

PATRÍCIA MARIA DE CARVALHO

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA -
Obrigação de meio, sem exceções.**

**ESCOLA PAULISTA DE DIREITO - EPD
Especialização em Direito Médico e Hospitalar**

São Paulo
2012

PATRÍCIA MARIA DE CARVALHO

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA –
Obrigação de meio, sem exceções.**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito Médico e Hospitalar, como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista em Direito Médico e Hospitalar pela Escola Paulista de Direito (EPD).

Orientador: Prof. Ms. Dr. Marcos Vinícius Coltri.

**São Paulo
2012**

RESUMO

Abordagem da responsabilidade civil médica. Destacando-se o estudo da configuração de sua obrigação, depois de percorrer pela sua evolução histórica, dentro e fora do Brasil, sua natureza jurídica, a culpa e o nexo causal, a responsabilidade subjetiva, bem como a objetiva e suas teorias. Enfatizando sempre que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, devendo sempre ser averiguado se o profissional agiu com zelo à saúde do paciente e se utilizou de todo conhecimento e recurso disponível, olvidando esforços sempre no sentido de curá-lo. Desenvolvimento do tema através das particularidades da responsabilidade dos profissionais de saúde, como o cirurgião plástico e o anestesiológico que, como quaisquer outros médicos também dependem de fatores externos, incluindo a participação do próprio paciente, que podem acarretar a ocorrência de indesejados resultados. Abordando exaustivamente por todo trabalho, o fator álea a que está submetido este profissional, já que seu objeto de trabalho é o imprevisível corpo humano, seu psicológico e suas intercorrências.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Médica. Erro Médico. Obrigação de Meio. Obrigação de Resultado.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	4
2. A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	6
2.1. A origem e o Código de Hammurabi	6
2.2. Na Roma Antiga	7
2.3. Na Grécia	9
2.4. Na França	11
2.5. A evolução no Direito Brasileiro	13
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO DIREITO PÁTRIO	15
3.1. Natureza jurídica da Responsabilidade Civil do Médico	15
3.2. Responsabilidade Civil Objetiva	16
3.2.1. Teoria Objetivista da Perda de uma Chance	18
3.3. Responsabilidade Civil Subjetiva	23
3.4. Excludentes da Responsabilidade Civil Médica	24
3.5. A culpa médica e o Nexo Causal	28
3.1.1. Negligência	29
3.1.2. Imprudência	30
3.1.3. Imperícia	30
3.6. A Responsabilidade Civil Médica e o Código de Defesa do Consumidor	31
4. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: CONCEITO, APLICAÇÃO E ADEQUAÇÃO 34	
4.1. Na cirurgia plástica	35
4.1.1. Diferentes obrigações dentro de uma mesma especialidade	38
4.2. Na Anestesiologia	40
4.3. O Fator Álea	44
4.4. A participação do paciente	46
4.5. O Lento Movimento de Mudança	50
5. A DINÂMICA DOS SERES HUMANOS E A SUBJETIVIDADE DE CADA SER	54
6. CONCLUSÃO	59
7. REFERÊNCIAS	61

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a “Responsabilidade Civil do Médico: obrigação de meio, sem exceções”, tendo em vista a crescente demanda desta responsabilidade nos tribunais brasileiros e o insistente enquadramento da responsabilidade médica de alguns profissionais como uma obrigação de resultado. Bem como por ser tratar de questão de grande relevância, já que este profissional, no exercício de sua profissão, lida com a vida, o maior patrimônio do ser humano e maior bem jurídico tutelado pelo Estado.

A prestação obrigacional do médico há muito, vem sendo considerada como uma obrigação de meio, tendo como exceção as especialidades médicas de *cirurgia plástica estética*, ou *embelezadora*, e a *anestesiologia*, ainda que sob controvérsias, vêm sendo enquadradas como obrigação de resultado. Todavia, este posicionamento, aparentemente assentado, vem sofrendo crescente crítica de doutrinadores e a jurisprudência tem cedido espaço ao questionamento.

A tendência de mudança deste posicionamento se dá em razão da perspectiva do avanço da pesquisa jurídica, para que esta possa acompanhar a pesquisa científica, que almejando o conhecimento da fisiologia do corpo humano, prova a cada dia que não se podem determinar todas as possíveis reações fisiológicas de um paciente a um ato médico, seja este clínico ou cirúrgico.

O estudo apresentado descreve a atual posição doutrinária e jurisprudencial, no direito pátrio, a cerca da Responsabilidade Civil do Médico, bem como discuti e compara os diferentes posicionamentos, com o escopo de propor uma nova visão desta responsabilidade. Apresenta, de forma abreviada, a evolução histórica da responsabilidade civil médica, analisa a culpa e o nexo causal, criticando a atual posição majoritária quanto às especialidades médicas excetuadas à regra geral da obrigação de meio.

Este estudo de pesquisa bibliográfica, com caráter descritivo e cunho qualitativo, visa também discutir a crescente “indústria do dano moral” e a generalização

do termo “Erro Médico”, tendo em vista, o prejulgamento que o termo carrega em sua essência

Hodiernamente é bastante ampla a lista de autores brasileiros que escrevem sobre a responsabilidade médica, mas os que mais se destacam no cenário brasileiro, Hildegard Taggesell Giotri e Miguel Kfoury Neto, serão os norteadores do presente trabalho. Tendo em vista, serem os que possuem, não só o maior número de obras sobre o tema, como também as mais completas. E sempre numa posição de fundamentada defesa das prerrogativas deste profissional. Traremos também a opinião de alguns doutrinadores argentinos, já que naquele país a responsabilidade civil médica é discutida de longa data, o que, conseqüentemente, a torna mais abrangente.

O presente trabalho tem o propósito de induzir a uma uniformização do entendimento de que, toda a qualquer responsabilidade médica, independente da especialidade do profissional, está amparada pela obrigação de meio. Em outras palavras, que o médico, ao desempenhar seu mister, está obrigado a fazê-lo com atenção, cuidado, zelo, diligência e dedicação, bem como se utilizar de toda a técnica disponível sem, entretanto, ser obrigado a alcançar o êxito.

Entendemos ser de grande valia a presente pesquisa para todos os operadores do Direito, como os estudiosos, doutrinadores, julgadores e defensores, bem como a todo profissional médico, que muitas vezes se sentem injustiçados, e muitas vezes desmotivados, ao se depararem com uma condenação, mesmo após terem se dedicado sobremaneira e empreendido todo seu conhecimento à cura daquele paciente.

Desejamos que ao final deste trabalho possamos, no mínimo, ter esclarecido que a apuração da Responsabilidade Civil Médica deve partir do pressuposto de que cada ser humano é único, assim como suas reações psico-fisiológicas, cabendo aos operadores do Direito a análise caso a caso, sem prejulgamentos ou conceitos preestabelecidos, sem exceções.

2. A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Para iniciarmos este estudo, entendemos ser relevante apresentarmos uma breve descrição da evolução da responsabilidade civil médica através dos tempos, uma vez que presente e futuro têm seus alicerces em fatos pretéritos.

2.1. A origem e o Código de Hammurabi

Nos primórdios, curiosos e observadores que receitavam ervas ou outros tratamentos medicinais, eram considerados curandeiros, magos e sacerdotes dotados de poderes sobre-humanos. As atividades de combate às doenças não se preocupavam com seus estudos, e sim essencialmente com sua cura. Muito embora, já nesta época, era atribuída ao feiticeiro à culpa do mal resultado, caso o paciente não fosse curado.¹

O Código de Hammurabi, que data aproximadamente de 1.790-1.770 a.C.,² foi a primeira codificação³ a prever sanções para os profissionais que causassem danos aos seus pacientes. Sendo as penalidades graduadas de acordo com a lesão causada, o que incluía a amputação da mão do médico.

Encontramos na excelente tradução do Código de Hammurabi de E. Bouzon, os art. 218, 219 e 226, que tratavam das penas aos médicos ou cirurgiões que causassem danos aos seus pacientes, fossem esses homens livres ou escravos. Referindo-se ao art. 218, relata E. Bouzon:

“Se o paciente não tiver sucesso em sua intervenção cirúrgica e o paciente morrer ou ficar cego e esse paciente for um “awilum” neste caso será aplicada contra o órgão

¹ KFOURI NETO, Miguel. “Responsabilidade civil do médico”, 7ª edição, São Paulo, 2010, Ed. RT. p. 50.

² Encontramos na doutrina, períodos divergentes atribuídos ao Código de Hammurabi, como por exemplo, o ano de 2.394 a.C., citado em: PANASCO, Wanderby Lacerda, “A responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos”, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 36. Optamos por manter o período citado acima, por se tratar da referência mais encontrada nas obras doutrinárias.

