V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

VALMIR CÉSAR POZZETTI

JOANA STELZER

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves, Joana Stelzer, Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-228-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito civil contemporâneo. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Já, em sua quinta edição internacional, o Encontro do CONPEDI vem brindar, neste ano de 2016, a Latino-América, especialmente, pela feliz decisão de realizar o primeiro Encontro em solo Sul-Americano, em terras Uruguaias. Mostrou-se acertada a escolha da Universidade da República Uruguaia para sede do V Encontro Internacional do CONPEDI seja pela camaradagem e hospitalidade da recepção dos hermanos uruguayos, seja pela beleza de Montevideo, uma Capital promissora e aconchegante. Indizível a beleza do Palácio Legislativo em que ocorreu a abertura dos trabalhos com a presença das autoridades Uruguaias que tão entusiasticamente receberam a tantos brasileiros que migraram para aquelas paragens em busca da consolidação de seus estudos de pós-graduação. É uma inquestionável verdade, a de que o CONPEDI, nestes anos todos, vem arrastando e fazendo migrar, por assim dizer, quantidade considerável de entusiastas pesquisadores do Direito, seja no Brasil como, agora, se vê, no exterior em busca do desenvolvimento e consolidação das pesquisas jurídico-doutrinárias.

Coube-nos, então, participar do CONPEDI, para além da própria apresentação de artigos científicos, avaliando e acompanhando os esforços de brasileiros e uruguaios na área do Direito Civil Contemporâneo (GT II). As apresentações dos trabalhos dos dois autores uruguaios: Andrés Mendive Dubourdieu e Virginia Yellinek Devitta e dos onze artigos brasileiros transcorreram em ambiente acadêmico propício à salutar e necessária troca de percepções e experiências jurídico-doutrinárias em busca da consolidação de uma identidade científica para o Direito Sul-Americano, mormente, na área cível. Destarte, foram passíveis de apreciação, pela assistência presente, os trabalhos disponibilizados para leitura, que brindaram o encontro dos dedicados pesquisadores do GT Direito Civil Contemporâneo II, conforme segue:

Iara Pereira Ribeiro apresentou o trabalho intitulado 'a validade do ato jurídico praticado pela criança e o adolescente menor de dezesseis anos', questionando a capacidade civil em seu duplo aspecto, a saber: de direito e de exercício; destacando que crianças e adolescentes menores de dezesseis anos praticam inúmeros atos jurídicos que são considerados válidos e eficazes tanto pela lei, quanto pela sociedade pugnando pela mudança legislativa.

Karina Pinheiro de Castro, por sua vez, discorreu sobre 'as alterações da incapacidade civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e seus impactos na prescrição e no sistema jurídico das nulidades'; destacando as alterações do regime jurídico da incapacidade civil das pessoas acometidas por qualquer tipo de deficiência, seja ela física, mental ou sensorial e as respectivas consequências jurídicas que poderão ser acarretadas na prescrição e no regime legal das nulidades dos negócios jurídicos.

Daniel Navarro Puerari e Rossana Marina De Seta Fisciletti destacaram o 'princípio (ou regra) da proporcionalidade e da razoabilidade: considerações acerca da aplicabilidade destes postulados nas ações indenizatórias por danos morais'; mormente no que se refere ao estabelecimento do quantum indenizatório nas ações de reparação civil com fins à condenação em dano moral, destacando que os Tribunais de Justiça brasileiros vêm se apropriando dos referidos institutos ora para majorar, ora para reduzir o valor atribuído aos danos morais em razão de violação aos direitos da personalidade.

Luciano Monti Favaro desenvolveu o trabalho denominado 'reconhecimento de capacidade civil plena às pessoas com deficiência', enfatizando que o Estatuto da pessoa com deficiência em consonância com a Convenção Internacional sobre os direitos dessas pessoas alterou dispositivos do Código Civil brasileiro de forma a ser reconhecida a capacidade civil plena desses sujeitos em consonância com os ditames constitucionais e internacionais, uma vez que as protegerão em virtude do que elas são e não do que elas possuem.

Flaviana Rampazzo Soares trouxe a lume a 'Common Law revisitando o tema punitive damages, o ideal indenizatório e a função punitiva no direito de danos contemporâneo'. A autora analisou as funções da responsabilidade civil contemporânea, o papel da culpa e do risco na atribuição de responsabilidade, detalhando a visão doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, abordando o tratamento da função punitiva e da chamada "indenização com finalidade punitiva". A autora fez perceber que indenizações insignificantes para determinados agentes econômicos sujeitos de direito não persuadem a uma ação correta e socialmente aceita e, pelo contrário, podem levar à impunidade. Através da análise de acórdãos, verificou os aspectos práticos da admissão de possível função punitiva e sua repercussão na fixação da indenização, sobretudo, na compensação por danos extrapatrimoniais.

Jamile Coelho Moreno e Jaime Leandro Bulos abordaram a questão do 'dano moral coletivo e sua efetividade no Ordenamento Jurídico brasileiro', especialmente por intermédio da legislação consumerista de 1990, determinando os legitimados para propor ações coletivas em defesa dos direitos concernentes aos consumidores; bem como, as vítimas de danos

advindos de evento, direta ou indiretamente ligado à relação de consumo e sustentando que a condenação judicial por dano moral coletivo (dano extrapatrimonial) é sanção pecuniária, com caráter eminentemente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos ou difusos nas mais diversas áreas.

Vitor de Medeiros Marçal e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral trataram das 'intimidações sistemáticas no ambiente escolar e pluriofensividade: um estudo das consequências jurídicas extrapatrimoniais da conduta bullying'. Para os autores, restam consequências jurídicas extrapatrimoniais decorrentes do bullying escolar, como fenômeno lesivo e de múltiplas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. Assim, destacaram o correto sentido a ser atribuído aos danos extrapatrimoniais, equivocadamente confundidos com o dano moral; bem como, as principais espécies de danos extrapatrimoniais derivados das intimidações sistemáticas, quais sejam, dano moral, dano à saúde e dano existencial.

Fabianne Manhães Maciel e Carla Fernandes de Oliveira apresentaram trabalho a respeito da 'Teoria do abuso de direito: uma releitura necessária'. Em especial, as pesquisadoras destacaram que a visão civil constitucional do Direito Privado deve ultrapassar a dicotomia entre o público e o privado, impondo-se que as relações negociais, os atos jurídicos e o exercício do direito pelo seu titular sejam limitados por searas principiológicas. Entendendo que princípio enquanto norma de otimização, deve alcançar a melhor aplicabilidade da solução jurídica ao caso concreto, sugerem a necessidade de analisar a possível relativização dos direitos e prerrogativas de direito individuais subjetivos, buscando maior efetividade dos interesses difusos e do bem estar social.

