisco.

A 3ª turma Cível do TJDFT manteve a decisão que foi proferida pela 4ª Vara da Fazenda Pública, sentenciando ao hospital, o pagamento da indenização valorada em trinta mil reais. Todavia, o hospital recorreu para não efetuar o pagamento da indenização, e o paciente recorreu para que o valor fosse maior.

Nos autos do processo está exposto que o paciente procurou atendimento hospital ao sentir fortes dores no abdômen. No atendimento, o médico do plantão solicitou exame de endoscopia, além de prescrever medicação. Após o atendimento, o paciente apenas retornou para o hospital para realização dos exames.

Passando algum tempo, o paciente voltou a sentir dores e, recorreu ao Hospital de Base, na qual fora diagnosticado apêndice, e imediatamente foi submetido a cirurgia. Durante o procedimento, percebeu-se o diagnóstico de apendicite supurada aguda, com perfuração e necrose do apêndice. Além de ficar internado por sete dias, sofreu outra cirurgia, devido a um abscesso residual e inflamação do ceco, precisando da retirada parcial do intestino. Depois de alguns meses, necessitou de uma nova intervenção cirúrgica para a dessecção de cicatrizes e retirada de granulomas de fio.

O paciente buscou a justiça, reivindicando quarenta mil reais por danos morais, justificando que foi vítima de erro médico quando procurou atendimento no primeiro hospital citado no processo.

O hospital alegou em sua defesa que o ato do médico de plantão foi a correta, e a culpa foi do próprio paciente que saiu do hospital sem realizar os exames necessários.

Tanto o paciente, quanto o hospital recorreram a decisão da 4ª Vara da Fazenda Pública.

O desembargador relator, após a análise dos recursos, alegou que a conduta do médico plantonista foi divergente da exigida pela literatura médica, por motivo na qual o paciente deveria ter sido medicado e continuado em observação.

Ressalta ainda, que a responsabilidade civil objetiva do hospital não pode ser descartada, pois tem como objetivo principal promover o devido atendimento aos pacientes.

Desta forma, manteve a decisão de primeira instância, entendendo que o valor de trinta mil reais atende a gravidade e as consequências da conduta lesiva.

Não sendo cabível mais recurso de mérito na esfera do TJDFT.

A jurisprudência é rígida quando se trata na atuação do médico, alegando que é uma obrigação de meio, com exceção de algumas especialidades. Para que seja caracterizada a responsabilidade civil do profissional, deve-se este ter realizado a conduta na modalidade culposa.

Há processos em que o dano realmente provém da conduta médica.

**ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.** Sentença de procedência, condenando a ré a indenizar o autor por danos morais e estéticos, de R\$ 350.000,00, corrigido monetariamente a partir da publicação da sentença; além de pagar todas as despesas médicas necessárias para minimizar as sequelas do erro médico do nascimento; e, por fim, a prestar pensão mensal vitalícia de 5 salários mínimos, retroativa à data do nascimento, as prestações vencidas a serem calculadas com o valor do salário mínimo da época da liquidação e as vincendas com o salário mínimo de cada vencimento. Irresignação da ré. 1. Prescrição. Ocorrência quanto às pretensões dos pais do menor. Erro médico ocorrido quando do parto, em 01/07/2001. Não aplicação da ressalva do art. 2.028 do Código Civil/2002, pois não transcorrido mais do que a metade do prazo estabelecido no Código anterior quando da entrada em vigor da nova regra. Prazo prescricional já transcorrido integralmente quando do ajuizamento da ação em 09/01/2013. Prazo prescricional trienal (art. 206, §3º, V, CC). Prescrição que não corre apenas em face do incapaz (art. 198, I, CC). Prescrição reconhecida para as pretensões dos pais do menor. 2. Erro médico. Configuração. Atraso na ultimateção do parto. Fatores complicadores da gravidez, em especial hipertensão da gestante. Laudo pericial expresso quanto à necessidade de ultimateção do parto em 28/06/2001, antes da data em que fora realizado pela apelante. Erro médico configurado (arts. 186 e 927, CC, e 14, CDC). 3. Danos materiais. Indenização por despesas médicas. Limitação às despesas ligadas ao tratamento da encefalopatia crônica não evolutiva e posteriores à sentença. Ausência de provas das despesas custeadas antes do ajuizamento da ação e até a sentença, que poderiam ser provadas documentalmente. Inadmissibilidade de pedido genérico para essas despesas anteriores à sentença (art. 324, §1º, CPC). Pensão mensal vitalícia. Limitação à pensão devida a Nikolas. Valor de um salário-mínimo a partir dos 14 anos. Fixação anterior que importaria em julgamento extra petita (art. 492, CC). 4. Danos morais. Redução. Indenização fixada em R\$ 150.000,00, com correção monetária a partir da fixação (Súmula 362, STJ), e juros de mora a partir da citação (art. 240, CPC). Sentença reformada em parte, para (i) reconhecer a prescrição das pretensões indenizatórias dos autores (...); (ii) limitar a indenização das despesas médicas do tratamento