³ Existem controvérsias de que o Código de Hammurabi tenha sido a primeira norma codificada a prever penas para o erro médico. Ver mais em: GIOSTRI, Hildegard Taggesell. “Erro Médico – À luz da jurisprudência comentada”, 2ª edição (2004), 4ª reimpressão (2010), Curitiba, Ed. Juruá, p. 24 e 25.

considerado culpado, a mão do médico, a pena de talião. Esta era, sem dúvida, uma maneira drástica de evitar outras intervenções desastrosas desse médico.”⁴

À época de Hammurabi, portanto, um médico que tentasse salvar uma vida, ou curar a doença de um paciente, estaria colocando sua própria integridade física e patrimonial em risco. O conceito de culpa, como juridicamente conhecemos hoje, inexistia àquela época, prevalecendo então a responsabilidade objetiva do profissional.⁵ Por este motivo, afirma José Breda⁶ em seu livro, citado por Neri Tadeu Camara Souza: “Hamurabi, o grande legislador, estagnou a medicina. Estagnou? Não! Provocou retrocesso”.

Visto desta forma, cremos que o excessivo rigor da Lei de Hammurabi, se opunha ao desenvolvimento da medicina, já que o temor pelas sanções desestimularia os estudos destes profissionais, que poderiam ser punido independente de sua atuação médica, e sim por fatores externos e imprevisíveis.

2.2. Na Roma Antiga

Foi o Direito Romano que mais influenciou o instituto da responsabilidade civil que conhecemos hoje. Em Roma que, tutelados pelo Estado, teve início a substituição gradativa da vingança privada, pelas reparações e indenizações devidas a quem sofressem danos.

Por volta do ano 452 a.C, foi adotada em Roma a Lei das XII Tábuas, momento em que alguns princípios gerais da responsabilidade civil foram introduzidos ao, ainda rudimentar, ordenamento jurídico. Passou-se, então, ao estágio seguinte onde a composição tarifada fixava, para cada caso concreto, o valor da indenização a ser paga pelo causador do dano.

⁴ E. BOUZON. “o Código de Hammurabi”, Centro de Investigações e Divulgações - Publicações CID, Petrópolis, 1976. *Apud* PANASCO, Wanderby Lacerda, op. cit. p. 36 e 37.

⁵ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 51.

⁶ BREDA, José. Responsabilidade Civil do Médico. 2.ed. São Paulo: Brasbiblos, 1997, p.11. *In* SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade Civil no Erro Médico. p.59 http://www.saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/artigos/outros/erro.pdf acessado em 26/05/2011.

É com extrema habilidade que Miguel Kfoury Neto⁷ nos relata a forma como era tratada, através de suas codificações, a responsabilidade civil na Roma antiga, e ainda como suas legislações enumeravam os delitos e as sanções relacionadas à prática profissional do médico:

Entretanto, com a *Lex Aquilia de Damno*, plebiscito posterior a *Lei Hortensia*, do século III a.C., formulou-se conceito de culpa, bem como fixaram-se algumas espécies de delitos que os médicos poderiam cometer, como o abandono do doente, a recusa à prestação de assistência, os erros derivados da imperícia e das experiências perigosas.

Como consequência, estabeleceu-se a obrigação de reparar o dano, limitando-o ao prejuízo econômico, sem se considerar o que hoje se define como dano moral.

Quem matasse um escravo ou animal alheio seria condenado a pagar o mais alto valor que tivesse tido no ano anterior ao delito; quem tivesse ferido um escravo ou um animal alheio, como também destruído ou deteriorado coisa corpórea alheia, deveria pagar ao proprietário o mais alto valor que o objeto tivera nos 30 dias precedentes ao delito.

Para intentar a *actio legis Aquiliae*, era necessário: a) que o dano tivesse causado *injuria*, isto é, contrariasse o direito; b) uma falta positiva (*in committendo*). Deixar o escravo alheio morrer de fome, por constituir culpa *in omittendo*, não gerava responsabilidade.

Qualquer falta imputada ao autor era suficiente: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*; c) um dano *corpore corpore datum* – o dano deveria ter sido causado por contato do corpo do autor com o da vítima.

[...]

Na *Lex Aquilia* encontram-se os primeiros rudimentos de responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou deportação do médico culpado de falta profissional. Nas obras de Plínio, todavia, deparam-se reclamações de impunidade médica, tendo em vista a dificuldade, já àquela época, das tipificações legais.

A Lei Aquiliana Romana data de 287 a.C, e trouxe as primícias da responsabilidade civil médica, inclusive prescrevendo as sanções pecuniárias para os danos causados por estes profissionais.⁸

Foi somente com o advento do Império de Augusto, ano 27 a.C, que a ciência médica começou a ganhar prestígio profissional. Com o passar do tempo, a arte de curar recebeu maior consideração, se alcançando a dignidade da profissão, sendo, então, assistida uma elevação cultural e sanitária da medicina. O que tornou a medicina praticada à época, bem próxima da contemporânea.

Ao mesmo tempo, ocorre um importante avanço legislativo com a obra de Justiniano, conforme nos descreve Eduardo Dantas⁹ através do *Corpus Juris Civilis*, “...

⁷ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 52.

⁸ SCHAEFER, Fernanda. “Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico”, 1ª edição, 2002, 10ª reimpressão, 2011, Curitiba, Editora Juruá, p. 18.

o *Digesto* é o livro que traz a matéria civil, e nele se indica a forma de valoração do prejuízo patrimonial (gastos médicos, diminuição de renda por conta de incapacidade temporária, gastos futuros, etc.) e extrapatrimonial (prejuízos psicológicos e a honra).”

2.3. Na Grécia

Por volta do século V a.C começaram a surgir na Grécia antiga, verdadeiros estudos no campo da medicina, proporcionando a sobreposição de elementos racionais e científicos aos conceitos empíricos, e porque não dizer, vingativos da Lei de Talião.

Em 460 a.C, nasceu Hipócrates, autor do juramento¹⁰ até hoje repetido pelos graduados em medicina. Segundo Fernanda Schaefer, foi Hipócrates quem encerrou a fase da crença de que divindades eram quem cuidavam dos enfermos e “entregou a arte de curar aos homens”.¹¹ Dos estudos da medicina, adveio o *Corpus Hippocraticum*, uma construção filosófica aristotélica¹², que começa a transformar a medicina em uma ciência mais racional e menos empírica, cuja síntese mais conhecida é o juramento citado.

O Juramento de Hipócrates, que é considerado “o pai da medicina”,¹³ foi atualizado em 1948 pela Declaração de Genebra,¹⁴ a qual vem sendo utilizada em

⁹ DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*, 1ª edição, Rio de Janeiro, 2009, GZ Editora. p. 8 e 9.

¹⁰ **Juramento de Hipócrates:** Eu juro, por Apolo, médico, por Esculápio, Higeia e Panacea e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda a casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução sobretudo longe dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.

¹¹ SCHAEFER, Fernanda. Op. cit. p. 18 e 19.

¹² KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 54.

¹³ MELO, Nehemias Domingos de. “Responsabilidade Civil por Erro Médico”, Editora Atlas, São Paulo, 2008, p. 4.

vários países por se mostrar social e cientificamente mais próxima da atual realidade. E foi somente a partir desta atualização pela Convenção, que ele começou a ser recitado pelos futuros médicos em suas colações de grau.¹⁵

A medicina estava em seu apogeu, sendo vista cada vez mais como ciência, e esta mudança de pensamento permitiu relevantes alterações no que diz respeito a apuração da responsabilidade médica. Segundo Mariana Massara Rodrigues de Oliveira:¹⁶ “... lentamente, vai se firmando o princípio de que a culpa do médico não se presume somente pelo fato de não ter ele obtido êxito no tratamento, mas de que ela deve ser analisada e individualizada com base na conduta seguida pelo profissional.” Em outras palavras, sua culpa só seria declarada se restasse provado sua desatenção aos preceitos ou sua inobservância as práticas e procedimentos médicos.

Para normatizar tal evolução, foi criada, em Atenas, a Lei Geral de Reparação, que regulamentava a indenização devida para quem sofria um dano involuntário (culposo), daquele que experimentava um dano voluntário (doloso), onde a reparação seria devida em dobro da estipulada para o dano involuntário.¹⁷

Platão teve grande influência na mudança de pensamento da época, com base em seu pensamento filosófico de que a indenização recebida poderia transformar o ódio em futura amizade, conseguiu que a Lei de Talião fosse deixada para trás e toda atenção se voltasse para a indenização.¹⁸

¹⁴ **Juramento de Hipócrates atualizado:** Eu, solenemente, juro consagrar minha vida a serviço da Humanidade. Darei como reconhecimento a meus mestres, meu respeito e minha gratidão. Praticarei a minha profissão com consciência e dignidade. A saúde dos meus pacientes será a minha primeira preocupação. Respeitarei os segredos a mim confiados. Mantereí, a todo custo, no máximo possível, a honra e a tradição da profissão médica. Meus colegas serão meus irmãos. Não permitirei que concepções religiosas, nacionais, raciais, partidárias ou sociais intervenham entre meu dever e meus pacientes. Mantereí o mais alto respeito pela vida humana, desde sua concepção. Mesmo sob ameaça, não usarei meu conhecimento médico em princípios contrários às leis da natureza. Faço estas promessas, solene e livremente, pela minha própria honra. Em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaracao_de_Genebra_da_Associacao_Medica_Mundial, acessado em 22/01/2012.