Joana de Souza Sierra e Mark Pickersgill Walker pesquisaram sobre 'a possibilidade de responsabilização dos provedores de aplicações de internet pelos conteúdos gerados por terceiros: crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e ao marco civil da internet'. Intentaram, assim, crítica à metodologia de responsabilização subjetiva dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiro, em sua situação pretérita (na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça) e presente (no Marco Civil da Internet). Demonstraram, pois, que as metodologias adotadas pela jurisprudência e pelo legislador não são compatíveis com tais institutos, que imporiam, nesses casos, a responsabilização objetiva dos provedores de aplicações.

Fabio Queiroz Pereira e Mariana Alves Lara discutiram sobre o tema 'Lease-back e a proibição dos pactos comissórios'. Explicando que o lease-back é modalidade de arrendamento mercantil, em que o bem envolvido na operação já pertence ao arrendatário, os autores concluíram que o instituto não consubstancia, em um primeiro momento, pacto

comissório no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Porém, destacaram que se inquirindo as circunstâncias de contratação pode-se chegar à conclusão contrária, de modo que, para evitar futura declaração de nulidade contratual, é adequado pactuar-se, em anexo ao lease-back, um pacto marciano.

Ana Elisa Pretto Pereira Giovanini e Ana Lucia Pretto Pereira, por sua vez, trabalharam a questão da 'responsabilidade civil nas hipóteses de iatrogenia e erro médico'. As autoras chamaram a atenção para o fato de que existem situações nas quais, eventual lesão causada ao paciente não resultará de um agir culposo do profissional na arte médica. A iatrogenia se configura quando, mesmo tendo sido o profissional da saúde altamente diligente, seu paciente sofre alguma alteração de cunho patológico e, consequentemente, um resultado negativo em seu tratamento. Circunstâncias como essas são classificadas como excludentes de culpabilidade, dentre as quais está inserida a iatrogenia que, uma vez configurada, afasta eventual responsabilização.

Nuestros hermanos uruguayos presentaran, por su vez, importantes contribuciones académicas que se deben destacar. Así, en atención a ellos, se comenta los artículos presentados en su lengua. Andrés Mendive Dubourdieu presentó el tema 'Negocios jurídicos y daños en los mundos virtuales y videojuegos', destacando la magnitud económica del sector. El autor presentó números impresionantes a respecto del sector concentrando su pesquisa en la perspectiva del Derecho Civil para comprender los daños y negocios jurídicos que se presentan entre los participantes de estos mundos virtuales y la necesidad de un derecho específico actual e dinámico para acompañar el mundo real de los negocios ligados al sector de los videojuegos que se han transformado en la mayor industria cultural de la actualidad.

Virginia Yellinek Devitta contribuyo sobremanera con su trabajo intitulado 'desvío productivo como daño indemnizable'. La autora presenta importante trabajo destacando que el tiempo es precioso y que los consumidores no pueden ser privados de ello por empresas que les llaman diariamente ofreciendo servicios o que tienen prácticas que desperdicien el tiempo del consumidor que, a su vez, ya tienen prerrogativas jurídicas para su defensa en Brasil y Argentina. Pugna, entonces, por la condena al proveedor por desvío productivo del consumidor pretendiendo la indemnización por “desvío improductivo”. Llega a la conclusión de que el “desvío improductivo” es un daño indemnizable en el sistema de responsabilidad civil uruguayo, no limitándose tal carácter de resarcible al área del derecho del consumidor. Alega que no existen diferencias relevantes en la normativa que sirve de fundamento a la

indemnización de este daño en Brasil y Argentina y la normativa uruguaya. Por lo tanto, resultan aplicables la mayor parte de las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales realizadas en estos países vecinos.

Ao que se vê, a variedade dos assuntos e a preocupação dos pesquisadores com as inovações normativas traz a lume importantes reflexões sobre o Direito Civil contemporâneo. Temas como capacidade civil, indenização por danos morais, abuso de direito na esfera cível, lease-back e responsabilidade civil nas hipóteses de iatrogenia são exemplos marcantes de circunstâncias e institutos de Direito Civil a desafiarem o mundo acadêmico em busca de aproximação de legislações na Sul-América e, em especial, entre Uruguai e Brasil. Convidamos, assim, a todos, para a leitura de tão significativos artigos que, certamente, estão a inovar e sugerir novas formas de pensar acadêmico-científico para os civilistas, em especial, de Uruguai e Brasil.

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves - UFSC

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti - UEA

Profa. Dra. Joana Stelzer - UFSC

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS HIPÓTESES DE IATROGENIA E ERRO MÉDICO.

CIVIL LIABILITY IN IATROGENESIS AND MEDICAL ERROR

Ana Elisa Pretto Pereira Giovanini [1]
Ana Lucia Pretto Pereira [2]

Resumo

A arte médica, embora disciplinada precipuamente pelo Código de Defesa do Consumidor, possui peculiaridades que a diferenciam das relações contratuais consumeiristas. A prestação do serviço médico é considerada, em regra, como obrigação de meio, de modo que se causadora de dano pode gerar responsabilidade sob a modalidade culposa, que se caracteriza por imprudência, negligência ou imperícia, configurando erro médico. Contudo, há situações nas quais eventual lesão causada ao paciente não resultará de um agir culposo do profissional. Circunstâncias como essa são classificadas como excludentes de culpabilidade, dentre as quais está inserida a iatrogenia que, uma vez configurada, afasta eventual responsabilização.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Erro médico, Iatrogenia

Abstract/Resumen/Résumé

Medicine is an art ruled in Brazil by the Consumers Protection Code, along with some peculiarities. Medical procedures are usually considered by Brazilian civil legislation as a means obligation, and if damage is caused to patients the situation in cause might be understood as a medical doctor's fault, which is legally characterized as negligence, imprudence or lack of technical, resulting in medical doctor error. However, there are some situations where damages inflicted on patients do not result of fault of the professional. Iatrogenesis is included in these situations, when fault is excluded and so is the professional's civil liability.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability, Medical error, Iatrogenesis

[1] Graduada em Direito pela UFPR. Mestranda em Direito Processual Civil - Linha de Pesquisa: Processo e Relações Negociais, na Universidade Paranaense - UniPar. Advogada.

[2] Doutora em Direito Constitucional pela UFPR. Professora no Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, Graduação e Mestrado.

1 Introdução.

O exercício da medicina, assim como diversas outras áreas da saúde, envolve riscos tanto aos pacientes quanto aos médicos, uma vez que possível a ocorrência de danos em decorrência de tratamentos ou procedimentos adotados.

Com o advento da Constituição da República, garantidora do direito à vida, à integridade física e à saúde - posteriormente complementada pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor -, a responsabilidade civil ganhou notoriedade e, por essa razão, desenvolveu-se na sociedade o interesse na reparação de todo e qualquer dano dela decorrente.

