

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E PLANOS DE SAÚDE NOS ESTADOS UNIDOS

Judge Peter J. Messitte¹

Felipe Nascimento Fontes²

Cássius Guimarães Chai³

Resumo

Trata-se de exposição sobre a responsabilidade civil de médicos e dos planos de saúde segundo a ordem jurídica norte americana. Incursão sobre erro médico, reparação de dano e posição jurisprudencial.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Erro médico. Reparação de danos.

Abstract

This presentation approaches the malpractice and torts related to health issues on American Legal System. Malpractice. Torts by legal jurisdiction.

Key-words: Liability. Malpractice. Torts.

O tópico presente tratará da responsabilidade civil dos médicos⁴ e planos de saúde nos Estados Unidos, traçando aspectos da área legal, sempre procurando compará-los com a situação no Brasil.

¹ **Autor.** Senior Judge, U.S. District Court for the District of Maryland, Juris Doctor, University of Chicago Law School. Intervenção apresentada no evento VI Painei Jurídico JUSMED Grandes Temas 2009 Atibaia, SP, Abril, 2009. Atua como juiz há mais de 24 anos – primeiro na Justiça Estadual e atualmente como Juiz Federal – presidindo inúmeros casos envolvendo o denominado “erro médico”*.

² Graduando em Direito, Universidade Federal do Maranhão, **responsável pela revisão preliminar e autor das notas comparativas em Direito Brasileiro.** Aluno-pesquisador vinculado ao Grupo Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA). Editor de Layout Revista Diálogos Críticos.

³ Professor Doutor em Direito Constitucional, Curso de Direito UFMA, *Visiting Research Scholar* Cardozo School of Law, 2003; *Visiting Research Professor* at Central European University, 2007; Membro da IACL-IADC – *International Association of Constitutional Law* e da ESIL – *European Society of International Law*, Editor-chefe Revista Diálogos Críticos, **responsável pela revisão final.**

⁴ Considerando-se a data da apresentação do trabalho, o mesmo não aborda as alterações legislativas e administrativas no sistema norte-americano de saúde que lhe são posteriores.

Pra começar, uma importante distinção. No Brasil, há responsabilidade criminal por erro médico assim como responsabilidade civil. Por exemplo, o Direito Penal aqui define como crimes: a *violação de segredo*⁵, a *omissão de notificação de doença contagiosa*⁶, a *prática ilegal da medicina*⁷, e o *charlatanismo*⁸. Nós temos leis mais abrangentes para tratar de tais crimes, mas em contraste com o que vocês têm, nós não temos o crime por *omissão de socorro em situação de emergência*⁹, e raramente são considerados crimes a *negligência, imprudência, ou imperícia*¹⁰ do médico. Nos EUA até a legislação sobre o aborto criminal e suicídio assistido é limitada, dependendo do estado do envolvido.

Na realidade, a responsabilidade por erro médico nos Estados Unidos, devido sua natureza, abrange mais a esfera cível do que a esfera criminal.

Tendo-se em conta que, ainda hoje, nos EUA não se tem um Código ou Estatuto de âmbito federal que regule o erro médico, diferentemente do que ocorre no Brasil onde há o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Ética Médica, os quais tratam do assunto e abrangem todo o território nacional. Assim como o Brasil, os EUA é um Sistema Federalista, mas no Sistema americano, cada um dos 50 Estados (51, incluído o Distrito de Columbia) é soberano e promulga suas próprias leis, no que diz respeito às questões civis (e criminais) do dia a dia, embora na prática elas tendem a serem três ou quatro variações sobre um dado

⁵ Art. 154 do Código Penal brasileiro: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:”.

⁶ Art. 269 do Código Penal brasileiro: “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:”.

⁷ Art. 282 do Código Penal brasileiro: “Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:”.

⁸ Art. 283 do Código Penal brasileiro: “Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:”.

⁹ Art. 135 do Código Penal brasileiro: “Deixar 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:”.