da ECNE do autor Nikolas apenas às despesas ocorridas após a sentença, a serem apuradas em liquidação de sentença; (iii) reduzir a pensão mensal vitalícia devida a Nikolas, para o valor de um salário mínimo, a partir da data em que ele completou 14 anos; e (iv) reduzir a indenização dos danos morais para R\$ 150.000,00, com correção monetária a partir da sentença e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Sucumbência recíproca (art. 86, CPC). Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 0001736-93.2013.8.26.0100; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/08/2014; Data de Registro: 11/09/2020)

**ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FRATURA DE PATELA NÃO DIAGNOSTICADA NO ATENDIMENTO.** Insurgência de ambas as partes contra sentença de procedência. Manutenção. Erro médico comprovado diante do erro de diagnóstico causado por negligência. Não realização do exame de raio-x. Laudo pericial conclusivo no sentido de que houve falha no atendimento. Valor arbitrado suficiente e razoável. Recursos não providos. (TJSP; Apelação Cível 1009912-76.2015.8.26.0196; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/12/2019; Data de Registro: 11/12/2019)

Erro médico. Indenização. Considerações acerca da responsabilidade civil de médicos, hospitais e planos de saúde. O menor filho dos autores sofreu cirurgia desnecessária pelo erro médico na leitura de dois exames de ultrassom, conforme laudo pericial. A questão não deve ser examinada pelo prisma da inexistência de seqüela, até porque sem necessidade a cirurgia, mas do sofrimento e do risco desnecessários causados pelo erro. Dano moral presente e arbitramento em R\$ 10.000,00 para todos os autores que é adequado, com correção monetária e juros da publicação deste acórdão. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 0009737-76.2013.8.26.0291; Relator (a): Maia da Cunha; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaboticabal – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/02/2019; Data de Registro: 15/02/2019).

Há casos em que o dano causado pelo hospital não recai sobre o profissional. O profissional da saúde terá responsabilidade apenas quanto a sua atuação, é indispensável o nexo de causalidade para que haja relação entre as responsabilidades, ou seja, o dano deve ter sido ocasionado pela conduta do profissional ou de sua equipe.

Vale ressaltar, no quesito de julgamento do erro médico, que o fato possa ser resultado de uma forma imprevisível do organismo, evolução natural da enfermidade, podendo até mesmo ser falta de cautela necessária pelo próprio paciente.

**ERRO MÉDICO. REAÇÃO ADVERSA A MEDICAMENTOS.** Autora ajuizou a demanda visando o recebimento de indenização pelos danos morais que alega ter sofrido em razão de erro médico na prescrição de medicamentos. Sentença de improcedência. Apelo da autora. Sentença que conclui pela falta de provas de erro médico na prescrição dos medicamentos. Ausência de realização de prova pericial. Prova essencial à apuração de eventual excesso na prescrição dos medicamentos e da causa das reações adversas relatadas pela autora. Reabertura da instrução, ainda que de ofício e em segundo grau. Princípio inquisitivo. Art. 130, do Código de Processo Civil. Dever-poder de julgamento justo (art. 3º, I, da Constituição Federal). Sentença anulada, com determinação. (TJSP; Apelação Cível 1007953-93.2017.8.26.0004; Relator (a): Mary Grün; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional

IV – Lapa – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/09/2020; Data de Registro: 09/09/2020)

Erro médico. Ação de indenização. Falha no atendimento médico hospitalar dispensado ao apelante. Ferimento na perna causada por queda sobre um ganho de árvore. Constatação posterior da presença de fragmentos no ferimento. Fato que, per si, não indica a ocorrência de erro médico, à vista da possibilidade do corpo estranho não ser detectado na primeira abordagem (laudo, fls. 390). Erro médico afastado pelo laudo pericial. Prova técnica não contrastada nos autos por elemento de convicção de igual quilate. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 0005993-92.2012.8.26.0296; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaguariúna – 2ª Vara; Data do Julgamento: 25/07/2019; Data de Registro: 25/07/2019).