O crescente aumento populacional associado ao desenvolvimento da ciência e da tecnologia e à multiplicação de especialidades médicas, gerou profunda modificação da relação médico-paciente. Os pacientes passaram a ser tratados como usuários do sistema de saúde, e os médicos como prestadores de serviços, isso sob a égide de uma sociedade regida pelo consumo e consciente de seus direitos. Já o desenvolvimento técnico-científico disponibilizou aos médicos e aos pacientes inúmeros recursos e técnicas visando à manutenção e aprimoramento da saúde, ao tratamento e cura de doenças, dentre outros aspectos atinentes à saúde. Com isso, caminha-se para a extinção da figura do médico da família, indivíduo no qual até outrora se depositava máxima confiança e pouco se cogitava questionar judicialmente suas habilidades.

Em decorrência disso, multiplicaram-se as demandas judiciais nas quais se pleiteia a reparação de danos em face de profissionais da saúde, planos de saúde e hospitais. E com o aumento exacerbado dessas demandas, muitos profissionais, diante do temor de eventual processo e condenação judicial, inibiram-se na utilização de novos métodos, uma vez que os riscos também aumentaram proporcionalmente a algumas novas tecnologias. Contudo, muitos desses profissionais também buscaram munir-se de artifícios preventivos a fim de minimizarem possíveis efeitos adversos ao tratamento aplicado.

Não é incomum que um tratamento de saúde tecnicamente correto, mas cujo desdobramento gerou um dano ao paciente, seja rotulado como erro do profissional da saúde. Tal fato decorre de uma confusão que tem sido feita entre o serviço de saúde prestado, que se esgota no empenho máximo para se alcançar a cura (obrigação de meio), com a cura propriamente dita (obrigação de resultado). Acaba-se responsabilizando o profissional sem a devida investigação de sua conduta profissional.

A ciência médica, como regra, não é classificada como obrigação de resultado, ou seja, obrigação de cura absoluta da doença, mas, sim, de prestação de serviço com a máxima diligência e prudência possíveis, utilizando-se da melhor técnica compatível com o local e tempo do atendimento, em busca da cura, por isso tratar-se de obrigação de meio.

É possível que, mesmo tendo sido o profissional da saúde altamente diligente com seu paciente, empregando-lhe a melhor técnica no tratamento, assim como as melhores medicações, haja o risco de o paciente sofrer alguma alteração de cunho patológico e, consequentemente, um resultado negativo em seu tratamento. Circunstâncias como essa podem caracterizar a chamada ***iatrogenia***.

Nessa linha, feita uma revisão bibliográfica dentre os principais doutrinadores que tratam do tema, o presente estudo tem por escopo apresentar uma breve análise da responsabilidade civil médica em situações nas quais o atuar médico causou um dano ao paciente, mas cujo dano pode, ou não, ter sido decorrente de culpa do profissional, o que nos permite confrontar o erro médico e a iatrogenia. Sua diferenciação é fundamental para que se conclua se haverá ou não responsabilidade civil do médico pelos danos causados ao paciente no caso concreto.

2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual na seara médica.

A doutrina tradicional distingue a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, de modo a definir a contratual como sendo aquela derivada da violação de um contrato pela prática de um ato ilícito que gerou um dano indenizável, e a extracontratual como sendo aquela que decorre de um ato que transgrediu regras de convivência social e gerou um dano injusto. A responsabilidade contratual está amparada pelo art. 1056, e a extracontratual pelo art. 159, ambos do Código Civil.

Há, contudo, doutrinadores contemporâneos, em meio aos quais se destaca o jurista Ruy Rosado de AGUIAR JR., que vem consolidando o entendimento de que aludida distinção "está sendo abandonada pela moderna doutrina, que nela não vê mais utilidade, fazendo residir o fundamento único da responsabilidade civil no contrato social. Caminha-se, pois, para a unificação do sistema"[1]. Contudo, referido jurista faz a ressalva de que "enquanto não

[1] AGUIAR JR. Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. Disponível em < http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/23.pdf >. Acesso em 09/12/2014. p. 05.

houver a adaptação legal a esses novos princípios, devemos admitir, para o plano expositivo, que a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário"[2].

Seguindo essa sistemática dual, a responsabilidade civil médica será, portanto, de natureza contratual, quando a relação médico-paciente deriva de um contrato que, normalmente, é oral, e compreende a esfera da medicina privada, na qual o paciente escolhe o médico, o contrata e paga pelos serviços prestados.

Segundo Maria Helena DINIZ[3], o exercício da medicina é, em regra, de natureza contratual:

> Realmente nítido é o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão. Assim, se o médico operador for experiente e tiver usado os meios técnicos indicados, não se explicando a origem de eventual sequela, não haverá obrigação por risco profissional, pois os serviços médicos são, em regra, de meio de não de resultado.

Contudo, tal responsabilidade será extracontratual em situações como aquelas nas quais o médico tem o dever de prestar assistência facultativa e espontânea, sem a livre expressão da vontade do paciente - em emergências, em casos de intervenção em favor de incapaz sem a devida autorização dos responsáveis -, e também quando a intervenção ocorre contra a vontade do paciente, como nos casos de suicídio. São estes deveres inerentes à ética profissional.

Somam-se, ainda, às hipóteses dispostas acima, as elencadas por Rui Rosado de AGUIAR JR.[4], segundo o qual

> Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados. Nesses últimos casos, o atendimento é obrigatório, pressupondo uma relação primária de Direito Administrativo ou de Direito Civil entre o médico e a empresa ou o hospital público, e uma outra entre o empregado e a empresa, ou entre o segurado e a instituição de seguridade, mas não há contrato entre o médico e o paciente.

Saliente-se, todavia, que o defeito ou a falha nos serviços prestados por pessoas jurídicas, como hospitais, clínicas e assemelhados, independem de culpa, nos termos do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor. Apenas a responsabilidade médica do profissional

---

[2] Idem, Ibidem.
[3] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19ª Ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2005. p.307.
[4] AGUIAR JR. R.R de. Op.cit., p. 05-06.

liberal individual permanece na seara subjetiva, consoante dispõe o §4º, do art. 14, de aludido código[5].

No que tange ao ônus probatório, na responsabilidade contratual o paciente demonstrará a relação contratual havida entre as partes, o inadimplemento desse contrato, o dano havido e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta médica. Caberá ao médico, em sua defesa, demonstrar que não agiu culposamente, isto é, que o dano não foi oriundo de seu agir, mas de causa estranha a seu atuar.

Na hipótese de responsabilidade extracontratual, o paciente deverá provar o dano, o fato e a culpa que está a imputar ao médico, ou seja, deverá provar que a conduta médica foi negligente, imprudente ou imperita. Do contrário, não se configurará a responsabilidade.

Na prática, essa diferenciação tem pertinência quando se discute o tipo de obrigação assumida pelo médico, se é de meio ou de resultado.

A obrigação será de meio quando o profissional se compromete a utilizar todos os meios necessários e adequados à obtenção do resultado. Nessa situação, o médico não é obrigado a curar ou salvar o paciente, mas a agir prudentemente, utilizando-se das técnicas apropriadas e seguindo as normas ditadas pelo seu estatuto profissional. De outro lado, a obrigação será de resultado quando o médico se compromete a realizar um ato cujo resultado seja predeterminado e preciso.