¹⁵ SCHAEFER, Fernanda. Op. cit. p. 21.

¹⁶ OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues. “Responsabilidade Civil dos Médicos”, Editora Juruá, Curitiba, 2008, p. 21.

¹⁷ DANTAS, Eduardo. Op. cit. p. 10.

¹⁸ Ibidem.

2.4. Na França

As formas de responsabilização foram se modificando, com o decorrer dos séculos. Com a criação das universidades no século XIII, passou a ser conferido aos graduados em medicina o reconhecimento público da capacidade profissional. Surgindo então, estruturadas organizações médicas, o que levou a uma maior proteção legal aos mesmos.

Mesmo com toda essa evolução, foi somente em 1335, por decreto de Jean I, Rei da França, é que se restringiu o exercício da medicina aos formados nas universidades.¹⁹

Séculos mais tarde, mais precisamente em 1829, a Academia de Medicina de Paris proclamou que a responsabilidade do médico deveria ser exclusivamente moral, e não pecuniária, tendo em vista a natureza multifacetada que envolve um tratamento de saúde, como prognósticos, diagnósticos, tratamentos, reações adversas, entre outros. Conseguiu, portanto, que a jurisprudência francesa concordasse com este entendimento por muito tempo.

Desta forma, só se poderia responsabilizar o médico por negligência, falta grave, imprudência visível, manifesta imperícia, erro grosseiro ou elementar, e o ônus da prova sempre incumbia ao autor. E para fortalecer ainda mais a imputabilidade atribuída aos médicos da época, surgiu o perito médico, que era considerado possuidor de vasto conhecimento científico médico. E por este motivo, seus pareceres eram decisivos nas ações contra estes profissionais.

Ocorreu então, uma involução do princípio da obrigação jurídica de indenizar por um dano cometido, ficando sua responsabilização restrita a culpa material, isto é, "... ele responderia quando cometesse falta igual àquela cometida por um homem comum, mas não por uma especificamente decorrente do agir médico".²⁰

¹⁹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro Médico – À luz da jurisprudência comentada, 2ª edição (2004), 4ª reimpressão (2010), Curitiba, Ed. Juruá. p. 26.

²⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Op.cit. p. 31.

Toda esta imunidade experimentada pela classe médica da época, que compreendeu entre os anos 1.825 e 1.833, ocasionou a ocorrência de casos graves e extremamente danosos a pacientes e levou os legisladores a repensarem essa imputabilidade.

Foi quando, em 1.832, um parecer do notável Procurador-Geral André Marie Jean-Jacques Dupin, da Corte Civil do Tribunal de Cassação de Paris, provocou uma verdadeira revolução na jurisprudência francesa no que concerne à responsabilidade médica. Este parecer se transformou num marco da responsabilidade médica, influenciando inclusive, as jurisprudências de vários países.

Tendo em vista a importância histórica e jurídica, bem como o imensurável valor doutrinário do referido parecer, transcrevemos, ainda que parcialmente, seu texto:

O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; que tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.

Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção: basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto, inescusáveis.

[...]

Que os médicos se confortem: o exercício de sua arte não está em perigo; a glória e a reputação de quem a exerce com tantas vantagens para a humanidade não serão comprometidas pela falta de um homem que falhe sob o título de doutor. Não se sacam conclusões e dificilmente se conclui partindo do particular ao geral e de um fato isolado a casos que não oferecem nada de semelhante. Cada profissão encerra, em seu seio, homens das quais ela se orgulha e outros que ela renega.²¹

Alguns doutrinadores como Melo²² e Giostri²³, concordam que foi o direito francês quem estabeleceu as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica na era moderna, numa construção doutrinária e jurisprudencial, formada no decorrer dos dois últimos séculos, que vai até os dias de hoje, servindo de base para o ordenamento de vários países, o que inclui o Brasil.

²¹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*, 10ª edição, 2010, Forense. p. 206 e 207.

²² MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil por Erro Médico – Doutrina e Jurisprudência*, 1ª. Edição, São Paulo, Atlas, 2008. p. 5.

²³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op.cit.* p. 28.

2.5. A evolução no Direito Brasileiro

No Brasil-Colônia, a responsabilidade civil, ou obrigação de ressarcimento do dano, tem sua origem nas Ordenações do Reino, mas é no Código Criminal de 1830 que esta obrigação de reparação vem mencionada como dever de satisfação do dano causado pelo ofensor à vítima.²⁴

A distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal que hodiernamente é clara aos operadores do Direito, não era a que predominava a época. Hoje sabemos que, na responsabilidade civil o dano é de ordem privada, podendo ou não haver ofensa à ordem pública. Por outro lado, na responsabilidade penal, a lesão é sempre de ordem pública, ou seja, a um interesse social tutelado pelo Estado.

Este entendimento começou a mudar, segundo Néri Tadeu Câmara Souza, com o ilustre Teixeira de Freitas.²⁵

Uma próxima fase, [...], tem início pela genialidade de Teixeira de Freitas, o qual não concordava que a responsabilidade civil estivesse ligada à responsabilidade criminal. Ele observava, em seus escritos, que o ressarcimento do prejuízo ocasionado pelo delito passava a ser abordado como competência de legislação civil.

Durante décadas, nossa doutrina considerava somente o descumprimento de normas legais ou de normas contratuais, fontes de violação passíveis de responsabilização.

Mais tarde, uma nova era de direitos invade o país com o advento da Constituição Federal de 1988, que tornou também passível de ressarcimento o dano moral, e posteriormente, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, prevendo a responsabilidade objetiva. A responsabilidade civil, então, assume novos rumos.

2.6. Nota conclusiva

²⁴ DANTAS, Eduardo. Op. cit. p. 19 e 20.

²⁵ SOUZA, Néri Tadeu Câmara. "Responsabilidade Civil no Erro Médico", disponível em: http://www.saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/artigos/outros/erro.pdf, p. 07.

Em face de todo o relato da evolução histórica da responsabilidade médica, podemos concluir que foram necessários muitos séculos de devoção ao empirismo e às vinganças privadas, para que chegássemos à imensurável contribuição da doutrina e jurisprudência francesa para o que conhecemos hoje deste instituto.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO DIREITO PÁTRIO

3.1. Natureza jurídica da Responsabilidade Civil do Médico

Muito embora, atualmente, já esteja pacificado de que a natureza jurídica da responsabilidade médica é contratual, se tratando um contrato de prestação de serviços, para os casos eletivos, passando a extracontratual para os casos de urgências e emergências, Sérgio Cavalieri, tem uma posição contrária. Este autor defende que, o contrato existente entre médico e paciente, deveria ser considerado um contrato *sui generis*, justificando seu posicionamento da seguinte forma: “Tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda, e protetor do enfermo e de seus familiares...”²⁶. Posição esta que, embora seja defendida por uma minoria, concordamos, tendo em vista a amplitude de uma convenção oriunda da relação médico-paciente.

Não obstante nossa discordância, não resta dúvida quanto à natureza contratual da responsabilidade médica. Desta forma, reproduzimos as palavras de José Carlos Maldonado de Carvalho,²⁷ que disserta claramente sobre o assunto, dizendo:

Enquanto a responsabilidade contratual tem sua origem na convenção entre as partes, a extracontratual tem origem na inobservância do dever genérico de não lesar ou causar dano a outrem.

Ressalte-se, todavia, que em qualquer dessas modalidades a configuração da responsabilidade dependerá da presença de três requisitos básicos: o dano, a violação ou descumprimento de um dever jurídico ou contratual e o nexo de causalidade.

Assim, para que ocorra a responsabilidade contratual, é básico, além da existência de um contrato válido entre as partes, a ocorrência da inobservância contratual, materializado pelo inadimplemento ou pela mora das obrigações assumidas pelas partes.

Por outro lado, a ocorrência de uma lesão a bens ou quaisquer direitos integrantes da esfera jurídica alheia, independente da existência de vínculo contratual, impõe ao causador do dano, como consequência, o dever de indenizar.

Ocorrendo a transgressão de um dever imposto através de um negócio jurídico, há um ilícito negocial ou contratual. Em sentido contrário, se a violação se refere a um dever jurídico legal, o ilícito é extracontratual.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6ª Edição, 3ª tiragem. Malheiros Editores. São Paulo. 2006. p. 392.