ERRO MÉDICO. FRATURA DE LISFRANC NO PÉ DIREITO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS. Sentença de improcedência. Irresignação da autora. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Prova oral desnecessária (art. 370, § ú., CPC). Suficiente da prova pericial. Erro médico. Não configuração. Laudo pericial conclusivo, quanto à inexistência de conduta culposa dos médicos. Lesão diagnosticada corretamente, com tratamento conservador indicado para o caso. Evolução do quadro clínico que era esperada. Necessidade de cirurgia que deveria ser realizada posteriormente. Ausência de responsabilidade civil dos médicos (art. 14, §4º, CDC, e arts. 186 e 927, CC). Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1005577-28.2016.8.26.0568; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de São João da Boa Vista – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/02/2020; Data de Registro: 18/02/2020)

ERRO MÉDICO – Indenizatória – Sentença de improcedência – Justiça gratuita – Autor que não faz jus à benesse – Cerceamento de prova – Não ocorrência – Autor que sofreu acidente doméstico, fraturou pé esquerdo e vinha sendo tratado junto ao médico corrêu, no estabelecimento corrêu, sob abordagem médica conservadora (imobilização, medicamento e fisioterapia) – Autor que sustenta que seu caso demandava intervenção cirúrgica – Ambas as técnicas, segundo estudos colacionados aos autos, conduzem ao mesmo resultado, inexistindo erro médico na adoção da abordagem conservadora, adotada pelos réus, ao invés da cirúrgica, defendida como correta pelo autor – Decisum mantido – Apelo não provido, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1095406-37.2014.8.26.0100; Relator (a): Rui Cascardi; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/12/2011; Data de Registro: 02/04/2020).

## **7.2 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**

O Conselho Federal de Medicina (CFM), criado em 1951, é instituído como um órgão designado a atribuições constitucionais de fiscalização e normatização das atividades desenvolvidas pelos profissionais da medicina. Desempenhando a função de proteger a saúde da população, além de ser responsável pelo registro do médico profissional e pela aplicabilidade das sanções do Código de Ética Médica.

O CRM conceitua erro médico como:

“A falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos Conselhos de Medicina ou na Justiça, em que o médico foi condenado, o foi por erro culposo”. (Brasília-DF: CFM, 2001).

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, modificado pelo Decreto n.º 6.821, de 14 de abril de 2009 e pela Lei n.º 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e, consubstanciado nas Leis n.º 6.828, de 29 de outubro de 1980 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999; e

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO que as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes;

CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade;

CONSIDERANDO as propostas formuladas ao longo dos anos de 2008 e 2009 e pelos Conselhos Regionais de Medicina, pelas Entidades Médicas, pelos médicos e por instituições científicas e universitárias para a revisão do atual Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO as decisões da IV Conferência Nacional de Ética Médica que elaborou, com participação de Delegados Médicos de todo o Brasil, um novo Código de Ética Médica revisado.

CONSIDERANDO o decidido pelo Conselho Pleno Nacional reunido em 29 de agosto de 2009;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em sessão plenária de 17 de setembro de 2009.

RESOLVE: Art. 1º Aprovar o Código de Ética Médica, anexo a esta Resolução, após sua revisão e atualização. Art. 2º O Conselho Federal de Medicina, sempre que necessário, expedirá Resoluções que complementem este Código de Ética Médica e facilitem sua aplicação. Art. 3º O Código anexo a esta Resolução entra em vigor cento e oitenta dias após a data de sua publicação e, a partir daí, revoga-se o Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM n.º 1.246, publicada no Diário Oficial da União, no dia 26 de janeiro de 1988, Seção I, páginas 1574-1579, bem como as demais disposições em contrário. (RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009).

PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM Nº 481/2018 (PAe 000042.13/2019-CFM) - ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado do Pará (Processo nº 000027/2014).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros da 1ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso interposto pelo apelante, reformando a decisão do Conselho de origem, que lhe aplicou a pena de "Censura Pública em Publicação Oficial", prevista na letra c do artigo 22 da Lei nº 3.268/57, para ABSOLVIÇÃO, descaracterizando infração aos artigos 17 e 18 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09, DOU 13.10.2009), nos termos do voto do conselheiro relator. Brasília, 30 de outubro de 2019. (data do julgamento) HELENA MARIA

CARNEIRO LEÃO, Presidente da Sessão; DONIZETTI DIMER GIAMBERARDINO FILHO, Relator.

PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL CFM Nº 503/2018 (PAe 000046.13/2019-CFM) - ORIGEM: Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia (Processo nº 000056/2015).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros da 2ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela apelante, mantendo a decisão do Conselho de origem, que lhe aplicou a pena de "CENSURA CONFIDENCIAL EM AVISO RESERVADO", prevista na letra b do artigo 22 da Lei nº 3.268/57, por infração aos artigos 18 e 19 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09, DOU 13.10.2009), cujos fatos também estão previstos nos artigos 18 e 19 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/18, DOU 01.11.2018), nos termos do voto da conselheira relatora. Brasília, 30 de outubro de 2019. (data do julgamento) JEANCARLO FERNANDES CAVALCANTE, Presidente da Sessão; ROSYLANE NASCIMENTO DAS MERCÊS ROCHA, Relatora.

No decorrer deste trabalho vimos que, o conceito de erro médico imposto pela CFM, é a ação ou omissão do profissional que atuou com imprudência, negligência ou imperícia. O erro médico é distinguido pela forma de tratamento adotada pelos profissionais, pois se trata de uma função de prestação de serviços com obrigação de meio, e muitas vezes os pacientes e familiares não compreendem.

### **7.3 CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA**

O Conselho Regional de Medicina é o órgão competente para fiscalizar o exercício do médico, atuando em defesa da população. É responsável por fornecer o número de registro do médico no seu Estado, constatando que o profissional está legalmente capacitado para exercer sua função.

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MÉDICO INSCRITO PERANTE O CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (CRM-MG). INEXIGIBILIDADE DE INSCRIÇÃO OU DE REGISTRO PERANTE O CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (CRM-RJ).

1. Em Direito Público (Direito Administrativo) vigora o princípio constitucional da legalidade (Constituição Federal, art. 37, caput), pelo qual a Administração Pública somente está autorizada a proceder de conformidade com o preceituado em lei.
2. O registro ou a inscrição perante os conselhos de fiscalização profissional constitui matéria regulada exclusivamente pela lei (Lei 6.839/1980, artigo 1º.).
3. Médico inscrito perante o Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais (CRM-MG) desde 28 de setembro de 1992. Inexigibilidade de inscrição do Estado do Rio de Janeiro (CRM-RJ). Cobrança de

anuidade no período de 1996 a 2000. Inexigibilidade. 4. Apelação provida.

#### ACÓRDÃO

A Turma Suplementar, por unanimidade, deu provimento à apelação. AC 0034539-02.2005.4.01.9199 (1º REGIÃO TRF 1 8/01/2012).

Consulta nº 18.952/04

Assunto: Se pode um médico funcionário público estável ser dispensado através de decisão proferida em Processo Administrativo Disciplinar, por ter supostamente cometido infrações de caráter ético, sem que o CRM tenha sido consultado anteriormente sobre as supostas faltas éticas.

Relator: Conselheiro Henrique Carlos Gonçalves.

Ementa: A infração ético-profissional do médico somente pode ser estabelecida em decisão tramitada em julgado em processo legal julgado por Conselho Regional de Medicina de competência. (CREMESP, 2004).

O Brasil não fornece saúde adequada à população. Embora previsto na Constituição Federal a saúde como dever do Estado, é visível a falta de estruturas e médicos devidamente capacitados para o devido atendimento da sociedade. É decorrente destes fatores o crescente número de processos por erro médico.

Entretanto, ao se julgar um processo por erro médico, deve ser analisado se o dano é derivado de uma resposta imprevisível do organismo em relação ao tratamento.

Uma das sanções disciplinares é a perda do CRM. Primeiro é feita uma advertência confidencial, censura, publicação em diário oficial e suspensão de 30 dias. A pena mais grave é a cassação do registro, na qual impede o profissional de voltar a atuar no ramo da medicina.

## 8 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL SOBRE ERRO MÉDICO

De acordo com o entendimento doutrinário, quando o paciente deseja procurar o poder judiciário para arguir o erro médico, deve ser comprovado pela vítima, o dano causado pela conduta do profissional que o atendeu, e que agiu com culpa. O erro não se limita apenas a figura do médico, lembrando que este é responsável por sua equipe, pode também o hospital ser atingido.