¹⁰ Art. 18, II, do Código Penal brasileiro: “Dize-se o crime: I- (...); II- culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”

*Expressão no original: “má prática médica”.

tema. Isso inclui as leis relativas ao erro médico, embora seja digno de nota, que até talvez 30 anos atrás, muitas das leis relativas ao erro médico eram amparadas na jurisprudência estatal, mais do que no estatuto, tal qual é hoje.

Como no Brasil, a relação médico-paciente é primariamente entendida como contratual por natureza. O paciente contrata os serviços de um profissional, prestados de acordo com critérios de conduta profissional presumíveis. Se o serviço não é prestado segundo esses critérios e lesa o paciente, o médico (ou o plano de saúde) é tido como responsável e ele ou seu grupo serão exigidos por força da lei a compensar a vítima¹¹. Ao mesmo tempo, os tribunais norte-americanos têm desenvolvido uma teoria segundo a qual o erro médico pode incorrer em responsabilidade legal independentemente de um contrato – como vocês definiriam ato ilícito ou talvez culpa aquiliana*.

A teoria é a seguinte: um médico tem o dever de tratar todo o paciente sobre seus cuidados; se ele se omite (viola a premissa) e o paciente vem a sofrer lesão, ele é civilmente responsável^{12*}. Esta teoria cobre casos em que o médico age em uma situação de emergência, ou gratuitamente, e não necessariamente sob a concordância do paciente. Nesses casos, a responsabilidade é um ato de natureza ilícita, mais do que contratual. Mas os

¹¹ REPARAÇÃO CIVIL. ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. REQUISITOS NECESSÁRIOS À RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. - O contrato de prestação de serviços médicos contém essencialmente uma obrigação de meio e não de resultado, posto não assumir seu fornecedor a responsabilidade pela cura efetiva, comprometendo-se apenas a utilizar, na sua execução, dos cuidados técnicos e das diligências necessárias no tratamento do paciente. Portanto, para que ocorra a responsabilização civil do médico, bem como do hospital em que foi prestado o atendimento, faz-se necessária a comprovação do dano, da culpa e do nexo de causalidade. (TJMG - PROC 104330411086170011 - 11ª C.Civ. - Rel. Duarte de Paula - DJMG 02.06.2006).

*Nota do tradutor: a culpa aquiliana ou responsabilidade civil extracontratual está definida no artigo 927 do Código Civil brasileiro. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. A culpa aquiliana decorre de uma relação jurídica que se estabelece em razão de um ato ilícito, seja ele a imprudência, imperícia ou a negligência, todos estes preceituados nos arts. 186 e 187 do Código Civil brasileiro. Assim, pode-se observar que a culpa aquiliana está calcada no ato ilícito e o abuso de direito, sendo, portanto uma lesão de direitos mais o dano causado a alguém.

¹² *Nota do tradutor: Segundo o próprio Código de Ética Médica brasileiro (Resolução CFM nº 1.246/88, DE 08.01.88 - D.O.U 26.01.88) no Capítulo III – Responsabilidade Profissional: “Art. 29 - Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.”

resultados são geralmente os mesmos nos Estados Unidos, seja a teoria ato ilícito ou contratual. O tratamento médico é avaliado sob um critério de conduta nacional, e não local. É interessante notar que antes do critério nacional ser usado em sobreposição ao critério local, existia que se chama de “conspiracy of silence” entre os médicos locais, isto é, eles se recusavam a testemunhar como peritos nos casos de erro médico, o que no Brasil, salvo engano, chamam de corporativismo*.

Ainda de acordo com as regras gerais de negligência, quando a negligência exercida por parte do próprio paciente contribui claramente para alegada lesão, pode não haver reparação (ou apenas reparação limitada) contra o médico por má-prática. Por exemplo, um paciente que após receber tratamento, falha em retornar ao médico para posterior orientação terapêutica, mesmo tendo sido instruído, será responsabilizado por negligência contributiva, a qual evitará culpa do médico pelas conseqüentes seqüelas de tal descuido.