Contudo, até mesmo esse entendimento vem sendo relativizado, uma vez que em virtude das peculiaridades inerentes a cada organismo humano, nem sempre é possível atingir-se o resultado exatamente como esperado[6].

Por essa razão, áreas médicas, como a cirurgia plástica com finalidade estética, que eram sempre enquadradas como obrigação de resultado, passaram a ser vistas pela doutrina e pelo judiciário também como obrigação de meio em determinadas situações, pois perfeitamente possível que o organismo do paciente reaja de maneira diversa da comum e provoque resultado diverso do esperado.

Também nesse contexto, destaca-se orientação emanada pelo Centro de Bioética do CREMESP[7] a respeito das cirurgias estéticas como obrigação de meio:

---

[5] CDC. Art. 14. 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.
§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

[6] Nesse sentido, vide KFOURI Neto, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.83-85.

[7] Centro de Bioética do CREMESP. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Faqs&tipo=f&id=125>. Acesso em 09.12.2014.

> Como em toda a prática médica, o objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado, esclarece o artigo 4º da Resolução CFM nº 1.621/01.
> O tratamento pela especialidade visa *trazer benefício à saúde do paciente, seja físico, psicológico ou social, enfim, melhoria sobre sua qualidade de vida*, já que busca tratar doenças e deformidades anatômicas, congênitas, adquiridas, traumáticas, degenerativas e oncológicas, bem como de suas consequências.
> Porém, considerando-se que a diversidade de resposta biológica é inerente às características individuais e genéricas das pessoas, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos dos procedimentos, como em qualquer especialidade médica. [*grifamos*]

Em situações como essa, imprescindível que se investigue e apure se o profissional agiu eticamente, isto é, se não induziu o paciente à realização do procedimento, mesmo sabendo da possibilidade de o resultado não se dar nos moldes desejados.

Assim, portanto, tanto na responsabilidade extracontratual quanto na contratual derivada de obrigação de meio, para que haja responsabilização civil do profissional por eventual dano ocorrido, "o paciente deve provar a culpa do médico, seja porque agiu com imprudência, negligência ou imperícia e causou um ilícito absoluto (art. 159), seja porque descumpriu sua obrigação de atenção e diligência, contratualmente estabelecida."[89]

Além disso, importante salientar que o contrato firmado entre médico e paciente possui tamanha singularidade que, seja ele tácito ou expresso, "exige a colaboração direta ou indireta do paciente para que ocorra. O paciente é co-partícipe do sucesso ou insucesso da atividade médica. Esse contrato será *intuitu personae* na maioria das vezes, bilateral, de trato sucessivo, oneroso"[10].

Por fim, independentemente de tratar-se de responsabilidade contratual ou extracontratual, a culpa no agir médico deve restar indubitavelmente comprovada, assim como seu nexo de causalidade com o dano, para que configure o dever de indenizar. Desse modo, espera-se que "na apuração da responsabilidade profissional do médico fiquem caracterizados a inobservância das regras técnicas e científicas ou a atipia de conduta, o nexo causal entre conduta e dano, a relação de antijuridicidade e o resultado danoso"[11], pois, caso contrário, não será possível responsabilizar o profissional por eventuais danos sofridos pelo paciente.

---

[8] AGUIAR JR. Ruy Rosado de. Op. cit.
[9] Em consonância com esse entendimento, cita-se o seguinte aresto: TJPR - 9ª C. Cível - AC - 1057977-0 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Francisco Luiz Macedo Junior - J. 26.09.2013.
[10] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. V.4. p.128.
[11] FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 7ª Ed. São Paulo: Fundação BYK, 2001. p. 246.

3 Elementos da responsabilidade civil médica: em especial, o elemento culpa.

Para que reste configurada a responsabilidade do profissional, indispensável que estejam presentes determinados requisitos, os quais, nas palavras de Genival Veloso de FRANÇA[12], consistem nos seguintes elementos:

> 1 – O *autor*. É necessário que o profissional esteja habilitado legalmente no exercício da medicina; senão, além da responsabilidade, será punido por exercício ilegal da medicina, curandeirismo ou charlatanismo.
> 2 – O *ato*. Deverá ser o resultado danoso de um ato lícito; pois, do contrário, tratar-se-á de uma infração delituosa mais grave, como, por exemplo, o aborto criminoso ou a eutanásia.
> 3 – A *culpa*. Consiste na ausência de dolo, ou seja, que o autor tenha produzido o dano sem a intenção de prejudicar: por negligencia, imprudência ou imperícia.
> Os elementos essenciais da culpa são: previsibilidade de dano, ato voluntário inicial, ausência de previsão e voluntária omissão ou negligência.
> 4 – O *dano*. Sem a existência de um dano real, efetivo e concreto, não existe responsabilidade. Esse elemento objetivo, relativamente fácil de se estabelecer, é condição indispensável.
> A determinação concreta do dano, além de indispensável em relação à responsabilidade, pode estabelecer o grau da pena ou da indenização.
> 5 – O *nexo causal*. É a relação entre a causa e o efeito, um elo entre o ato e o dano. Quando o ato é praticado licitamente, com moderação e a atenção devida, o resultado danoso pode ser considerado acidente.
> Desses cinco elementos, os dois últimos são essencialmente da incumbência pericial.

Embora todos esses elementos sejam de crucial importância para a configuração da responsabilidade civil médica, far-se-á uma análise mais detida da culpa. Por tratar-se de obrigação de meio, a responsabilidade médica é classificada como subjetiva, razão pela qual o elemento culpa é imprescindível para que haja eventual obrigação de reparação do dano indenizável.

A ciência médica, hoje, não se contenta apenas com a tentativa de cura de doenças, aprimora-se no sentido de impedir que estas cheguem a surgir, o que pode significar atuar inclusive no material genético humano, no intuito de modificar características naturais do indivíduo. Com isso, a expectativa dos pacientes aumenta proporcionalmente ao desenvolvimento de novas tecnologias e descobertas científicas, o que propicia, concomitantemente, a desconfiança acerca de atos que podem configurar erros médicos.

Cumpre salientar que, especialmente na seara médica, o termo *responsabilidade* é empregado tanto no sentido ético como no sentido jurídico, vez que, por tratar-se do

[12] Idem. p. 254.

"exercício de uma profissão liberal, intrincam-se necessariamente os valores morais e legais, pois as razões jurídicas não podem estar dissociadas das razões de ordem moral"[13].

Atualmente, a responsabilidade civil do profissional da medicina está diretamente ligada ao elemento culpa, esta entendida como culpa em sentido estrito, isto é, negligência, imprudência e imperícia. Não abrange, portanto, o dolo, pois este implica necessária presença de volitividade do agente para a prática de ato que tem por objetivo prejudicar ou causar dano a outrem, o que integra a esfera do ilícito penal, e não do ilícito civil, que é o que ora se aborda.