²⁷ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Iatrogenia e Erro Médico sob o enfoque da Responsabilidade Civil. 3ª edição. *Lumen Juris* Editora. Rio de Janeiro. 2009. p. 22 e 23.

Em suma, na responsabilidade contratual o dano decorre do atraso ou da inexecução de uma obrigação prevista no contrato celebrado entre as partes, o que gerará ao devedor a obrigação de indenizar, salvo prova de que o descumprimento do contrato sobrevenha de causa estranha a sua vontade. Já na responsabilidade extracontratual, o dano surge sem a precedente vinculação jurídica de um contrato, e sim de uma inobservância de um dever legalmente previsto.

Cabe também neste tópico a discussão quanto à obrigação do médico, que segundo Maria Helena Diniz, “se apresenta como uma obrigação de meio e não de resultado, por não comportar o dever de curar o paciente, mas sim de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina.”²⁸ Entretanto, por ser este o tema principal do presente trabalho, não trataremos neste momento do assunto, já que dedicaremos a ele um capítulo inteiro.

3.2. Responsabilidade Civil Objetiva

A responsabilidade objetiva, qualificada por muitos doutrinadores como teoria do risco, desconsidera os elementos da culpa, devendo o dano ser indenizado independentemente do nexo de causalidade entre dano e culpa. Desta forma, a responsabilidade objetiva considera apenas o dano causado à vítima acompanhado da obrigação de indenizar, ignorando a apuração de culpa do agente.

O Código Civil de 1916 era fundamentalmente subjetivista, o que embasou o desenvolvimento da responsabilidade civil por muitas décadas. Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988 e seu artigo 5º, XXXII, que dispõe que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, levou apenas dois anos para ser publicada a Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor em março do ano seguinte. Um código essencialmente objetivista. Iniciou-se então uma revolução da nossa responsabilidade civil.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, 7º volume, 22ª edição, São Paulo, Saraiva, 2008. p. 299.

Orlando Gomes,²⁹ em sua clássica obra literária “Responsabilidade Civil”, nos fala um pouco desta revolução, que teve total influência de juristas franceses e alemães, que defenderam a ideia de que a responsabilidade subjetiva não mais atendia a necessidade de segurança jurídica de uma sociedade que se via as voltas com o progresso mecânico, o que provocava um aumento na frequência dos acidentes. O que sustentava o movimento revisionista era tentar garantir uma maior proteção jurídica para que as vítimas dos danos não ficassem desamparadas. Neste sentido descreve Orlando Gomes:

Dessas direções que o movimento de reação tomou, a mais radical é da eliminação, na responsabilidade, da própria ideia de *culpa*. Importa a substituição do ponto de vista *subjetivo* pelo *objetivo*. Segundo a nova concepção, quem quer que crie um *risco* deve suportar as conseqüências. Abstrai-se completamente a *culpa*. A ideia de que a produção do dano, nessas condições, deveria obrigar à sua reparação por parte de quem criou o perigo correspondia à necessidade de segurança, e, em pouco, seria consagrada legislativamente. Dissociando-se inteiramente a responsabilidade da culpa, processou-se verdadeira revolução em matéria de responsabilidade civil, que passou a comportar dois polos, o polo objetivo, onde reina o risco criado, e o polo subjetivo, onde triunfa a culpa, girando toda a teoria em torno desses dois polos.

[...]

Mas, apesar dos progressos da teoria da *responsabilidade objetiva*, não se pretendeu, jamais, tomasse o lugar da *responsabilidade subjetiva*. Sempre se advogou a sua adoção nas hipóteses em que o princípio da responsabilidade fundada sobre a culpa se revela insuficiente. A bem dizer, os casos de responsabilidade baseada no *risco*, por mais numerosos que sejam, continuam a ser exceções abertas ao postulado tradicional da responsabilidade subjetiva.

Em consonância com o Código de Defesa do Consumidor, em 2002, vem a lume o novo Código Civil, que manteve a responsabilidade subjetiva, mas trouxe muitos artigos que consagraram a responsabilidade objetiva em sua maioria. Podemos citar como exemplos o art. 187 (abuso do direito), o parágrafo único do art. 927 (exercício de atividade de risco ou perigosa), o art. 931 (danos causados por produtos), o art. 932 c/c art. 933 (responsabilidade pelo fato de outrem), o art. 936, 937 e 939 (responsabilidade pelo fato da coisa ou do animal), o art. 938 (responsabilidade dos incapazes), entre outros. Após esta análise, só nos resta concluir que, pouco sobrou para a responsabilidade subjetiva e, nesta minoria esta incluída a responsabilidade civil do médico. Analisaremos a responsabilidade subjetiva em tópico posterior.

²⁹ GOMES, Orlando. Responsabilidade Civil. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro. Forense. 2011, p. 86 e 87.

3.2.1. Teoria Objetivista da Perda de uma Chance

Esta teoria, que se encaixa no campo das teorias objetivistas, teve origem na jurisprudência francesa (*perte d'une chance*), que a tem adotado há mais de 20 anos. Ela vem sendo admitida em vários países europeus como forma de compensação à dificuldade do ofendido em provar a culpa do profissional. Nos países que a adotam, a tendência é minimizar tais dificuldades, com o escopo de ver o ofendido indenizado. Estes tribunais dão especial atenção ao resultado lesivo, propiciando um alargamento do nexo causal.³⁰ Entretanto, no Brasil, cabe ainda ao lesado o ônus da prova da culpa médica.

Adota-se nesta teoria a necessidade da apuração da culpa médica, porém, afasta-se a dificuldade de se determinar a relação de causalidade entre a ação ou omissão do médico e o dano ocasionado. Por este motivo, dá-se a esta teoria a condição de objetivista, por afastar a necessidade da ocorrência do nexo causal.

Miguel Kfourri sintetiza, de forma clara, a essência desta teoria:

A causalidade resulta, então, fácil de estabelecer, [...] já não se trata tanto de demonstrar que tal culpa causou tal prejuízo, mas sim de afirmar que sem a culpa o dano não teria ocorrido.

Em síntese, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades ("chances") ao doente. Milita uma presunção de culpa contra o médico.³¹

Vale ressaltar que, nesta teoria indeniza-se a chance, a oportunidade tirada da vítima, ou seja, a perda de uma chance assenta sobre uma possibilidade e uma certeza: é fato que a chance poderia de concretizar; é certo que a vantagem pretendida está perdida, e disso resulta o dano indenizável. Noutras palavras: "há incerteza no prejuízo e certeza na probabilidade".³²

³⁰ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade Civil dos Médicos. Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência. p. 309-331, *apud* CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Iatrogenia e Erro Médico – Sob o Enfoque da Responsabilidade Civil. 3ª edição. Editora Lumen Juris. 2009. Rio de Janeiro. p. 158.

³¹ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 68.

³² KFOURI NETO, Miguel. Culpa Médica e Ônus da Prova. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 96.

No concernente ao *quantum* indenizatório, Miguel Kfoury Neto consigna: “... na perda de uma chance, indeniza-se a oportunidade perdida, não o prejuízo final. Por isso, é parcial a reparação.”³³

Objetivando melhor esclarecer esta teoria de difícil compreensão, o doutrinador argentino, Marcelo J. Lopez Mesa, descreve:

*El problema de la evaluación de la chance perdida, que es de difícil solución em cualquier supuesto, se complica sobremanera em este punto, ya que no se trata de cualquier chance, sino de la chance de curación, la que resulta nada fácil de evaluar y cuantificar, al depender para ello de una estimación fundada, primero, em una estimación científica, y luego, em base a ella, em una apreciación prudencial sobre probabilidades em el caso concreto.*³⁴

Acreditamos que, a dificuldade maior desta teoria está no reconhecimento de que se trata da perda de uma chance real de cura, devendo se tratar de uma oportunidade perdida séria e viável. Havendo a necessidade de se demonstrar a realidade de prejuízo considerável e não meramente eventual.

Ainda na tentativa de tornar menos obscura a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, transcrevemos um caso real, julgado improcedente em primeiro grau e ao ser submetido ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, esse julgou-a parcialmente procedente com base nesta teoria.