Há uma outra teoria sobre responsabilidade por erro médico, já estabelecida nos Estados Unidos, conhecida como falta de *consentimento informado*^{13**}. O paciente não só deve efetivamente consentir com o procedimento médico, mas o consentimento deve ser informado. O indivíduo precisa saber sobre determinado procedimento, especialmente sobre os riscos inerentes. Há um conceito comparável na lei brasileira, o que vocês chamam de “ciência de consentimento”^{14***}.

Para os norte-americanos, falhar em obter o consentimento do paciente não implica crime de responsabilidade por imperícia. Mas que isso, a responsabilidade cível por negligência é baseada na materialização de

¹³ ** Nota do tradutor: “O consentimento informado constitui direito do paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar sua integridade psicofísica, devendo ser alertado pelo médico dos riscos e benefícios das alternativas envolvidas, sendo manifestação do reconhecimento de que o ser humano é capaz de escolher o melhor si sob o prisma da igualdade de direitos e oportunidades.” SILVA, Carlos Alberto. O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico. Jus Navigandi, Teresina, [ano 8, n. 63, 1 mar. 2003](#). Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3809>.

¹⁴ *** Nota do tradutor: A ciência do consentimento referida pelo autor estar alicerçada nos artigos 46, 123 e 124 do Código de Ética Médica brasileiro (Resolução CFM nº 1.246/88, DE 08.01.88 - D.O.U 26.01.88).

certos riscos inerentes a dado procedimento médico sobre os quais o paciente não tenha sido informado adequadamente.

Outro ponto genérico:

Quando um erro médico chega ao tribunal, a decisão se houve ou não erro médico e, se de fato houve, a quantia a ser indenizada, é tipicamente decidida por um júri, não pelo juiz sozinho (exceto quando o erro médico é alegado contra o Governo Americano por atos médicos em instalações federais). Em outras palavras, um grupo de 6 a 12 leigos, escolhido aleatoriamente da lista de eleitores do estado ou do registro de prontuários de motoristas habilitados, decidirá a questão.

No Brasil ocorre o tribunal do júri criminal nos casos de homicídios (ou tentativa de homicídio)¹⁵. Nos EUA, o júri criminal e cível – exceto para aqueles casos de menor infração. Júris, claro, podem e frequentemente determinam quantias indenizatórias substanciais nesses casos – especialmente quando o erro é grave e as seqüelas extensas. Por exemplo, em casos recentes, júris de casos de erro médico deram vereditos da seguinte magnitude:

- Texas, 2006: \$606.000.000,00 (seiscentos e seis milhões de dólares) à família de um idoso de 82 anos que morreu em consequência de overdose de drogas quimioterápicas;
- Florida, 2006: \$216.760.000,00 (duzentos e dezesseis milhões e setecentos mil dólares) a um homem paralisado após um derrame ser diagnosticado pela equipe de emergência como dor de cabeça.

Em Maryland:

- Baltimore, 2006: \$7.000.000,00 (sete milhões de dólares) aos pais de uma criança cujo medico não reconheceu sinais de anormalidade fetal durante ultra-sonografia;
- Baltimore, 2006: \$6.900.000,00 (seis milhões e novecentos mil dólares) aos pais de uma criança que sofreu lesão cerebral leve,

¹⁵ Nota do tradutor: artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal do Brasil, “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) d) a competência para o julgamento dos crimes dolos contra a vida.”

cegueira total e disfunção respiratória causada por início de paralisia cerebral durante parto prematuro num hospital da região – que falhou em fornecer cuidados médicos adequados;

- Montgomery County, 2006: \$6.400.000,00 (seis milhões e quatrocentos mil dólares) a uma família por cuidados pós-operatórios inadequados, resultando uma ruptura da artéria pulmonar e consequente óbito da esposa;
- Cidade de Baltimore, 2005: \$4.400.000,00 (quatro milhões e quatrocentos mil dólares) a uma mulher de 50 anos por incapacidade do médico em diagnosticar um tumor no rim;¹⁶

No entanto, a média nacional é bem abaixo do que o demonstrado acima.

Outra observação mais genérica e mais específica.