Em que pese haja doutrinadores que defendam a responsabilização objetiva do profissional, isto é, dissociada do elemento culpa, adotar essa postura mostra-se funesta e perigosa, pois fomenta a "despersonalização num campo tão estritamente pessoal como o das relações médico-paciente, que nenhuma semelhança possui com o ato de se conduzir um automóvel pela rua"[14], por exemplo. Ademais, a aplicação da teoria da responsabilidade sem culpa (teoria objetiva), culminaria na equiparação do "médico estudioso, atento e diligente, com o profissional descuidado, que nunca mais abriu um livro de medicina desde sua formatura"[15].

É bastante comum que o próprio paciente traga consigo um risco inerente ao seu organismo ou derivado de sua patologia, o qual não foi provocado pelo médico, de modo que atribuir ao médico a responsabilidade objetiva seria, no mínimo, injusto em situações como essas. Ademais, por tratar-se a obrigação do médico de meio, este não é obrigado a curar o enfermo, mas a utilizar-se da melhor técnica compatível com o local e o tempo do atendimento, empenhando-se ao máximo para alcançar a cura, embora esta nem sempre seja alcançada em virtude de diversos fatores, como as particularidades de cada organismo humano, carência de recursos ou mesmo falta de cuidados do paciente.

Não há falar, portanto, em responsabilidade objetiva do médico frente a suas condutas, uma vez que imprescindível, além da conexão entre o dano e a conduta, a prática de ato culposo, isto é, imprudente, negligente ou imperito, para que eventual conduta médica lesiva seja apta a gerar obrigação indenizatória ao lesado.

Essas três modalidades que integram a culpa, cuja gravidade é a mesma entre si, foram sinteticamente conceituadas por Irany Novah MORAES[16], segundo o qual:

---

[13] FRANÇA, G. V. de. Idem, p. 244.
[14] KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 45.
[15] KFOURI NETO, M.. Idem, Ibidem.
[16] *Erro médico e a lei*. 4ª Ed. São Paulo: LEJUS, 1998. p.357-358.

> Ocorre a *Imprudência* quando o profissional procede sem cautela. Trata-se de precipitação ou afoiteza. Serve como exemplo o cirurgião que opera sem o diagnóstico correto e sem o preparo adequado do paciente, como no caso do que opera o fumante sem suspender o fumo antecipadamente, ou que opera na vigência de gripe ou resfriado, radiografa mulher grávida e faz safenectomia com úlcera varicosa aberta ou com micose nos pés. Está aqui enquadrado o caso em que o cirurgião opera aflito, preocupado com o tempo.
> *Negligência* é falta de diligência, implicando desleixo ou preguiça. Resulta de esquecimento ou de omissão. Esquecimentos de gazes ou de compressas enquadram-se nessa falha. Uma das grandes preocupações dos cirurgiões é controlar as gazes utilizadas durante o ato cirúrgico, para que nenhuma se perca e acabe sendo esquecida no paciente.
> [...] também constitui negligência não dar assistência adequada, descuidar do paciente, não prescrever corretamente, esquecendo as recomendações, não referindo a dieta correta, não indicando transfusão de sangue quando imprescindível. É negligência da enfermagem esquecer o garrote no braço.
> *Imperícia* é deficiência de preparo ou de habilitação, desconhecimento adequado da conduta, falta de habilidade técnica para a realização do procedimento escolhido, incompetência. Enquadram-se nesse caso a ligadura de artérias ilíacas nas histerectomias ou nos abaixamentos de reto por cirurgião sem o devido preparo, a ligadura de ureteres nas histerectomias. É imperícia da enfermagem proceder à contenção exagerada de um paciente agitado, resultando em gangrena que, consequentemente, leva à amputação.

A fim de determinar o valor da indenização, o Código Civil[17] estatui a gradação da culpa, que, segundo a doutrina nacional, poderá ser grave, leve e levíssima. Tal gradação permite que o magistrado, observadas as mesmas condições e iguais circunstancias de tempo e lugar, estabeleça comparações entre as condutas e seja capaz de determinar a extensão do dano e o valor de eventual indenização.

Na culpa grave, o autor não tem a intenção de ocasionar o dano, razão pela qual não se equipara ao dolo. "Intrinsecamente, revela erro grosseiro, imperícia imperdoável, incúria patente (não perceber o que todos percebiam). Extrinsecamente, a gravidade decorre da importância do dano causado, da previsibilidade desse dano e do esforço para evita-lo"[18].

A culpa leve, por sua vez, corresponde à falta de diligência médica que um homem normal empregaria em sua conduta. "Apresenta-se mais frequentemente sob a forma de negligência, revelando falta de atenção, ou imprudência, devido à falha ou insuficiente reflexão sobre a consequência de seus atos"[19].

[17] Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização. BRASIL. Lei 10.406/2002. Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 05/12/2014.
[18] KFOURI NETO, M. Op. cit., p.89.
[19] Idem, Ibidem.

E, por fim, a culpa levíssima seria aquela que vai além do padrão médio de conduta, mas que, contudo, um diligente e cuidadoso pai de família a observaria, pois está em constante alerta e cuidado perante seus responsabilizados[20].

Essa gradação estabelecida pelo Código Civil permite, portanto, ao magistrado, a fixação da extensão da reparação do dano, o que se faz mediante análise da gravidade da imperícia, da imprudência ou da negligência do ato médico, bem como conforme seja maior ou menor a previsibilidade do resultado e a falta de cuidado objetivo. Feito isso, ao juiz será possível proceder à justa individualização da culpa e a consequente extensão da reparação[21].

Nessa linha, para que a responsabilidade médica se caracterize, imprescindível estejam presentes pressupostos como a conduta voluntária culposa, o dano injusto sofrido pela vítima, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, e o nexo causal entre o dano e o agir do profissional.

Além disso, necessário que a conduta médica tenha sido praticada com violação a algum dos deveres prescritos nas normas do Código de Ética Médica, a qual pode decorrer de violação legal ou contratual, e cujo dano seja decorrente de culpa do profissional.

4 Deveres de conduta do médico.

Independentemente da seara na qual se avalia a responsabilidade médica, isto é, seja ela sob o prisma da ética ou sob o prisma legal, necessário que sejam observados os deveres de conduta do profissional. Nessa linha, a responsabilidade adviria do conhecimento do profissional a respeito do que seria justo e necessário para evitar possível dano causado a outrem, mas isso segundo um sistema de deveres e obrigações previamente descritos na norma.

Sob o prisma dos deveres do médico, José de Aguiar DIAS[22] elenca cinco modalidades, quais sejam: conselho, cuidado, obtenção do consentimento, abstenção de abuso ou desvio de poder e dever de sigilo.