A prestação de serviços médicos possui natureza jurídica controversa entre os doutrinadores. Alguns consideram como obrigação de meio, enquanto outros entendem como uma obrigação de resultado. A maioria dos médicos que atua, em determinada área baseada na obrigação de meio, em regra, executam suas funções objetivando a melhora dos pacientes, mas não podem garantir a cura por circunstâncias que ultrapassam a sua responsabilidade.

Entretanto, existem outras áreas médicas, como a da estética, em que o profissional dará aos seus pacientes a garantia de certos resultados.

A jurista Maria Helena Diniz, no que tange a responsabilidade médica, relata que:

“A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, pôr não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina. “Todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas e nos contratos de acidentes.” (2003, pag. 271).

O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa entende que, o médico utiliza de todos os recursos possíveis para curar o paciente, mas não são obrigados a isso. Quando o médico utiliza toda a tecnologia disponível em seu alcance, de forma cautelosa e prudente, para tratar seu paciente, está realizando a sua obrigação. (2003, pág. 77/78).

A jurisprudência é de extrema relevância para qualquer tipo de ação, há uma expectativa que em casos semelhantes deverão ser concebidos os resultados de maneira semelhante. Logo, se a parte que move a ação, possui alguma expectativa

relacionada ao seu propósito, que já fora discutida em juízo, vale a busca por jurisprudências que possuam o mesmo contexto com o caso em tela.

Caso haja precedentes suficientes a respeito do mesmo assunto, quando confirmada a sentença, o juiz deverá explicar o motivo de sua sentença ser adversa à súmula anexa. Ressaltando-se que a jurisprudência é uma questão de parâmetros.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho foi realizado um estudo sobre como são punidos os profissionais da saúde que agem de forma ilícita, trazendo o ponto de vista jurisprudencial e doutrinária, no âmbito penal, civil e administrativo.

No decorrer deste, foi introduzido alguns casos em que o médico fora absolvido ou condenado, e a posição da justiça em relação ao caso concreto.

Realizando o estudo sobre erro médico, verificamos que é crescente os casos de pacientes lesionados no Brasil devido a conduta do médico, ou pela falta de estrutura dos hospitais.

A ciência em conjunto com a medicina é relevante para todos os indivíduos, ambas estão sempre em evolução para benefícios dos pacientes. Desta forma, o Código de Ética Médica orienta como o profissional da saúde deve agir para garantir a vida do paciente, de maneira responsável e ética.

Manifestada o ato ilícito do profissional, sob ponto de vista penal, a responsabilidade é mais árdua para se provar. Entretanto, na esfera civil é mais fácil, e possui maior destaque atualmente. É necessário a demonstração da conduta que lesionou o paciente, ou gerou a sua morte.

Na esfera penal, o crime é caracterizado de forma dolosa ou culposa, em ocorrências de óbitos ou lesões corporais. Neste caso, o profissional é responsabilizado quando comprovados os atos ilícitos, por meio de negligência, imprudência ou imperícia durante o atendimento e/ou procedimento feito pelo médico.

Na esfera civil, a responsabilidade imposta é a obrigação de indenizar, reparando o dano causado ao paciente no exercício de sua função. Está ligada diretamente a concepção da culpa civil.

Já na esfera administrativa, o Conselho Federal e Regional de Medicina pune o médico de acordo com sua conduta antiética, podendo ser afastado do cargo e, na pior das opções, ser cassado, não podendo se reintegrar na profissão.

Os profissionais são responsabilizados de forma subjetiva, já o hospital de forma objetiva, pois este tem o dever de fiscalizar, fornecer equipamentos necessários para o zelo com a vida dos pacientes. Observamos que os médicos, de acordo com alguns doutrinadores, não são obrigados a curar seus pacientes, entretanto, devem dispor de todos os meios necessários – desde que possíveis – para tratá-los.

As passíveis possibilidades que um paciente, ou membro de sua família na ausência deste, são diversas, podendo alcançar na justiça comum ou federal, depende do polo passivo da requisição. Todavia, há necessidade de provar que a conduta do médico, ou de qualquer outro profissional desta área, seja causada por dolo ou culpa, ou seja, com intenção ou sendo por negligência, imprudência ou imperícia.

Esse assunto se trata de um direito da saúde, atribuindo a responsabilidade a um terceiro – o profissional da saúde – por este motivo deve ser amparado por documentos recentes, completos e atualizados, além de ser analisado pela perícia, verificando a veracidade das provas demonstradas pelo paciente, reforçando todas as provas documentais.