No que tange a responsabilidade medica e dos planos de saúde, é importante frisar o que seria responsabilidade indireta. Normalmente, a responsabilidade por lesões sofridas por um paciente é amparada pela constatação de que o médico falhou no exercício de determinada etapa do tratamento. Sob a doutrina da responsabilidade indireta, entretanto, um médico inocentado de qualquer falta pessoal pode, sob certas circunstancias, ser considerado responsável pelos atos de outrem. Por exemplo, uma enfermeira empregada por um médico pode lesar um paciente pela maneira negligente como retira uma amostra de sangue, acabando por responsabilizar indiretamente o médico. Assim, em muitos casos, um médico poderá ser responsável indireto por atos ilícitos de seus subordinados ocorridos no curso da jornada laboral. Simirlamente, um medico pode ser indiretamente responsabilizados pelo erro de outro medico, seja quando esse é seu

¹⁶ Eu próprio, sem um júri, decretei decisão contra o governo federal em janeiro desse ano em uma ação contra o Hospital da Marinha de Porto Rico, favorecendo um menino injuriado e seus pais em aproximadamente \$6.800.000,00 (seis milhões e oitocentos mil dólares). Apesar dos sinais evidentes, os médicos e o hospital deixaram de fazer o teste de icterícia no menino ao seu nascimento e, além disso, formam incapazes de acompanhar o caso até que fosse tarde demais, ele ficou totalmente incapacitado, desenvolvendo uma condição conhecida como *kernieterus*, lesão cerebral que requer cuidados intensivos durante toda a vida.

empregado, seja quando dois ou mais médicos são sócios ou membros de um empreendimento comum¹⁷. Isso pode ocorrer se um médico for sócio de alguém que comete ato ilícito no escopo da atividade societário. E, claro, sócios podem ser indiretamente responsáveis por erros dos empregados da sociedade¹⁸.

Aqui estão mais alguns pontos relevantes ao tema:

- 1- Prazo das ações: o processo por erro médico, no âmbito cível, como qualquer outro processo cível deve observar o período de prescrição. Em termos gerais, o prazo para as ações por erro médico é de três anos. No contexto do erro médico, em alguns estados, o período começa a contar quando a pessoa sofre lesão, enquanto em outros não começa até que a pessoa tome ou tomaria conhecimento de que foi lesada. Essa ultima condição é importante nos casos de doenças de longos períodos de incubação, como o HIV¹⁹. Consequentemente, os prazos têm sido estendidos nos casos de erro médico, algumas vezes até cinco anos após o individuo ter conhecimento do erro.
- 2- Critério de capacidade profissional. A avaliação quanto à capacidade profissional do médico não considera a excelência, mas tão somente aquelas características comuns aos profissionais em geral – habilidade, perícia, diligência. Por outro lado, como já disse um tratamento indicado por um médico é avaliado segundo um critério nacional, não local, como usado há muitos anos atrás. É claro, se o

¹⁷ Nota do tradutor: Cabe aqui mencionar a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

¹⁸ Nota do tradutor: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TRATAMENTO ESTÉTICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CLINICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. DEVER DE INDENIZAR. INOCORRÊNCIA. A responsabilidade das clinicas, a partir da vigência da Lei 8.078/90, passou a ser objetiva, pois na qualidade de prestadoras de serviços devem responder independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do...8.078 (70042769976 RS , Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 30/06/2011, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/07/2011).

¹⁹ Nota do tradutor: HIV - Human Immunodeficiency - (Vírus da Imunodeficiência Humana).

médico é um especialista, então o critério de avaliação de sua competência obviamente será aquele aplicável a um especialista.

- 3- Testemunho de um perito. Nem sempre um caso envolvendo negligência de um indivíduo requer a avaliação de um perito para estabelecer um critério de competência. Isso se aplica a caso envolvendo um acidente de automóvel no qual seria avaliado se o motorista estaria dirigindo prudentemente. Os casos de erro médico, claro, são diferentes, por serem mais complexos. Consequentemente (exceto talvez numa situação em que uma compressa tenha sido deixada no corpo do paciente durante uma cirurgia), o testemunho de um perito é necessário.

