

Atualização/Current Comments

ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM PRÁTICA LIBERAL

Paulo Antonio de Carvalho Fortes*

FORTES, P.A. de C. Aspectos ético-jurídicos da responsabilidade civil do médico em prática liberal. Rev. Saúde públ., S. Paulo, 24: 518-22, 1990.

RESUMO: É feita atualização de conceitos ético-jurídicos referentes à responsabilidade civil do trabalho médico efetuado em prática liberal. São analisados tópicos que norteiam a formação do vínculo contratual entre o médico e seu cliente assim como os princípios da noção de culpa, elemento básico da responsabilidade civil tanto para os atos técnicos quanto no domínio do humanismo médico. São destacadas soluções apresentadas para a questão, em sistemas jurídicos europeus.

DESCRITORES: Jurisprudência. Ética médica. Prática privada.

INTRODUÇÃO

A atividade médica, representando um dos principais componentes do processo de produção do setor saúde, pode se apresentar desde a forma de assalariamento até a prática autônoma, a medicina liberal. Apesar do progressivo assalariamento, ocorrido nas últimas décadas, pelo qual passa a categoria médica em nosso país, a atividade liberal ainda compõe uma significativa parcela de inserção dos médicos no mercado de trabalho, devido principalmente à adoção de formas conjugadas de trabalho autônomo-assalariado.

Segundo Donnangelo⁵ (1971), que estudou uma população de 1.166 médicos da região da Grande São Paulo, 63% dos profissionais ainda exerciam a prática liberal, parcial ou integralmente. Também o estudo realizado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, em 1982, mostrou um percentual de 47% de continuidade de existência da prática liberal entre os médicos paulistas³.

É propósito dos estudos do campo do Direito Sanitário o conhecimento das normas que regem as relações entre os profissionais de saúde e na clientela; relações em que estão envolvidos aspectos ético-jurídicos referentes ao desempenho do trabalho dos profissionais¹. Sendo que passamos uma etapa de reformulação jurídico-organizacional da sociedade brasileira e, em particular, do campo da assistência à saúde, faz-se necessário o conhecimento das normas que norteiam a responsabilidade jurídica do médico no presente momento.

O CONTRATO MÉDICO

O contrato médico, geralmente não escrito, em forma não solene, é derivado da vontade das partes sob o mesmo objeto. É sinalagmático, se caracterizando pela reciprocidade das obrigações das duas partes. O médico é responsável por atos e cuidados a serem dispensados ao cliente, este último, pelo pagamento aos serviços efetuados; portanto, o contrato é oneroso².

Ao cliente é dada a possibilidade de livre escolha de seu médico. A relação estabelecida é "intuitu personae", ou seja, é a qualidade dos contratantes que motiva o acordo. Um erro a esse respeito pode levar à nulidade do contrato.

Se um cliente dirige-se a determinado profissional, mas encontra um substituto, ele poderá requerer a nulidade do vínculo contratual. Se ele estabelece o contrato pensando tratar-se de um especialista, mas se acha diante a um profissional sem as exigências legais estabelecidas para tanto, o cliente poderia invocar um vício contratual.

O contrato é geralmente estabelecido por um período indeterminado, sobretudo para os casos de acompanhamento clínico, mas pode sê-lo para um ato determinado, como nas cirurgias estéticas.

Ao médico também é garantida a liberdade contratual. Segundo o artigo 7º do Código de Ética Médica, ele não é obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseja, salvo na ausência de outro colega e nos casos de urgência. Sua omissão não pode ocorrer também nas situações

* Departamento de Prática de Saúde Pública da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo — Av. Dr. Arnaldo, 715 - 01255 — São Paulo, SP — Brasil.

que possam trazer danos irreversíveis ao paciente. O artigo 28 evoca sua possibilidade de recusar-se a atos que, embora legais, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

A relação contratual pode ser extinta pelo cliente a todo momento. Quanto ao profissional, ele também pode romper o vínculo contratual desde que não cause prejuízos ao paciente. O parágrafo primeiro do artigo 61 do referido Código de Ética enuncia que "ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique ao paciente ou seu representante legal (...)". Deve, contudo, assegurar-se da continuidade dos cuidados e da assistência e tendo o dever de fornecer todas as informações necessárias ao colega que o suceder. O abandono do paciente em situação de perigo fará com que o profissional incorra em sanções penais devido às disposições do Artigo 135 do Código Penal que dispõem sobre a omissão de socorro.