Vejamos então:

2007.001.45512 - APELAÇÃO CÍVEL
DES. ODETE KNAACK DE SOUZA - Julgamento: 19/12/2007
VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE DE HOSPITAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE (*PERTE D'UNE CHANCE*), QUE ALARGA O NEXO DE CAUSALIDADE, POSSIBILITANDO A RESPONSABILIDADE MÉDICA, AINDA QUE NÃO OCORRA O ERRO MÉDICO PROPRIAMENTE DITO, SENDO SUFICIENTE A OCORRÊNCIA DE CONDUTAS NEGLIGENTES OU FALTA DE DIAGNÓSTICO PRECISO. NO CASO, HOUE FALTA DE UM DIAGNÓSTICO PRECISO, ALÉM DE TER HAVIDO ERRO DE PROCEDIMENTO, QUANDO A TRAQUÉIA FOI LESIONADA NA INTUBAÇÃO, EMBORA A INFECÇÃO CAUSADA PELA LESÃO NÃO TENHA SIDO A CAUSA MÓRTIS DO PACIENTE, MOTIVO PELO QUAL A SENTENÇA FOI DE IMPROCEDÊNCIA. PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE, AINDA QUE O ERRO NO PROCEDIMENTO NÃO TENHA SIDO A CAUSA MÓRTIS, O FATO DE O PACIENTE NÃO TER TIDO A CHANCE DE SOBREVIVER, EM RAZÃO DA FALTA DE SEGURANÇA DA EQUIPE DAS RÉS EM CONCEDER UM DIAGNÓSTICO PRECISO, JÁ IMPORTA NA CONDENAÇÃO DO HOSPITAL PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA ESPOSA DO FINADO, EM VIRTUDE DO FALECIMENTO DESTA. VERBA COMPENSATÓRIA QUE SE FIXA EM R\$ 40.000,00. RECURSO PROVIDO, EM PARTE.

³³ Ibid. Loc.cit.

³⁴ MESA, Marcelo J. Lopez. *Teoría General de La Responsabilidad Civil Médica em El Derecho Argentino y Comparado*, in *Tratado de Responsabilidad Médica – Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, dirigido por Marcelo J. Lopez Mesa. 1ª edição, Ed. Legis Argentina S.A, Buenos Aires, 2007. p. 167.

O mestre Ruy Rosado de Aguiar Jr. tece esclarecedoras palavras quanto à posição do juiz diante de um erro de diagnóstico, que leva o paciente a um tratamento equivocado privando, desta forma, o paciente de uma chance de cura. Conforme esta teoria, “o juiz não está seguro de que o evento teria ocorrido pela ação do médico, mas a falta facilitou a superveniência do resultado”.³⁵

Com o intuito de encerrarmos esta explanação acerca da teoria da perda de uma chance, expomos nossa opinião quanto à aplicação desta teoria em nosso país, fundamentando-a com a posição de ilustres doutrinadores da responsabilidade civil brasileira.

Defendemos a posição de inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência francesa ao ordenamento pátrio, tendo em vista esta teoria muitas vezes dispensar pressupostos essenciais da responsabilidade civil, como o nexo causal e o dano. Em conformidade com o que defende Edmilson de Almeida Barros Júnior: “... a teoria foi importada da doutrina francesa, mas não condiz com o ordenamento jurídico pátrio. Na prática, a doutrina visa impor o dever de indenizar sem existência do nexo de causalidade e, pior, sem certeza do dano.”³⁶

Em outras palavras, ratifica este posicionamento o ilustre magistrado Sergio Cavalieri Filho, que em sua clássica obra, “Programa de Responsabilidade Civil”, relata:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. [...] o dano é não somente o fato constitutivo, mas também, determinante do dever de indenizar.³⁷

Entre os inúmeros críticos desta teoria encontramos até mesmo um francês, *Savatier*, que defende a inaplicabilidade da mesma, dizendo: “Acrobacias intelectuais, porta aberta a todas as arbitrariedades, paraíso dos juízes em dúvida.”³⁸

Edmilson de Almeida Barros Júnior, exaustivamente critica a aplicação da perda de uma chance no ordenamento pátrio, apresentando inúmeras justificativas e comparações entre o direito francês e o direito brasileiro. Entre suas justificativas para a

³⁵ AGUIAR JR. Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico *in* DOUTRINAS ESSENCIAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL – Vol. V - Direito Fundamental à Saúde. Organizadores: NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Editora RT. São Paulo. 2ª tiragem 2011. p. 538.

³⁶ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. Direito Médico – Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica. 2ª. Edição. Editora Atlas. São Paulo. 2011. p.192.

³⁷ Op. cit. p. 95 e 96.

³⁸ *In* KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 69.

adoção desta teoria pela França está a de que aquele país não possui uma legislação consumerista específica, assim como o fato dos cidadãos franceses não terem o direito à saúde garantido pela constituição, de forma expressa e direta como no Brasil. Uma outra explicação encontrada pelo citado doutrinador, está o fato de que a França se situa no 1º lugar do *ranking* de qualidade de saúde da OMS, onde o Brasil ocupa o 125º lugar. A França, um país do primeiro mundo, com uma população que gira em torno de 40 milhões, todos consumidores, já o Brasil com uma população cinco vezes maior, mas com apenas dez por cento dela de consumidores economicamente ativos, em matéria de saúde privada, ficando os noventa por cento restantes a mercê da falida saúde pública brasileira. Que por sua vez, ao invés de aumentar, a cada ano, os investimentos em sua melhoria, para verdadeiramente alcançar tal garantia constitucional, caminha no sentido contrário, diminuindo os recursos financeiros e tecnológicos na saúde pública e exigindo cada vez mais verdadeiros milagres de seus profissionais.³⁹

Finalizamos a defesa da inaplicabilidade desta teoria no Brasil, reproduzindo alguns trechos das sensatas e preocupantes colocações do supracitado autor:⁴⁰

A teoria da perda de uma chance, se aplicada no Brasil, exacerbará a gravidade da relação médico-paciente e, a curto prazo, aumentará ainda mais o custo dos serviços pela elevação de grau da Medicina defensiva, obrigando o abandono de especialidades ditas de risco (anestesia, neurocirurgia, cirurgia plástica, obstetrícia, cardiologia intervencionista, urologistas, cirurgia vascular e outras). Pode causar até o abandono da profissão, pondo a sociedade em sérios riscos e negando o direito constitucional à saúde.

[...]

É ilógico que, em razão da limitação da própria Medicina, se responsabilize um profissional por questões que escapam ao seu controle.

[...]

Seria o início do fim da Medicina (e dos médicos), em que o esculápio passaria a ser punido quando não lograsse êxito nos seus procedimentos, independentemente das limitações científicas, e fosse responsabilizado por um dano virtual e incerto.

3.2.2. Teoria da *Res ipsa loquitur*

Esta teoria foi desenvolvida pelos Estados Unidos da América, sendo adotada por alguns de seus estados. A teoria *res ipsa loquitur*, que significa, a coisa fala por si

³⁹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. Op. cit. p. 193 e 194, *passim*.

⁴⁰ *Loc. cit.*

só, é aplicada em favor da vítima toda vez que as provas forem consideradas insuficientes para comprovar a culpa do demandado em situações que as circunstâncias forem muito evidentes.

Tal formulação teórica decorre da presunção de culpa médica pela ocorrência de um fato, como por exemplo, a morte de um paciente, a amputação de um membro, o esquecimento de instrumental cirúrgico dentro do paciente, uma infecção provocada por má esterilização de material, entre outros.

Jorge Mosset Iturraspe⁴¹ ensina que essa concepção teórica faz parte do “direito de evidência circunstancial”, aplicável quando nos deparamos com as seguintes situações:

- a) quando não há evidência de que forma e por que ocorreu o dano;
- b) quando se crê que o dano não teria ocorrido se não houvesse culpa;
- c) quando recair sobre o médico que atendia pessoalmente o paciente.

Seguindo este raciocínio, significa dizer que o dano ocorreu por conta de uma intervenção, que classificada como normal ou sem riscos, não foi conduzida com prudência, perícia ou cuidado. Desta forma, se veio a ocorrer o dano, presume-se que alguma forma de culpa deva ter ocorrido.

Alguns exemplos, além dos já citados, usados pelos norte americanos para a aplicação desta teoria são: as lesões ocorridas em partes saudáveis do corpo do paciente, diferente daquela tratada ou operada, queimaduras resultantes de lâmpadas de radiografia ou produtos químicos, a remoção equivocada de parte do corpo, quando outra é que deveria ter sido removida, incapacidade adquirida por má aplicação de injeção, entre outras ocorrências que presumem a culpa médica por negligência, podendo ser usadas a favor do paciente.

Além de alguns estados dos Estados Unidos admitirem a aplicação desta teoria, segundo Miguel Kfoury, a “jurisprudência sobre o tema é abundante também no Canadá”.⁴² No Brasil, não só esta, como também a teoria da perda de uma chance, são ainda muito timidamente aplicadas às ações de responsabilidade civil médica, tendo em

⁴¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad civil del médico in* KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. p. 71.

⁴² KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. p. 71.

vista a necessidade de se provar a culpa do profissional, caso contrário não há que se indenizar. Não sendo bem vista ainda, a presunção da culpa destes profissionais.