Um médico com experiência e conhecimento sobre o critério de competência de dada especialidade é chamado a testemunhar. Um importante ponto distinção entre os Estados Unidos e o Brasil é que as partes chamam seus próprios peritos e não o juiz. Esses expertos são tipicamente indivíduos reconhecidos no meio profissional ou acadêmico, de impressionantes credenciais, (Alguns deles adquirem reputação como “testemunhas profissionais” e ganham centenas de dólares por hora para servirem de testemunhas). Assim os julgamentos de erros médicos frequentemente transformam-se em uma batalha de expertos onde o reclamante argumenta que suas testemunhas são mais criteriosas, e o réu argumenta que as suas são mais dignas de credibilidade.

Os júris são rotineiramente instruídos a avaliar o depoimento de duas testemunhas e determinar qual delas é mais digna de crédito.

- 4- Ônus da prova: nos Estados Unidos, como no Brasil, a regra geral diz que quem alega alguma coisa, neste caso quem deseja provar o erro de outrem, tem o ônus da prova²⁰ para demonstrá-lo. Ordinariamente, o quantum da prova é a preponderância da evidência, o que se quer

²⁰ Nota do tradutor: O Artigo 333 do Código de Processo Civil institui as regras gerais de caráter genérico sobre a distribuição do encargo probatório as partes: “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”.

dizer é que, as provas pesam mais ou são mais convincentes do que as provas que são oferecidas em oposição. Esse mesmo princípio se aplica as ações contra profissionais por erro médico nos Estados Unidos. Entretanto, entendo que aqui no Brasil, sob o Código de Defesa do Consumidor, dada a especial posição profissional do médico e dado o fato de que reconhecer se seus atos estão ou não de acordo com critérios éticos está sob seu controle, o ônus da prova é invertido²¹ e cabe ao médico demonstrar que agiu em conformidade com os critérios do exercício da profissão, mais do que ao litigante provar que ele não agiu. Esta é uma diferença importante e você deve estar pensando que é muito difícil para um litigante nos Estados Unidos provar o erro médico. Geralmente o é. Conseguir os registros completos e descobrir alguém que sabe o que aconteceu durante o episódio médico pode ser problemático.

Por outro lado, nos Estados Unidos, há dispositivos processuais disponíveis durante o período de pré-julgamento que permitem às partes conhecer muitos desses fatos. Isto é conhecido como “Discovery”. O autor da ação por erro médico (na verdade qualquer litigante em qualquer caso cível) pode tomar depoimento do réu ou de qualquer testemunha antes do julgamento, pode enviar à parte oposta perguntas por escrito que exijam respostas sob juramento, e pode exigir que documentos sejam apresentados, pela parte interessada, ou por outra parte que não participe do processo. De fato, quando o réu é uma organização (como um plano de saúde ou um hospital), o autor pode exigir que a organização designe alguém e investigar todos os fatos acerca do erro médico, e pode então tomar o depoimento desta pessoa como porta-voz oficial da organização, devendo responder

²¹ Nota do tradutor: *inversão do ônus da prova*: artigo 1056 do Código Civil de 1916: “*Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos*”, que encontra no artigo 389 do Novo Código Civil de 2002: “*Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*”.

perguntas que irão associar a corporação no julgamento. Este é o artigo 30 (b) (6) do Código de Processo Civil Federal²² e a ideia é não permitir que as pessoas que trabalhem em um hospital, por exemplo, não sejam irresponsáveis a ponto de afirmar que não há ninguém que saiba exatamente o que ocorreu, pois é possível que haja indivíduos que conheçam uma parte do todo.