Trata-se o dever de conselho a obrigação de esclarecimento que o médico deve prestar ao paciente acerca de sua doença, benefícios e riscos dos tratamentos e/ou procedimentos propostos, cuidados a serem tomados pelo paciente e demais questões acerca de seu real estado de saúde e tratamento. Diretamente conectado ao conselho está a obtenção

[20] SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 71.
[21] KFOURI NETO, M. Op. cit., p.89.
[22] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.337.

do consentimento, que ocorre quando o paciente, devidamente esclarecido acerca de sua doença e procedimentos indicados para o seu tratamento, exara seu consentimento para que o profissional inicie o tratamento. Nessa seara insere-se o consentimento informado, que será examinado a seguir.

No que tange ao dever do cuidado, cabe ao médico, observadas as necessidades da doença, atender aos chamados de seu paciente. Contudo, a substituição do profissional por outro de semelhante qualidade não implica abandono do paciente e eventual responsabilização, pois situações como essa são corriqueiras e advém da grande demanda de pacientes impostas aos médicos o que, muitas vezes, os impossibilita de atender pessoalmente aquele paciente.

Por fim, a abstenção de abuso ou desvio de poder significa que não é permitido ao médico fazer experimentações e testes de novas técnicas em seus pacientes sem sua ciência ou autorização, de modo que tão somente lhe é permitido ater-se ao contratualmente previsto e consentido pelo enfermo, bem como agir segundo os deveres objetivos de cuidado, que significam a capacidade de previsibilidade do profissional acerca de um dano caso ultrapasse conduta não permitida e que no momento da ação ele conheça nela um risco para o bem jurídico tutelado[23].

Além disso, "quando da avaliação do dano produzido por um ato médico, deve ficar claro, dentre outros, se o profissional agiu com a cautela devida e, portanto, descaracterizada de precipitação, inoportunismo ou insensatez"[24]. "Exceder-se na terapêutica ou nos meios propedêuticos mais arriscados é uma forma de desvio de poder e, se o dano deveu-se a isso, não há porque negar a responsabilidade profissional"[25].

Acerca do abuso ou desvio de poder, cumpre salientar que há situações nas quais "não se pode julgar como insensato ou intempestivo o risco assumido em favor do paciente, superior ao habitual, o qual se poderia chamar de risco permitido ou risco proveito"[26].

Além dos deveres citados, Genival Veloso de FRANÇA[27] elenca outros, quais sejam: o dever de informação, o dever de atualização e o dever de vigilância.

Segundo este autor, o dever de informação não se restringe à informação ao paciente, estende-se também às informações sobre as condições precárias de trabalho, às informações registradas no prontuário e informações a outros profissionais.

[23] FRANÇA, G. V. de. Op. cit., p. 252.
[24] Idem, Ibidem.
[25] Idem, Ibidem..
[26] Idem, p. 253
[27] Idem, p. 245 a 254.

O dever de atualização consiste no constante aprimoramento do profissional acerca das técnicas mais recentes aplicadas em sua área de atuação, bem como participação em cursos, palestras, congressos, etc. O ensino médico continuado é mais que um direito, é também uma obrigação.

Por fim, o dever de vigilância consiste na ausência de omissão que caracterize inércia, passividade ou descaso do médico. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando há o abandono do paciente, a restrição de tratamento e o retardamento de encaminhamento necessário, mas desde que se caracterize como omissão culposa.

5 O erro médico

Em virtude das particularidades que envolvem a ciência médica, a culpa do profissional é fator que extrapola a esfera jurídica, pois transita entre as esferas científica e deontológica.

As peculiaridades do organismo humano não permitem que a ciência médica seja exata, uma vez que características como a genética, a idade, o sexo, hábitos de vida, fatores climáticos e geográficos, dentre outros, influenciam diretamente na resposta a tratamentos aplicados. Por esse motivo, o grau de dificuldade para a aferição de culpa do médico pelos danos decorrentes do diagnóstico ou tratamento adotado é altíssimo, vez que não há homogeneidade absoluta entre os organismos humanos.

Preliminarmente, há que se salientar que nem todo mau resultado é sinônimo de erro médico. Resultados atípicos ou indesejados podem, sim, decorrer de condutas que não caracterizam erros médicos, como aquelas propiciadas pelas péssimas condições de trabalho e carência de meios indispensáveis ao tratamento devido. A ausência de leitos hospitalares, escassez de profissionais em ambulatórios, ou mesmo incapacidade econômica do paciente adquirir medicamentos recomendados são apenas alguns dos elementos que podem vir a causar maus resultados.

Nesse sentido, o erro médico pode ser definido como um ato médico que causa um dano à saúde do paciente, e que foi cometido por negligência, imprudência ou imperícia. A obrigação de indenizar, portanto, existirá se configurado o nexo causal ente a culpa do profissional e o dano.

De maneira clara e precisa, Genival Veloso de FRANÇA apresenta o seguinte conceito:

> O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano á vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.[28].

Parcela da doutrina define que o erro médico pode decorrer de falhas de ordem pessoal e técnica, estrutural e carência de humanidade.

A falha de ordem pessoal ou técnica é aquela que ocorre por "despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais". Também ocorre por erro de diagnóstico, prognóstico, execução imprópria ou inadequada do tratamento ou procedimento, e falta de higiene[29].

Os erros por falhas estruturais ocorrem quando os "meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória"[30].

Já os deveres de humanidade caracterizam-se como o dever de socorrer um doente em perigo, o não abandono do paciente, a devida instrução ao paciente acerca de seu verdadeiro estado de saúde, a obtenção do consentimento informado e a salvaguarda do sigilo profissional[31].

Segundo José de Aguiar DIAS[32], são fatos que podem dar origem a erro ou culpa:

> [...] a) o de expor o doente a riscos que podiam ser evitados como inúteis ou dispensáveis para o restabelecimento; b) o de proceder a operação não urgente, sem o instrumental necessário; c) o de continuar tratamento ou manter aparelho que provoque perturbações anormais no doente; [...]; e) a modificação, sem razão plausível, de tratamento rigorosamente definido; [...] h) o de ministrar remédio tóxico sem cuidar de investigar as incompatibilidades e intolerâncias, salvo se o doente é de uma excessiva suscetibilidade e o médico tenha recomendado a suspensão do tratamento, caso se manifestassem sintomas alarmantes; i) a aplicação demasiadamente prolongada de tratamento radiológico, quando o estado da ciência não mais permitia ignorar as emissões parasitárias decorrentes dele; j) o esquecimento de corpo estranho no organismo do paciente, salvo, quando preexistente, lhe possa legitimamente escapar à percepção, ou quando se deva à rapidez requerida pela intervenção [...].

É cediço no Brasil que eventuais maus resultados tenham sua origem nas péssimas e precárias condições de trabalho às quais os médicos, hoje, são submetidos. O sucateamento dos postos de trabalho, a carência de recursos, como medicamentos, equipamentos, infraestrutura, dentre outros, bem como a escassez de mão de obra qualificada, fazem com

[28] FRANÇA, G. V. de. Op. cit., p. 257.
[29] MORAES, I. N. Op.cit. p.357
[30] FRANÇA, G. V. de. Op. cit., p. 257.
[31] MORAES, I. N. Op. cit., p.357.
[32] DIAS, J. A. Op. cit., p. 350-351.

que os profissionais da saúde desdobrem-se de maneira sobrenatural na tentativa de propiciar o melhor tratamento possível aos pacientes.