Ambas teorias, tanto a francesa *Perte d'une chance*, como a norte-americana *Res ipsa loquitur*, originaram-se na busca de se superar a dificuldade de provar a culpa médica e ver indenizada a vítima. Estas teorias se basearam a posição de René Savatier, que defende a ideia de que o juiz está autorizado a usar dos indícios suficientemente lógicos e suficientemente fortes para tornar sua convicção legítima, pois existe sempre uma lógica no desenvolvimento dos fatos, mesmo os biológicos.⁴³

3.3. Responsabilidade Civil Subjetiva

Esta outra espécie de responsabilidade tem seu embasamento na teoria da culpa, tornando obrigatória a apuração de culpa do agente. Sua sustentação está no nexo causal entre a conduta do autor do dano e o resultado ocorrido.

Como há pouco afirmamos, no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil do médico é considerada como subjetiva, devendo haver sempre a apuração de culpa do mesmo. O profissional médico só terá a obrigação de indenizar caso reste comprovado que agiu com imprudência, imperícia ou negligência, e que sua ação ou omissão, teve nexos de causalidade com o dano. Vale lembrar que, regra geral, cabe à vítima provar o dolo ou culpa do profissional médico.

O Código Civil em vigor, em seus artigos 186, 927 e 951, não se afastou da teoria subjetiva defendida pelo Código Civil de 1916. Desta forma, a responsabilidade civil do profissional da medicina, continua a se amparar na apuração de culpa.

Estabelecem os artigos do referido *codex*.⁴⁴

Art. 951: O disposto nos art. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

⁴³ MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 28.

⁴⁴ Tais disposições citadas no art. 951 referem-se à hipótese de indenização por homicídio (at. 948), lesão ou ofensa à saúde (art. 949) e ocorrência de seqüela em razão da qual o paciente não possa exercer ofício ou profissão (art. 950).

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

A referência a “atividade profissional” e “paciente”, no art. 951, não deixa dúvidas para quem se direciona este dispositivo: aos profissionais da área da saúde, quais sejam médicos, enfermeiros, dentistas, farmacêuticos, psicólogos, fisioterapeutas, entre outros.

Hodiernamente se encontra pacificado de que a relação médico-paciente é uma relação de consumo, isto é, o médico é um prestador ou fornecedor de serviços, onde o paciente é o consumidor final. Desta forma, esta relação está regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 14, § 4º dispõe: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” Muito embora o *caput* deste artigo prescreva que o fornecedor de serviço responderá sempre, independente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores, o citado parágrafo torna-se, portanto, uma exceção à regra.

Embora no Brasil seja atribuída a responsabilidade subjetiva aos profissionais da saúde, existem ainda algumas especialidades para as quais se atribui a responsabilidade objetiva, aquela que independe da verificação de culpa. São estas as especialidades: a cirurgia plástica estética, os anestesistas, os exames laboratoriais, os hospitais e clínicas. Para estes profissionais e instituições, portanto, presumi-se a culpa.⁴⁵ Trataremos mais minuciosamente desta exceção, que é tema deste trabalho, merecendo, portanto, especial atenção, em capítulo específico.

3.4. Excludentes da Responsabilidade Civil Médica

Ainda que sejam atribuídas aos especialistas das áreas de exceção, bem como às pessoas jurídicas a responsabilidade objetiva, os mesmos se eximirão da obrigação de indenizar, caso comprovem uma das excludentes de responsabilidade civil admitidas

⁴⁵ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 72, *passim*.

no direito brasileiro, que são: o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

Consideramos como caso fortuito os fatos estranhos ao procedimento médico que ocorrem apesar da conduta correta do mesmo, e que não poderiam ser previstos ou impedidos por ele, e que acabam por causar danos ao paciente. Nas palavras de Hildegard Taggesell Giotri, são "... as ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade e à ação do médico, e que guardam as características da *imprevisibilidade* e da *inevitabilidade*." ⁴⁶

Podemos citar como exemplos de caso fortuito, eventos alheios à vontade das partes, tais como: greves, motins, guerras, bem como, segundo Hildegard Giotri, a prescrição de um medicamento de uso corrente, ou mesmo um procedimento habitual, que acarrete uma reação imprevisível no paciente. ⁴⁷

No que concerne à força maior, achamos apropriado citar a explanação de Sergio Cavaliere Filho, que brilhantemente esclarece a distinção entre caso fortuito e força maior, encontrada na majoritária doutrina:

O Código Civil, no parágrafo único do citado art. 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir. Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome o diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível.

A *imprevisibilidade*, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a *inevitabilidade* o é da força maior. ⁴⁸

Portanto, podemos concluir que, tanto o caso fortuito como a força maior, qualificam-se por ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias a vontade e a ação do profissional, observando as características da imprevisibilidade (caso fortuito) e da inevitabilidade (caso fortuito e força maior). Ambos, então, fazem cessar a obrigação médica de indenizar, uma vez que o profissional poderia até prever o dano, mas não teria condições de impedi-lo.

⁴⁶ GIOTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Juruá Editora. 1ª edição, 7ª reimpressão. Curitiba. 2011. p. 199.

⁴⁷ Ibid., loc. cit.

⁴⁸ CAVALIERE FILHO, Sergio. Op.cit. p. 91.

Quando da ocorrência de um evento por culpa exclusiva da vítima, no caso o paciente, exime o médico de toda e qualquer responsabilidade pelo dano experimentado por seu paciente. Por exemplo, se após uma cirurgia ortopédica o médico prescreve ao seu paciente, que por um determinado tempo que ele caminhe somente com o auxílio de muletas e faça sessões de fisioterapia e o paciente descumpra suas recomendações pós-operatórias, fazendo-as sem dedicação, ou de forma errônea, e como consequência tem uma má cicatrização óssea, ou até mesmo uma atrofia muscular, o dano experimentado pelo paciente não poderá ser imputado ao cirurgião. Neste caso, não se poderá falar em culpa médica, conseqüentemente, não haverá o dever de indenizar.

O doutrinador argentino, Luis Alejandro Fumarola, cita a influência do Direito Romano na atual noção de culpa da vítima que, segundo ele, teve origem na monumental obra do Imperador Justiniano, o *Corpus Iuris Civilis* (*Digesto*: Livro L, Título XVII, lei 293, e no Livro IX, Título II, lei 31), que dispunha que “aquele que por sua culpa sofre um dano, se entende que não sofreu dano”.⁴⁹

Fumarola, em sua obra, descreve o art. 1.111 do Código Civil argentino, onde se encontra a culpa da vítima como causa exonerativa de responsabilidade, que dispõe: “*El hecho que por cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna*”.⁵⁰

Este doutrinador argentino cita um exemplo bastante interessante de culpa da vítima, que não encontramos nas obras pátrias. Ele entende que o paciente que se opõe em receber a assistência médica que lhe é oferecida, e por conta desta negativa experimenta um dano à sua saúde, não pode atribuir qualquer responsabilidade ao médico, que teve sua obrigação profissional limitada pela vontade do paciente.⁵¹

Por fim, expomos sobre o fato de terceiro, iniciando por esclarecer quem é considerado “terceiro”. Trata-se de pessoas estranhas a relação médico-paciente, ou seja, qualquer pessoa que não seja o paciente e que não mantenha qualquer ligação com o corpo médico. Como por exemplo, o dano ocasionado por interferência de algum familiar do paciente, por um farmacêutico, ou até mesmo por um laboratório.

⁴⁹ FUMAROLA, Luis Alejandro. *Eximentes de responsabilidad civil médica*, 1ª edição, Buenos Aires, 2002, Ed. Hammurabi. p. 138.

⁵⁰ *Ibid.* Loc. cit.

⁵¹ *Ibid.* p. 140 e 141.

No caso do agente causador do dano fazer parte do corpo clínico, como enfermeiros, auxiliares e instrumentadores, a responsabilidade do médico deriva do art. 932, III, do Código Civil, que prevê a responsabilização do empregador por atos de seus empregados ou prepostos no exercício do seu trabalho, ou em razão dele. Sendo ratificada pela Súmula 341 do STF, que dispõe: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

Devemos excetuar aqui a figura do anestesiológico, que a atual doutrina e jurisprudência entendem como um profissional independente, tendo em vista a evolução da ciência médica, operou-se uma divisão dos trabalhos, não se podendo, portanto, atribuir ao médico cirurgião a responsabilidade de dano causado por outro profissional.

Encontramos o fato de terceiro previsto entre as excludentes de responsabilidade do fornecedor de serviço no Código de Defesa do Consumidor, no art. 12, § 3º, III, bem como no art. 14, § 3º, II. Podemos citar também o art. 393 do Código Civil e seu parágrafo único, do Livro do Direito das Obrigações, que diz que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior, cujo efeito não era possível evitar ou prever. Muito embora o artigo citado não inclua o fato de terceiro, a equiparação deste instituto às excludentes citadas é defendida pela doutrina.

Entre eles está o mestre, Sergio Cavalieri Filho,⁵² “... o fato de terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável.”