- 5- Triagem dos casos na fase de pré-julgamento. Outro aspecto comum da lei estadual é a exigência de que o caso de erro médico seja examinado por uma junta médica, um mediador, ou outro, antes do caso ir a julgamento. Essa revisão antes do julgamento tem o propósito de identificar caso sem mérito (embora isso geralmente não impeça o processo de ir adiante até o tribunal) e encorajar as partes a uma conciliação sem litígio. Alguns estados permitem que os resultados da revisão pré-julgamento sejam admitidos como evidência se o caso for a julgamento, enquanto outros não. Maryland é um bom exemplo. A fim de prover um remédio para o que ele percebeu como crise acerca do seguro do médico, o estado promulgou em 1976 o Health Care Malpractice Claims Act, Código de Reclamações de Serviços Médicos, que provê que todas as reclamações, processos e ações contra um “provedor de serviços médicos” (isto é, plano de saúde, etc.) por danos alegadamente sofridos por uma pessoa, e que ultrapassem certa quantia, sejam obrigatoriamente sujeitos à arbitragem. Foi criado um Órgão Oficial de Arbitragem para Reclamações de Serviços de Saúde, cujo diretor indicado pelo

²² Cf. Federal Rules of Civil Procedure (U.S.A) Rule 30: (b) NOTICE OF THE DEPOSITION; OTHER FORMAL REQUIREMENTS. (6) *Notice or Subpoena Directed to an Organization*. In its notice or subpoena, a party may name as the deponent a public or private corporation, a partnership, an association, a governmental agency, or other entity and must describe with reasonable particularity the matters for examination. The named organization must then designate one or more officers, directors, or managing agents, or designate other persons who consent to testify on its behalf; and it may set out the matters on which each person designated will testify. A subpoena must advise a nonparty organization of its duty to make this designation. The persons designated must testify about information known or reasonably available to the organization. This paragraph (6) does not preclude a deposition by any other procedure allowed by these rules.

Governo. Uma pessoa que tenha uma queixa contra um médico, outro provedor de serviços médicos, por danos causados por uma lesão médica, é solicitada a registrar a queixa junto ao Órgão, que indicará uma junta médica composta de três membros: um advogado, um provedor de serviços médicos e um membro da comunidade, os quais decidirão todas as questões. A Junta de Arbitragem determina a responsabilidade do provedor de serviços médicos quanto à queixa e avalia a indenização apropriada ao caso. A parte interessada pode recorrer à Junta de Arbitragem para modificar ou corrigir a compensação e, se as partes não recorrerem ao foro, à decisão da Junta será homologada. Entretanto, o Código proporciona a qualquer parte o direito de rejeitar a decisão da Junta por qualquer razão. A parte pode então prosseguir até o tribunal e solicitar que a decisão seja indeferida. Uma compensação arbitrada, que não tenha sido modificada, é admitida como evidencia num processo judicial, mas a pessoa pode ainda tentar convencer o júri a não ratificar a decisão da Junta de Arbitragem.

- 6- Julgamento. As regras que regem as ações judiciais em geral, e particularmente aquelas que regem o julgamento e as ações por negligência, aplicam-se aos casos de erro médico e cirurgias. Os fatos são indagados pelo júri. Isto inclui se o médico agiu em conformidade com os critérios de sua prática profissional, se ele de fato causou lesão ao seu paciente e, nesse caso, quais danos causados.
- 7- Causa Próxima. A causalidade pode ser uma questão bastante controversa nos casos de erro médico, uma vez que o médico pode afirmar que as lesões foram causadas por fatores físicos não relacionados ao tratamento médico, como alegado. Por exemplo, um médico prescreve uma droga a um paciente com doença arterial coronariana e o paciente vem ao óbito por um ataque cardíaco. Os herdeiros do falecido têm de provar que a medicação foi causa a

contribuir para a lesão, o réu pode ser responsabilizado pelo júri por todos os danos, a menos que ele consiga provar que pelo menos algumas das lesões sejam atribuídas a uma causa distinta.

- 8- Indenização. Uma vez que o litigante mostrou que a lesão foi causada por culpa do médico, a questão passa a ser quanto dinheiro é necessário para compensar o sofrimento da pessoa lesada. As regras para determinar a indenização podem ser complicadas. Elas levam em conta não apenas as perdas econômicas, como perdas salariais e custos futuros com tratamento médico pertinente à lesão, mas também perdas subjetivas como dor e sofrimento ou a perda de sociedade conjugal (danos morais). O valor dessas perdas subjetivas tem sido particularmente controverso. Quantificar a indenização a um paciente pela humilhação causada pela aparência, ou dor crônica, ou outro dano econômico é uma determinação muito subjetiva. Consequentemente, a compensação concedida por diferentes júris para lesões similares podem variar substancialmente, levando a crer que tais indenizações são arbitrárias e injustas. Em particular, médicos frequentemente sentem que os júris são parciais e que tendem a conceder altas indenizações por acharem que eles têm os “bolsos cheios” e que assim aliviam o infortúnio do paciente.