Os médicos legalmente habilitados e não incorrendo em sanções disciplinares impeditivas do exercício da profissão são capazes para realizar o contrato. Por seu lado, os clientes maiores e capazes e os emancipados exercem a capacidade de estabelecer o contrato médico. Os menores e os incapazes dependem da autorização de seus representantes legais (pais, tutores ou curadores).

O objeto do contrato deve estar fundamentado no Direito, ser lícito. Não é válido para a realização de atos não condizentes às normas legais atualmente em vigor no país. O artigo 66 do Código de Ética veda ao médico "utilizar meios destinados a abreviar a vida do paciente ainda que a pedido deste, ou de seu responsável legal", ou seja, veda a prática da eutanásia. Também não poderá realizar abortos a não ser nas hipóteses previstas pelo artigo 128 do Código Penal.

Os motivos contratuais podem ser os de ministrar cuidados médicos, atos clínicos ou cirúrgicos, dar conselhos e informações, estabelecer medidas preventivas, de higiene ou emitir certificados médicos.

A NOÇÃO DE CULPA NA RESPONSABILIDADE MÉDICA

O artigo 159 do Código Civil enuncia que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Portanto, a responsabilidade civil pode ser promovida por dolo ou culpa. O dolo é caracterizado quando o ato é voluntário, intencional. Já, no ato culposo, não há intencionalidade, podendo ser devido a negligência, imprudência ou imperícia.

A existência de culpa é essencial para se promover a responsabilidade civil na prática da medicina liberal, não se aceitando a noção de responsabilidade objetiva, sem culpa. Esta deve ser provada pelo queixoso; as provas podem advir de todos os meios legais, tais como escritos, testemunhas ou peritagem. Na responsabilidade contratual a culpa pode ser entendida como um não cumprimento de um dever pré-existente no contrato firmado pelas partes. Deve referir-se a um bem legalmente protegido, não se podendo invocá-la para indenização de atos contrários às normas jurídicas⁴.

Em seu julgamento o juiz pode levar em consideração os fatores de tempo, local e de urgência nas quais o ato culposo foi praticado, que podem-se constituir em circunstâncias atenuantes.

ATOS TÉCNICOS

São atos cuja execução necessita de estudos e conhecimentos específicos à profissão médica. Sua realização por pessoa não habilitada caracteriza o exercício ilegal da medicina, passível a sanções prescritas pelo artigo 282 do Código Penal em vigor. O artigo 30 do Código de Ética veda ao médico a delegação de atos ou atribuições exclusivas à profissão médica para outros profissionais. E o artigo 38 do mesmo texto afirma a ilegalidade da cumplicidade com os que exerçam illicitamente a medicina.

O diagnóstico é um ato técnico composto de procedimentos destinados à pesquisa de uma patologia clínica ou cirúrgica, o estabelecimento de sua etiologia e patogênese. Um erro no diagnóstico não é necessariamente culposo. O médico tem a obrigação de meios, não a obrigação de resultados, sendo que ao queixoso cabe provar que o profissional não lançou mão dos meios possíveis e necessários para o estabelecimento de um correto diagnóstico. O Código de Ética, em seu artigo 57, afirma que o médico deve utilizar todos os meios necessários de diagnóstico a seu alcance em favor do paciente.

Mas, o profissional, ao considerar os meios a serem utilizados, deve levar em conta o balanço entre as vantagens possíveis para o doente e, de outro lado, os riscos e os inconvenientes a serem esperados.

O artigo 56 do Código de Ética evoca o direito que deve ter o paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, ressalvadas as situações de urgência.

Um dos princípios fundamentais da prática médica é a liberdade de prescrição. Às instituições privadas como às públicas é vedado que impeçam ao médico de escolher livremente os meios a serem postos em prática para a execução de um tratamen-

to, salvo quando no interesse do paciente (Código de Ética, artigo 16). Mas, a liberdade de prescrição deve conhecer limites em benefício do próprio paciente, sendo que ao profissional é vedada a utilização de drogas ou procedimentos não comprovados cientificamente, podendo, no caso, ser acusado da prática de charlatanismo (Código Penal, artigos 283 e 284). Deve-se ressaltar ainda a noção do balanço vantagens-riscos, assim como considerar a possibilidade do emprego de outros meios de menor risco para se atingir os objetivos desejados.