Maria Helena Diniz, por sua vez, concorda com a afirmação de que o acontecimento seja imprevisível e inevitável e acrescenta que, para se eximir da responsabilidade, o fato de terceiro não pode ter sido provocado pelo profissional, “... pois a responsabilidade do ofensor será mantida se ele concorrer com a do terceiro, salvo se o ofensor provar que houve culpa exclusiva de terceiro...”,⁵³ ficando o profissional médico, aparente responsável, isento de qualquer reparação.

Podemos então concluir que, a isenção do dever de indenizar ocorre pelo simples fato de que a excludente, seja qualquer das quatro apresentadas, rompe com o nexos causal, que é elemento indispensável para responsabilização do agente

⁵² Op. cit. p. 90.

⁵³ Op. cit. p. 112.

responsável pela atividade ou causador do dano. Em outras palavras, não existirá nexo entre a ação ou omissão do médico e o dano sofrido pelo paciente, já que tal dano só aconteceu pela ocorrência da eximente de responsabilidade.

Nas palavras de Nehemias Domingos de Melo,⁵⁴ “... mesmo que o agente tenha sido envolvido em um evento danoso, se não lhe deu causa, estará isento do dever de reparar o dano.” O que extraímos deste ensinamento é que médico não será responsabilizado por dano ao paciente se, no curso de sua atuação profissional ocorrer uma das excludentes de responsabilidade.

3.5. A culpa médica e o Nexo Causal

A responsabilidade civil dos médicos é subjetiva, calcada na culpa *stricto sensu* somente decorrente de culpa provada, não cabendo a presunção de culpa contra estes profissionais. Desta forma, não restando provada a imperícia, ou a imprudência, ou a negligência, fica afastada a culpa do profissional da medicina.

Maria Helena Diniz, brilhantemente e em poucas palavras, discorre sobre a distinção entre a culpa e o dolo:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo que é a violação intencional do dever jurídico, a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não se ter apercebido do seu ato nem medido as suas consequências.⁵⁵

Em outras palavras, dolo é a violação refletida, consciente e intencional de um dever jurídico. Enquanto na culpa, o gesto do agente não tem a intenção de causar prejuízo à vítima, mas com seu ato negligente, imperito ou imprudente causa dano a outrem.⁵⁶

⁵⁴ Op. cit. p. 50.

⁵⁵ Op. cit. p. 41.

⁵⁶ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil – Responsabilidade Civil, vol.4, 20ª edição, 4ª tiragem, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 16.

Outra excelente definição de culpa em seu sentido amplo, no direito comparado, vem também de Marcelo J. López Mesa quando esclarece que:

La culpa implica siempre un defecto de conducta, un concepto de carácter normativo que se funda en que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias: consiste o em no prever el daño, no obstante ser previsible; o bien, em preverlo pero sin tomar los recaudos u observar la conducta necesaria para evitarlo.⁵⁷

Segundo Hildegard Taggesell Giostri, a responsabilidade médica guia-se pelos mesmos princípios da responsabilidade geral, “segundo a qual, quem pratica um ato em estado de sã consciência e com capacidade de discernimento, com liberdade, intencionalidade, ou seja, com opção de escolha, tem o dever de reparar as consequências danosas do seu proceder.”⁵⁸

Entretanto, a mesma autora admite que se deva ter recomendável cautela ao se determinar a responsabilidade médica, explicando:

Todavía, ao determinar a responsabilidade médica, mister se faz um tipo de cuidado específico, e este diz respeito a uma verificação efetiva se o dano ocorrido foi causado pelo ato do facultativo ou se adveio por evolução natural da enfermidade. Tal diferenciação é de extrema importância, já que evita a confusão entre evolução de um estado patológico (ou de morbidez) do paciente e erro médico.⁵⁹

Do relatado até o momento, pode-se pactuar que a postura culposa do profissional médico se caracteriza quando este age inculido da falta de diligência, de competência, e de cautela, dando causa ao aparecimento das três modalidades de culpa, quais sejam a negligência, a imprudência e a imperícia. Das quais discorreremos brevemente a seguir.

3.1.1. Negligência

Do latim *neglegentia*, tem como característica uma omissão, ou seja, um deixar de atuar. Trata-se de uma abstenção da conduta médica recomendada para a ocasião.

⁵⁷ MESA, Marcelo J. Lopez. Op.cit. p. 187.

⁵⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro Médico... p. 34.

⁵⁹ Ibid. Loc.cit.

Em outras palavras, é quando o profissional, por conduta omissiva. Deixa de fazer algo que sua profissão indica para determinada situação, que poderia ter evitado o resultado danoso.

3.1.2. Imprudência

Já a imprudência, que vem do latim *imprudencia*, tem uma característica comissiva, isto é, quando o agente age de forma precipitada, sem prever as consequências deste ato irrefletido. É um agir intempestivo, caracterizado por uma atuação sem a devida cautela exigida para aquele momento de sua atividade profissional.

3.1.3. Imperícia

Também a imperícia, do latim *imperitia*, advém de uma conduta comissiva. Entretanto, esta conduta é configurada quando se evidencia a incapacidade técnica para o exercício da profissão. A imperícia consiste num desconhecimento teórico e prático próprios da arte de curar. Em outras palavras, um agir incompetente, inábil à profissão.

Uma dessas formas de culpa deve estar configurada no agir do médico, para que este seja condenado a reparar o dano causado. Caso o autor não logre êxito em provar uma das modalidades de culpa descritas, fica afastada a obrigação do médico de indenizar. Conforme descrição parcial do acórdão⁶⁰:

A responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência, Imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em

⁶⁰ Apelação Cível 0174970-6 – Londrina – AC. 15.287 – Juiz Lauro Augusto Fabrício de Melo – 1ª CC – Ver. Juiz Marcus Vinícius de Lacerda Costa – J. 23.04.2002 – DJ 24.05.2002.

medicina em virtude, mesmo, da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas complementares.

A negligência, a imprudência e a imperícia, têm características próprias, ainda que apresentem sutis diferenciações entre elas. Com base nesta linha tênue, José Aguiar Dias, considera que pode haver momentos em que “essas espécies se entrelaçam, verificando-se, então, a negligência revestida de imprevisão, a imprudência forrada de desprezo pela diligência e pelas regras de habilidade, a imperícia traçada de negligência.”⁶¹

Para encerramos a explanação sobre a culpa médica, cabe uma rápida observação sobre o “erro grosseiro” citado no acórdão acima descrito. Para alguns doutrinadores, o “erro grosseiro” é uma quarta modalidade de culpa. O “erro grosseiro” é tido como mais gravoso que uma atitude negligente, imprudente ou imperita. Porque podem estar presentes nesta quarta modalidade uma ou mais das outras três, sendo que de forma mais evidente, tendo em vista que, o próprio nome “erro grosseiro”, trata-se de uma falta médica que pode ser detectada até mesmo por um leigo. Não necessitando, portanto, de comprovação por um perito judicial.

3.6. A Responsabilidade Civil Médica e o Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu art. 14, consagra a responsabilidade objetiva aos fornecedores de produtos e serviços defeituosos, que causem danos aos seus consumidores, do seguinte modo:

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.

⁶¹ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Editora Lumen Juris. 12ª edição. Rio de Janeiro. 2011. p. 123.

Entretanto, em seu § 4º está ressalvada uma exceção a esta grande regra da proteção ao consumidor, atribuindo aos profissionais liberais o sistema tradicional baseado na culpa, nos seguintes termos:

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

A doutrina majoritária entende que esta exceção é direcionada apenas ao profissional liberal que age em nome próprio, não se estendendo, portanto, à pessoa jurídica a qual o profissional esteja vinculado ou preste serviço, ou até mesmo àquela que ele integre.

Conforme o comentário de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, em seu “Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor” citado por Nehemias Domingos de Melo⁶²: “o Código é claro ao asseverar que só para a ‘responsabilidade pessoal’ dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apurada objetivamente”.

Desta forma, havendo vínculo empregatício entre médico e hospital, a vítima, provando o dano, pode demandar somente em face deste último, que só terá como se esquivar da obrigação de indenizar, caso comprove uma das excludentes do art. 14, § 3º do CDC, já que sua responsabilidade independe de apuração de culpa.

Entretanto, não se trata de um entendimento unânime. Miguel Kfoury, por exemplo, tem uma opinião contrária a esta maioria e cita em seu livro⁶³ uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que corrobora seu entendimento:

O autor e a vítima buscaram indenização, junto ao hospital, sustentando que, nos termos do art. 14, § 3º, do CDC, não teria a obrigação de provar a culpa do médico, funcionário do nosocômio, pelo dano que sofrera. Colhe-se da ementa: “Responsabilidade Civil – Hospital – Ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade Objetiva – Inadmissibilidade – Hipótese de exercício de profissional liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico – Necessidade de prova de que o réu agiu com culpa ou dolo – Art. 14, § 3º do referido código – Recurso não provido. Em ação de indenização contra hospital, ajuizada com base no Código de Defesa do Consumidor, embora se trate de pessoa jurídica, a ela não se aplica a responsabilização objetiva, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico. Aplicável, pois, o art. 14, § 4º do referido código.”⁶⁴

⁶² BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. *in* MELO, Nehemias Domingos de. Op. cit. p. 13, 14.