Mas o tamanho das indenizações tem se tornado o principal foco de mudanças no sistema legislativo estatal. A principal resposta do legislador estadual tem sido a imposição de limites nas indenizações por erro médico. Esses limites estatutários são conhecidos como “tetos”. Anteriormente, os júris tinham liberdade para indenizar os litigantes em quanto achassem apropriados, limitados apenas pelas compensações que pudessem ser punitivas. O teto legal restringe o tamanho da compensação nos casos de erro médico. Alguns estados têm limitado a reparação total disponível aos litigantes. Um grande número tem imposto tetos nos casos de indenizações por danos morais, como no caso de Maryland, algo como \$650, 000,00

(seiscentos e cinquenta mil dólares). Esta quantia, claro, seria acrescida de perdas salariais e ainda de despesas médicas efetuadas e futuras. Cabe observar ainda que, a lei da maioria dos estados, afirma que o fato de um litigante estar sendo beneficiado por um seguro de vida ou de invalidez não pode ser mencionado pelo réu no julgamento e não reduz o valor da indenização concedida ao litigante.

9- Tendência atual. Presidente Bush fez da “tort reform”, “reforma do delito civil”, sua prioridade no segundo mandato. Ele declarou que os pais enfrentam uma crise no setor de saúde e que, como resultado dos processos e indenizações por erros médico, o custo do seguro profissional elevou-se vertiginosamente, levando os médicos a abandonar a profissão e deixar comunidades e pacientes sem suficientes serviços de saúde. Ele solicitou repetidamente ao Congresso a reforma da responsabilidade médica, de modo que a lei federal antecipe a autoridade estatal dentro desta tradicional área estatal do delito civil. A Legislação federal sugerida nos últimos cinco anos (não aprovada pelo Congresso) anteciparia todas as leis estatais que regulam os processos por erro médico mais ou menos dessa maneira:

- a) Haveria limites para as indenizações por danos morais com teto de \$250.000,00 duzentos e cinquenta mil dólares;
- b) O período prescritivo seria limitado a três anos, ou um ano a partir da descoberta da condição (o período prescritivo para crianças só contaria a partir dos oito anos);
- c) Haveria limites para os honorários advocatícios nos acordos e nos julgamentos;
- d) Benefícios paralelos recebidos através de seguros de saúde ou por invalidez poderiam ser admitidos como evidencia no tribunal;
- e) Indenizações futuras que excedessem os cinquenta mil dólares poderiam ser pagas em parcelas;

- f) Seria proibido o aconselhamento ao júri sobre limitação das indenizações;
- g) Haveria orientações para aplicação das indenizações punitivas e limitações em seus valores; as indenizações punitivas não poderiam ser aplicadas ao fabricante, distribuidor ou produto médico aprovados pelo FDA;
- h) Haveria uma declaração específica garantindo que essas cláusulas federais antecipariam todas as leis estatais que não estivessem em conformidade com os novos critérios federais.

Tem havido, como se pode supor, uma forte reação a essa proposta. Muitos indivíduos (advogados em particular) acreditam que as soluções federais propostas negariam a milhares de vítimas de negligência médica – especialmente mulheres, crianças, idosos e os desfavorecidos economicamente – uma razoável e necessária compensação. Danos morais, dizem eles, compensam os pacientes por verdadeiras lesões, como paralisia, perda de membros, perda da visão, lesão cerebral severa, desfiguramento, infertilidade permanente e dor martirizante. Compensam também a perda do cônjuge ou de um filho.