Ademais, a saúde pública brasileira carece não somente de uma estrutura digna para o cuidado da população, mas também de políticas públicas que tenham por objetivo a implantação do saneamento básico a todo e qualquer cidadão, bem como a implementação de políticas que tenham por finalidade educar a população em questões atinentes à higiene, cuidados pessoais, e tudo o mais relacionado à prevenção e manutenção de sua boa saúde.

Nesse sentido, destaca-se crítica realizada por Genival Veloso de FRANÇA, há mais de dez anos, acerca da precariedade da saúde pública, mas que ainda amolda-se perfeitamente à realidade na qual esta se enquadra:

> Nesse cenário perverso, que pode parecer desproporcional e alarmista, é fácil entender o que vem acontecendo nos locais de trabalho médico, onde se multiplicam os danos e as vítimas, e onde o mais fácil é culpar os médicos, que ética e legalmente seriam os primeiros responsáveis. Eles não são melhores nem piores que os outros profissionais, mas são os que aparecem no momento da morte e do desespero, pela natureza do seu próprio ofício.
> Por trás disso, o poder público continua credenciando sem critérios técnicos, não fiscalizando as empresas conveniadas, escolhendo profissionais por indicação partidária, inflacionando o mercado com cerca de 7 mil médicos por ano sem o devido preparo e sem a absorção de mão-de-obra, pagando consultas médicas a 2,02 reais e diárias hospitalares de 3,24 reais, mesmo sabendo que é impossível alguém honestamente sobreviver a preço tão vil.

A responsabilidade, portanto, será examinada tomando-se por base o que o médico "fez e não deveria ter feito, deixou de fazer e deveria ter feito, falou e não deveria ter falado ou, ainda, não falou e deveria ter falado"[33].

Assim, para que reste configurado o erro médico, imprescindível que tenha sido causado por imprudência, negligência ou imperícia do profissional, de modo que, comprovada a culpa, esta possua nexo de causalidade com o dano ocorrido, vez que inaplicável, aqui, a presunção de culpa do profissional. Trata-se, portanto, da chamada responsabilidade subjetiva perante terceiros.

6 A iatrogenia.

No exercício do ofício médico, é possível que mesmo tendo sido o profissional da saúde altamente diligente com seu paciente, empregando-lhe a melhor técnica no tratamento, assim como as melhores medicações, existe o risco de o enfermo sofrer alguma alteração de

[33] MORAES, I. N. Op. cit., p.356.

cunho patológico e, consequentemente, um resultado negativo em seu tratamento. Circunstâncias como essa podem caracterizar a chamada ***iatrogenia***.

A iatrogenia consiste em um estado de doença, efeitos adversos ou alterações patológicas causados ou resultantes de um tratamento de saúde correto e realizado dentro do recomendável, que são previsíveis, esperados ou inesperados, controláveis ou não, e algumas vezes inevitáveis. Contudo, tais efeitos não necessariamente são ruins, podendo, inclusive, ser bons.

Segundo Kátia Conceição Guimarães VEIGA, a iatrogenia consiste em "manifestações inerentes aos vários procedimentos diagnóstico-terapêuticos adotados na área médica e de enfermagem, principalmente aqueles de caráter invasivo, cujos efeitos danosos podem ser presumíveis, inesperados, controláveis ou não"[34].

Ensina Irany Novah MORAES que existem três espécies de iatrogenia:

> No primeiro enquadram-se as lesões previsíveis e também esperadas, pois o procedimento proposto implica resultado com sequela. No segundo, agrupa-se o resultado previsível, porém inesperado para o caso, mas que decorre do perigo inerente a todo e qualquer procedimento. Ele ocorre em todos os graus, do nulo ao óbito. No terceiro, encontram-se os resultados decorrentes de falhas do comportamento humano no exercício da profissão, falhas passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico[35].

Do primeiro conceito, extrai-se como exemplo as cirurgias mutiladoras, como a mastectomia em caso de câncer de mama, assim como amputações em pacientes diabéticos para a preservação de sua vida. Nessa linha, cumpre salientar que toda lesão decorrente de uma cirurgia mutiladora caracteriza uma lesão iatrogênica ao paciente, vez que necessária, previsível e esperada. Outro exemplo prático, nessa seara, é a necessária retirada de parte do estômago com a finalidade de extirpação de um tumor. Embora a remoção parcial do estômago configure uma lesão, ela é lícita e permitida, pois necessária para a tentativa de cura.

No que concerne ao segundo conceito, um exemplo de lesão iatrogênica são as reações alérgicas a medicamentos prescritos, as quais decorrem de características intrínsecas ao organismo do paciente, assim como reações alérgicas decorrentes do uso de contrastes para a realização de exames radiológicos.

Por fim, a título de exemplo à terceira espécie de lesão iatrogênica, cita-se a confusão entre as veias no caso de cirurgia vascular, o que pode ocasionar uma gangrena.

---

[34] VEIGA, K. C. G. *apud* STOCO, R.. Op. cit. p. 587.
[35] MORAES, I. M. Op. cit., p.299.

Além desses exemplos, também se destacam as interações medicamentosas, a utilização indiscriminada de antibióticos, que leva à resistência das bactérias, quimioterapias e radioterapias, que causam queda capilar, anemia, náuseas, etc., infecções, dentre tantos outros.

Consoante exposto, existem determinadas moléstias que necessitam seja realizada determinada lesão ao paciente para que se alcance a cura. Essa lesão será, portanto, além de necessária ao tratamento, legal e eticamente permitida, de modo que, se não realizada, impede-se que se alcance uma possível cura. É por essa razão que se consolida o entendimento de que uma vez que permitida pelo paciente, lesões dessa magnitude configuram o exercício regular de um direito do médico de agir, segundo as técnicas e condutas indicadas e reconhecidas pela comunidade médico-científica, objetivando a cura daquela moléstia.

Em consonância com esse entendimento está Rui STOCO[36], o qual legitima a iatrogenia[37] como exercício regular de direito, pois entente que o exercício da atividade médica ou cirúrgica se justifica "formalmente porque consiste no exercício regular de uma faculdade legítima, e materialmente porque constitui meio justo para um justo fim ou meio adequado para um fim reconhecido pela ordem estatal".

Considerando tratar-se o ser humano de organismo complexo e peculiar, fatores intrínsecos a cada indivíduo podem ocasionar uma situação de iatrogenia quando submetido a determinado procedimento ou tratamento. Essas situações, "embora previsíveis, não têm qualquer relação de causa e efeito com a atuação do médico, da técnica empregada ou do atual estado da ciência"[38], o que torna o agir medico lícito. Contudo, imprescindível que o paciente seja informado a respeito dessas possíveis lesões iatrogênicas, do contrário, o profissional poderá ser civilmente responsabilizado por omissão culposa (negligência).