Destaca-se ainda que, quem perder a demanda, possui o dever de suprir o pagamento dos honorários advocatício da parte contrária, requerendo mais cautela do profissional que adentrará com uma ação judicial. Entretanto, a ideia de arguir acusação contra o profissional da saúde, sem provas suficientes, não é seguro, podendo acarretar possíveis consequências. Cada caso deve ser analisado de acordo com suas peculiaridades.

É necessário verificar as condições em que o paciente se encontra, antes e depois de determinado procedimento que tem como natureza principal à saúde, analisando a responsabilidade clínica e médica.

Por se tratar de uma ação referente ao direito à saúde, à vida, à dignidade humana, é caracterizada pela exaustão em que as partes são submetidas. A análise da culpa com indenização é feita de diversas formas.

O poder judiciário, a partir do caso concreto, é partidário a vítima, buscando solucionar questões que envolvam o resultado ilícito de uma conduta médica. Mas, sentencia aquele que tenta incriminar sem discernir sobre os fatos, podendo ser submetido a pagar honorários de sucumbência e custas processuais.

Todos estamos sujeitos a cometer falhas e erros durante qualquer fase de nossa vida. Apesar de o erro não ser completamente possível de ser evitado, faz-se necessário adquirir algumas atitudes cautelosas e preventivas, na qual auxiliará os profissionais a diminuir as chances de cometer falhas, tais como uma boa comunicação na troca de plantão, higiene correta, sempre atualizando as informações, entre outras.

Vale ressaltar também, a importância da fiscalização e atuação do poder judiciário, frente àqueles profissionais que agem na má-fé, aplicando as devidas sanções assim que comprovado que o ato foi para provocar o dano a outrem.

Diante do exposto, conclui-se que o médico será penalizado se presente os requisitos do nexo causal, da conduta, do dano e culpa. Todavia, o médico pode estar amparado por algumas excludentes da responsabilidade, como por exemplo a culpa da vítima, caso fortuito ou força maior.

## 10 REFERÊNCIAS TEÓRICAS

VIEIRA, Luzia Chaves. Texto: Responsabilidade Civil Médica, Disponível em: <http://www.triang.com.br/nafap/luzia.htm>

JORNAL A TRIBUNA. Processos Judiciais registram alta de 1.600%. Disponível em: <http://www.tribunapr.com.br/noticias/parana/processos-judiciais-contra-medicos-registram-alta-de-1-600/>

ROMANELLO NETO, Jerônimo. Responsabilidade Civil dos Médicos, p. 178 e 179.  
GOLDIM, José Roberto, Covid-19 e o uso compassivo ou Off Label de Medicamentos, Bioética complexa. Disponível em: <https://bioeticacomplexa.blogspot.com/2020/04/covid-19-e-o-uso-compassivo-ou-off.html?m=1>

PROCESSO-CONSULTA CFM nº8/2020–PARECER CFM nº 4/2020  
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4>. ASSUNTO: Tratamento de pacientes portadores de COVID-19 com cloroquina e hidroxicloroquina  
RELATOR: Cons. Mauro Luiz de Britto Ribeiro

Entrevista com o médico Drauzio Varella sobre pandemia de Covid-19 no Brasil, disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/08/06/chegamos-a-essa-tragedia-por-um-acumulo-de-erros-diz-drauzio-varella-sobre-pandemia-de-covid-19-no-brasil.ghtml>

Dados epidemiológicos no Brasil, disponível em: <https://www.gov.br/pt-br>  
GOMES, Júlio César Meirelles. Erro médico: reflexões. Disponível em <http://www.cfm.org.br/revista/bio2v2/reflerro.html>

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral I. 6. Ed, ampl. E atual – Curitiba, PR: ICPC Cursos e edições, 2014 p.215 e 216.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal – parte geral. Vol. 1 – 16.ed. Rio de janeiro: Impetus 2014.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1. p. 352

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003

Código de ética médica, Resolução nº CFM nº 2.217 disponível em:  
<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil do Advogado à luz das recentes alterações legislativas. Revista, V.797, ano 91. março 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade civil. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELISO RODRIGUES, Alessandro Carlo. Responsabilidade civil médica Distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica- Revista de Informação legislativa ano 51, número 203 jul/set. Disponível em  
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507416/001017707.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica. Responsabilidade Civil do Médico. 4.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.67-98.

Erro Médico - À Luz da Jurisprudência Comentada 2ª Ed. Revista atualizada e ampliada, Hildegard Taggesell Giotri. 2004

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.