Por outro lado, tem sido argumentado que essas leis beneficiariam o público em geral, diminuindo o custo dos serviços de saúde, e talvez até persuadindo alguns provedores de serviços de saúde a continuarem no mercado do qual saíram devido aos altos custos dos prêmios dos seguros e indisponibilidade de cobertura. Mas os opositores à legislação ainda argumentam que limitar as reparações não diminui o valor do seguro para erro médico que, embora crescente, tem crescido, primariamente para aumentar os lucros das seguradoras. Segundo eles, as estatísticas não corroboram o argumento de que o aumento nos valores indenizados em julgamentos e acordos é razão para o aumento do valor dos seguros de erro médico.

Concordo que os valores indenizados em julgamentos não têm aumentado significativamente nos últimos anos. De acordo com o National Practitioner Data Bank (Banco Nacional de Dados Médicos), mantido pelo U.S. Department of Health and Human Services (Departamento de Serviços de Saúde do Governo americano), a média nacional acumulada para indenizações por erro médico entre 1990 e 2005 – ajustada pela inflação – foi de aproximadamente duzentos e sessenta e nove mil dólares. A média nacional acumulada entre 2003-2005 foi por volta de duzentos e noventa e seis mil dólares, uma diferença de apenas vinte e sete mil dólares.

E como estão as coisas hoje? A probabilidade é de que a agenda do Presidente Bush seja ignorada, desde que o Congresso agora está sob o controle dos Democratas. Os Democratas em geral não têm apoiado esforços para limitar as ações e as indenizações. Muitos Democratas acham a reforma dos delitos civis extremamente protetoras das empresas e contra os interesses dos consumidores. Ademais, os advogados estão entre os maiores contribuintes dos Democratas. O Ex-senador John Edwards, talvez vocês estejam interessados, Democrata e candidato à Presidência, foi um bem sucedido advogado antes de entrar para a política, tendo ganhado muito dinheiro em muitos casos de negligência. Mas, como já observei, os proponentes da reforma dos delitos civis tem tido considerável sucesso no âmbito estadual. Os tetos dentro dos quais os júris podem indenizar os casos de erros médicos tem sido aprovados na maioria dos estados, em relação às indenizações compensatórias ou, ao menos, em relação ao que pode ser reparado por danos morais, particularmente a dor e o sofrimento. Muitos estados tem também diminuído o tempo para a prescrição das ações por erro médico, em alguns casos até dois anos o incidente ou sua descoberta.

A respeito dos honorários advocatícios, nesses casos, nos Estados Unidos nós temos o conceito de honorários advocatícios condicionais. Segundo um contrato de honorários, um advogado acorda com o cliente em percentual sobre a reparação (que pode vir a ser substancial), e o cliente não paga nada no caso de não haver reparação ou acordo. Esse contrato permite

aos clientes que sofreram lesões sérias, e encontra-se impossibilitados de pagar um advogado, levar adiante as suas causas. Embora nunca tenha havido nenhuma proposta para extinguir os honorários condicionais nesses casos, tem havido esforços legais para limitar radicalmente os percentuais de ganhos dos advogados nos casos de reparação. Isso permanecerá uma formidável controversa.

O Presidente Bush dizia em mais de uma ocasião que “há muitos processos frívolos contra bons médicos, e os pacientes estão pagando o preço”. Mas, é de notório saber que, casos envolvendo lesões menores ou casos em que as reivindicações sejam frívolas são raros. Isto porque simplesmente um advogado não vai investir tempo e dinheiro num caso com pouca chance de sucesso ou que vá render pouco. Os casos devem ter uma boa chance de provar responsabilidade civil e também ter a perspectiva de uma indenização substancial, isto é, com litigantes seriamente lesionados, para que os advogados concordem em fazer um contrato de risco. O que se tem, efetivamente, é um contrato de risco calculado. É inegável o fato de que os valores dos seguros por erro médico têm aumentado de modo exorbitante para médicos, particularmente cirurgiões e obstetras, e alguns deles abandonaram verdadeiramente sua profissão.

Embora, por enquanto, possa estar havendo uma pausa no esforço federal pela reforma, é provável que os legisladores estaduais continuem procurando ativamente por uma maior adequação nos próximos anos.