Todavia, não raras são as vezes que o próprio paciente omite de seu médico informações atinentes a seu estado de saúde, cuja ciência do profissional pode modificar, ou até mesmo impedir, seja adotado determinado procedimento. Caso essa omissão gere alguma intercorrência ou complicação que ocasione dano ao paciente, este não será atribuído ao médico, pois inexistente seu agir culposo.

---

[36] STOCO, R. Op.cit., p. 589.

[37] São inúmeros os julgados exarados por Tribunais Superiores Brasileiros nos quais é afastada a responsabilidade civil médica em virtude de hipóteses de iatrogenia. Dentre esses, citam-se as seguintes decisões: TJ-DF - APL: 20041092006807001 DF 0020041-09.2006.807.0001, Relator: Luciano Moreira Vasconcellos, Data de Julgamento: 23/05/2012, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 01/06/2012, DJ-e Pág. 187 e TRF-2 - AC: 198251014363907 RJ 1982.51.01.436390-7, Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund, Data de Julgamento: 15/02/2011, oitava turma especializada, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 21/02/2011 - Página:330

[38] STOCO, R. Ibidem.

Importante destacar que a iatrogenia não se confunde com o erro médico, este, sim, capaz de gerar responsabilidade civil do profissional pelos danos dele decorrentes. O erro médico advém de conduta ou omissão negligente (descuido, desleixo), imprudente (sem precaução, imponderado) ou imperita (inabilidade ou desconhecimento técnico) do profissional, da qual resultou um dano ao paciente.

É imprescindível, para que se configure o erro médico, que a conduta ou omissão do profissional tenha sido causadora direta do dano ao paciente. Além disso, é necessário demonstrar que este ocorreu por um agir negligente, imprudente ou imperito do profissional. Pode ocorrer, por exemplo, de o paciente possuir uma doença rara, até então latente, e que foi desencadeada por um tratamento a uma doença simples, como uma gripe, e acabou gerando danos irreversíveis ao paciente. Nesse caso, não é possível que se impute ao médico a responsabilidade pelos danos irreversíveis, pois a doença rara era, até então, desconhecida e não diagnosticável, de modo que era impossível ao médico saber que a pessoa a possuía e que, portanto, seu tratamento poderia gerar tais danos ao paciente.

Além disso, o erro médico decorre de violação a um dever objetivo de cuidado ou à violação consciente de um dever, o que implica possíveis sanções nas esferas civil, penal e administrativa.

Necessário, contudo, ressaltar que determinado dano pode inicialmente ser classificado como iatrogênico e transformar-se em erro. Foi o que ocorreu com a talidomida quando receitada a mulheres grávidas. Enquanto ainda desconhecida sua ação teratogênica, seus efeitos eram considerados iatrogênicos. Todavia, assim que descobertos tais efeitos e sua relação causa e efeito, a prescrição desse medicamento a mulheres grávidas passou a caracterizar erro médico.

Merece especial destaque o conceito defendido por José Carlos Maldonado de CARVALHO[39] a respeito dos limites da responsabilidade civil em hipóteses de iatrogenia, segundo o qual

> "[...] a medicina moderna, ao conceituar a iatrogenia como todo dano causado ao paciente pela ação médica ou aos males provocados pelo tratamento prescrito, estanca de forma direta o ingresso no campo da responsabilidade civil, já que os profissionais médicos, que cuidam da saúde alheia, assumem uma obrigação de meio com a finalidade de aplicar a arte, perícia e zelo que detêm em que seus pacientes presumem estejam no domínio do esculápio, cujo eventual desvio não vai além da relação terapêutica [...]"

A iatrogenia, portanto, não acarreta a responsabilidade civil do profissional da saúde, eis que decorrente de um agir tecnicamente correto. Nesse caso, além da intenção benéfica do

[39] Op. cit.. p. 08-09.

profissional para a tentativa de cura do paciente, há um proceder preciso e correto, de acordo com as normas e princípios ditados pela ciência de sua área profissional[40]. Está-se, portando, diante de uma excludente de responsabilidade.

7 Conclusão.

Ainda que a responsabilidade civil médica não obedeça a um único sistema, pois é possível que se configure como contratual e extracontratual, em ambas as situações a responsabilidade do profissional será de meio e, por essa razão, imprescindível restar configurada a culpa no agir médico para que eventual dano seja indenizado.

Nesse sentido, a responsabilização civil do médico só se configuraria quando efetivamente comprovado seu agir culposo, decorrente da inobservância dos deveres de cuidado aos quais é submetido pelo ordenamento jurídico e pelo Código de Ética Médica.

Contudo, há situações nas quais o comportamento do paciente, como o descumprimento de orientações médicas para o cuidado de sua saúde, ou existência de elementos intrínsecos a seu próprio organismo ou à doença a ser combatida, influenciam diretamente na existência ou não de nexo causal entre o dano e o agir médico.

É por essa razão que a lesão iatrogênica configura uma excludente de culpabilidade, pois decorre de um agir médico correto e ético, no qual inexiste ação imprudente, negligente ou imperita do profissional, uma vez que a lesão foi necessária para a tentativa de cura do paciente, ou decorreu de circunstâncias particulares ao organismo do indivíduo.

A iatrogenia e o erro médico são, portanto, excludentes entre si. Uma vez caracterizada a iatrogenia, não haverá falar em responsabilização por erro médico, pois inexistiu violação a qualquer dever de cuidado por parte do profissional. Trata-se a iatrogenia de erro escusável, que não gera a responsabilização civil, penal ou ética do profissional.

Considerando, portanto, não se tratar a medicina de uma ciência exata e circunstâncias danosas - algumas vezes alheias à capacidade cognitiva humana – poderem surgir, imprescindível que, na hipótese de se buscar a responsabilização daquele que ministrou o tratamento, faça-se uma investigação minuciosa de sua conduta, pois nem sempre uma consequência danosa decorre de um erro médico.

[40] CARVALHO, J. C. M. de. Op. cit.. p.08.

Referências Bibliográficas.

AGUIAR JR. Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. Disponível em < http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/23.pdf>. Acesso em 09/12/2014.

BRASIL. Lei 10.406/2002. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 05/12/2014.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Centro de Bioética do CREMESP. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Faqs&tipo=f&id=125>. Acesso em 09.12.2014

DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora GZ. 2ª Edição, 2012.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19ª Ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 7ª Ed. São Paulo: Fundação BYK, 2001.

KFOURI Neto, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Monografia Jurídica. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *A Responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor*. São Paulo: RT, ano 93, v.827, p.11-48, set/2004.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a lei*. 4ª Ed. São Paulo: LEJUS, 1998.

SILVA PEREIRA, Caio Mario da. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. V.4.