As considerações expressas são válidas tanto quando os atos têm lugar no consultório do médico quanto em clínicas, hospitais ou similares, em que ele exerça seu trabalho sob a prática liberal.

Certo é que, em determinadas situações ocorridas em instituições, é possível, quando couber, a promoção conjunta da responsabilidade institucional por ato cometido por seus prepostos, conforme o inciso III do artigo 1521 do Código Civil.

Quanto aos atos cirúrgicos é de importância lembrar que, na prática liberal, pode ser promovida a responsabilidade civil do chefe da equipe cirúrgica por atos praticados por terceiros, elementos da equipe sob seu comando ou por ele assalariados, de acordo ao disposto no anteriormente citado inciso III do artigo 1.521 do Código Civil.

HUMANISMO MÉDICO

Considerados como atos não técnicos, mas envolvendo os direitos individuais e sociais do paciente, destacam-se a necessidade ao consentimento e o dever à informação.

O consentimento do paciente aos atos a serem praticados é um dos pontos essenciais do contrato médico, a declaração de vontade, que é fundamento para a existência do ato jurídico. Toda agressão ao corpo humano é proibida, salvo nas hipóteses previstas pela lei e, é em virtude desta que o ato médico que preencha as condições necessárias entre as quais o consentimento do paciente, torna-se lícito.

O consentimento só é válido para os atos fundamentados no Direito (Código de Ética, artigo 66) e não pode ser invocado para exonerar o médico de suas responsabilidades civil ou penal em caso de culpa ou dolo. O profissional não pode invocar a aceitação pelo paciente de riscos desnecessários.

O consentimento deve ser livre de erros, dolo, coação física, psicológica ou moral; não pode ser obtido mediante simulação ou manobras enganosas. Deve ser esclarecido, para tanto o paciente tem o direito a ser adequadamente informado. Como exemplificação, pode-se lembrar que a Corte de Cassação francesa, através de sua Câmara Civil,

em 1961, enunciou alguns importantes princípios à respeito do direito à informação, que deve ser exprimida em "termos simples, compreensivos, aproximativos e leais", não havendo necessidade que sejam termos científicos precisos e perfeitos⁷.

As informações devem se referir à patologia a ser tratada, aos meios a serem empregados para a tentativa de sua resolução, às vantagens e aos inconvenientes esperados, aos riscos possíveis de ocorrerem, aos custos e aos resultados aguardados. Quanto aos riscos, as informações devem referir àqueles mais freqüentes de acordo à experiência clínica e aos conhecimentos epidemiológico-estatísticos.

Quando a comunicação de um diagnóstico, de um prognóstico, dos riscos e objetivos do tratamento pode provocar dano ao paciente, o médico poderá evitar tais informações, mas deverá transmiti-los aos responsáveis legais (Código de Ética, artigo 59).

O consentimento não deve ser visualizado como permanente, isto é, válido para todos os atos ligados ao contrato; ele deve ser renovado para aqueles atos que comportem riscos. Esta noção contrapõe-se à prática hospitalar de exigir, na entrada do paciente hospitalar, que ele assine documento consentindo a todos os atos possíveis a serem realizados em sua internação, ou seja, o consentimento ao imprevisível.

Para a realização de pesquisas sobre o ser humano, o artigo 123 do Código deontológico evoca a obrigação do consentimento por escrito, após o esclarecimento da natureza e das conseqüências da pesquisa.

São os maiores capazes e os menores emancipados que dão consentimento aos atos a serem sobre eles praticados. Os menores não emancipados necessitam da autorização de seus representantes legais, mas o artigo 103 do Código de Ética entende que o menor que tenha a capacidade de avaliação de seu problema e da condução por seus próprios meios para solucioná-lo deverá consentir a determinados atos. Esta é uma posição bastante próxima da que já ocorre em outros países que adotam há algum tempo a noção da maioridade sanitária, anterior à maioridade civil².

COMENTÁRIOS FINAIS

A ampliação dos direitos individuais e coletivos à assistência à saúde, a desacralização da atividade médica, a menor resignação à dor e ao sofrimento, fenômenos culturais contemporâneos da civilização ocidental, vêm a constituir-se em alguns dos fatores apontados para justificar a crescente importância dada à responsabilidade jurídica do médico. Corroboram para tanto a influência exercida pelos meios de comunicação de

massa que têm na questão da saúde e de sua assistência um de seus temas favoritos, divulgando prontamente tanto os fatos a elas relacionados quanto o aparecimento de novas tecnologias científicas incorporadas ao trabalho médico^{6,7}.

A importância da temática da responsabilidade é sugerida pelo fato que as últimas décadas registram um expressivo número de processos promovendo a responsabilidade jurídica do médico. Em 1983, 334 processos foram levados diante das jurisdições francesas, tendo como objetivo uma reparação devido a supostos danos causados pela atividade médica. A Associação Médica Americana considerava que até 1983, 16% dos médicos haviam sido processados judicialmente⁶.

No Brasil não se dispõe de exata noção do montante de demandas de reparação devidas à responsabilidade médica, mas a questão do "erro médico" tem suscitado ampla divulgação e interesse na imprensa e nos meios leigos, mas apresentada de forma conceitual não bem definida. De modo geral as noções de erro e de culpa são confundidas.

O erro não é necessariamente culposos, visto que a obrigação do médico é de *meio* e não de *resultado*. O profissional se obriga a tratar o paciente com zelo, diligência e carinho, utilizando-se de sua técnica e arte, e a cura é apenas uma probabilidade desejada.

O erro médico equivale-se a noção de culpa quando há negligência, imprudência ou imperícia,

incorrendo então, nas disposições estabelecidas no artigo 159 do Código Civil.

A responsabilidade civil do médico liberal é de caráter contratual, sendo necessárias a prova da existência de culpa, de dano e do nexo causal para ser estabelecida a indenização do paciente, provas estas consideradas difíceis de serem obtidas.

Por isso algumas soluções foram ensaiadas e tentadas em outros países, as quais apresentamos sucintamente, não com o objetivo de propor sua adoção mas como forma de atualização dos conhecimentos sobre o tema exposto.

Na França, na década de 70, ensaiou-se a criação dos "conciliateurs médicaux" cuja função seria de tentar a resolução dos conflitos de interesses entre os médicos e seus clientes sem a utilização dos caminhos jurídicos habituais².

De outro lado, algumas correntes doutrinárias defenderam a idéia de inversão de ônus da prova, noção pela qual, havendo a existência de um dano causado ao paciente, caberia ao médico provar que o dano não era decorrente de um seu ato culposos⁷.

Finalmente devemos referir que na Suécia concebe-se um sistema de responsabilidade objetiva, sem culpa, pelo qual os danos causados pelos atos médicos são reparados por Fundos Especiais criados para tanto e sustentados pela contribuição dos profissionais. Esta tese apresentada aos legisladores de outros países europeus não tem encontrado guarida para sua adoção.

FORTES, P. A. de C. [Civil responsibility of physicians in liberal practice context: ethical-juridical aspects]. Rev. Saúde públ., S. Paulo, 24: 518-22, 1990.

ABSTRACT: The ethical-juridical concepts related to the civil responsibility of medical activity in liberal practice are brought up to date. To this end, the arguments which guide the shaping up of the contractual relationship between the physician and the client are analysed, as also are the foundations on which the notion of guilt — an essential component of civil responsibility, whether relating to technical acts or to those within the field of medical humanism — are grounded. The answers presented for the solution of this question by European juridical systems are given.

KEYWORDS: Jurisprudence. Ethics, medical. Private practice.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AUBY, J. M. *Droit de la santé*. Paris, Presses Universitaires de France., 1981.
2. AUBY, J. M. *La responsabilité médicale*. Bordeaux, Faculté de Sciences Juridiques et Economiques, 1989. [Mimeografado].
3. CAMPOS, G. W. S. *Os médicos e a política de saúde*. São Paulo, Hucitec, 1988.
4. COTRIM, G. V. *Direito e legislação*. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 1986.
5. DONNANGELO, M. C. F. *Medicina e sociedade*. São Paulo, Pioneira, 1975.
6. LEMAIRE, J. F. & IMBERTS, J. L. *La responsabilité médicale*. Paris, Presses Universitaires de France., 1985.
7. MELLENEC, L. *Traité de droit médical*. Paris, Maloine, 1982.

Recebido para publicação em 27/12/1989

Aprovado para publicação em 21/8/1990