⁶³ Op. cit. p. 212.

⁶⁴ RJTJSP – Lex 141/248.

Muito embora a decisão citada por Miguel Kfourri faça parte, ainda, da minoria dos entendimentos, ela introduz esperança de mudança na exegese do referido artigo. O que esta decisão disse em suas entrelinhas é que, independente de haver vínculo entre médico e hospital, para se atribuir responsabilidade ao hospital, deve-se, antes, analisar a atuação pessoal do médico e, caso este não tenha agido culposamente, também o hospital não será condenado a indenizar.

Para concluirmos esta discussão da responsabilidade médica no CDC, menciono as justificativas de Miguel Kfourri para defender sua opinião, das quais compartilhamos.⁶⁵

... Os serviços prestados pelo médico têm natureza especialíssima. Viver já envolve toda sorte de riscos. Intervir no corpo humano potencializa estes riscos.

[...]

... a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado: curar os enfermos, salvar vidas; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física e jurídica, ou de apenas um deles.

Em suma, a decisão da corte paulista integra-se à perfeição ao quadro da responsabilidade médica, e sua conclusão, merecedora de nosso aplauso, deverá prevalecer, de futuro, como paradigma.

⁶⁵ Op. cit. p. 212 e 213.

4. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO: CONCEITO, APLICAÇÃO E ADEQUAÇÃO

O termo obrigação é originário do latim *obligatio* que, segundo Antônio Filardi Luiz⁶⁶, com origem no Direito Romano, tem a seguinte definição:

Obligatio. Obrigação. É o vínculo de direito por interposição do qual somos obrigados a solver algo a alguém, consoante a definição dos romanos. O vocábulo deriva de *ligatio*, ligação, que, por seu turno, advém do verbo *ligare*, ligar. Portanto, existe nessa palavra uma ideia de compromisso entre o devedor e o credor, esperando-se que aquele cumpra o prometido a este. É necessário notar, entretanto, que a obrigação exprime uma relação “pessoal” entre as partes, relação essa garantida por uma sanção jurídica, o *vinculum juris*, basicamente o direito de executar o devedor pela prestação não cumprida.

A dicotomia das obrigações abordada pelo jurista francês René Demogue em sua obra clássica *Droit des Obligations*, na década de vinte, é até hoje leitura obrigatória para os estudiosos do assunto.⁶⁷ Demogue, separou as obrigações quanto ao seu conteúdo, em obrigação de meio e de resultado.

Na visão do jurista francês, nas obrigações de meio o devedor se compromete apenas a desempenhar sua obrigação de forma diligente e contenciosa, usando de todos os meios possíveis ao melhor desempenho de sua tarefa. Ao passo que, na obrigação de resultado, o devedor se obriga a realizar uma prestação predeterminada, ou seja, vinculada a um resultado esperado. Em poucas palavras, Teresa Ancona Lopes de Magalhães, esclarece: “... na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade.”⁶⁸

Nas obrigações determinadas como de resultado, basta que o resultado avençado não seja atingido para que o credor reivindique uma indenização. Cabendo ao devedor, como única forma de se eximir de indenizar, a prova de que não alcançou o resultado pretendido por força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

⁶⁶ LUIZ, Antônio Filardi. Dicionário de Expressões Latinas, 2ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2002, p.211.

⁶⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade Médica... p. 111.

⁶⁸ MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. O dano Estético. p. 32, apud KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. p. 190.

Por outro lado, nas obrigações tidas como de meio, caso o resultado esperado não tenha sido alcançado, caberá ao credor provar que o devedor não agiu com diligência, ou não usou de todos os meios disponíveis para atingir o resultado. Hildegard Giostri⁶⁹ resume com muita simplicidade e clareza a característica principal da dicotomia das obrigações por Demogue, que é a quem cabe o ônus da prova: “... enquanto na obrigação de meio este ônus cabe ao credor, na de resultado vai ocorrer a inversão de tal ônus, deslocando-se, portanto, para a pessoa do devedor.”

Na seara da responsabilidade médica, há muito é sabido que a obrigação do médico é de meio, isto é, deve o médico usar de todo avanço da ciência médica e agir de forma diligente, prudente e hábil, bem como tomar todas as precauções para evitar danos previsíveis. Isto porque, o paciente ao procurar um médico, contrata com este, uma obrigação de meio, não podendo, portanto, ser o médico responsabilizado se o paciente não alcançou a cura, uma vez que o profissional tenha dispensado cuidados atentos e diligentes ao paciente.

Entretanto, a doutrina majoritária brasileira entende existir ainda especialidades médicas excluídas desta categoria, destinando às cirurgias plásticas estéticas e à anestesia, a obrigação de resultado, defendendo que nestas especialidades o profissional se compromete com o resultado final.

4.1. Na cirurgia plástica

Esta especialidade médica há muito, vêm sofrendo equivocado julgamento quanto à sua responsabilidade. Tendo em vista, os primórdios desta especialidade, onde se entendia a cirurgia estética como uma intervenção nos desígnios de Deus. Este equivocado entendimento da sociedade leiga, se arrastou por décadas, atravancando a aceitação e respeito à tão importante intervenção cirúrgica.

⁶⁹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro Médico, p. 76.

Em consonância com este pensamento, o professor Henrique Freire de Oliveira Souza⁷⁰ descreve em seu livro:

Tal cirurgia exerce em nossa sociedade, extremamente valorizadora do belo, um papel fundamental: e, se em épocas passadas foi ela vivamente condenada, hoje, pela sua incorporação à arte médica e sua aceitação social, qualquer condenação seria sem sentido.

É de conhecimento geral que a cirurgia plástica, em seu início, era rechaçada. A sociedade da época não a aceitava com bons olhos, pois a viam como uma interferência, em nome de uma vaidade fútil, aos propósitos do Criador. Entretanto, os cirurgiões eram cada vez mais procurados pelos sobreviventes mutilados em batalhas, propiciando o desenvolvimento e aceitação da especialidade. Essa ascensão da cirurgia plástica ocorreu por volta de 1914.⁷¹ Muito embora, somente a partir de 1950 ela passou a ser legalmente aceita.⁷²

René Demogue, considerado patrono da divisão das obrigações em de meio e de resultado, sempre defendeu ser a responsabilidade do médico de meio, de forma geral, sem entrar no mérito das especialidades. Conforme relatou Hildegard Giotri:⁷³ “Esse profissional, [...] contrata uma obrigação de meio, não de resultado. Ele não pode ser responsabilizado se seu cliente não se cura; mesmo porque ele promete somente cuidados atentos.” A não abordagem específica da responsabilidade do cirurgião plástico se dá em razão da especialidade estar ainda dando seus primeiros passos, sequer era juridicamente aceita.

Muito bem abordada esta situação pela excelente doutrinadora Hildegard Taggesell Giotri.⁷⁴ Por se tratar de um trecho bastante elucidativo, reproduziremos na íntegra alguns parágrafos:

E, como à época em que Demogue escrevia seus vários volumes sobre as obrigações, a temática da cirurgia plástica estética ainda era apenas incipiente (e mal aceita), veja-se o comentário *en passant* que ele faz a esse respeito: **“Em um caso os médicos são tratados severamente, é quando uma intervenção por um procedimento perigoso não visa a cura, mas a fazer desaparecer uma simples imperfeição física!”**

Ou seja, sabe-se muito bem que a cirurgia plástica no seu início, foi duramente rechaçada, porque a sociedade leiga, de uma maneira geral, a julgava uma interferência nos desígnios de Deus.

⁷⁰ SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. *Responsabilidade Civil na Área da Saúde Privada*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Espaço Jurídico, 2010. p. 445.

⁷¹ GIOTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico...* p. 115.

⁷² BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. 3ª ed. Buenos Aires. Hammurabi, 2006. p. 386.

⁷³ GIOTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica...* p. 115.

⁷⁴ *Id. Ibid.* p. 116 e 117.

Foram as guerras e sua horda de mutilados (em especial, a II Guerra Mundial), que proporcionou a essa especialidade a possibilidade de começar a ser vista sob um novo ângulo pois, mediante sua interferência, era possível devolver, ao menos em parte, o sentido da vida aos herdeiros diretos daquela catástrofe.

Daí para atingir o terreno da “ vaidade ” e, posteriormente, ser reconhecida como necessária ao *equilíbrio psíquico* daquele que se sentia atingido por algo que o incomodava fisicamente, foi apenas uma questão de tempo (e bastante curto).

Todavia, pode-se já inferir que Demogue nunca previu que a obrigação de resultado deveria caracterizar uma prestação obrigacional no campo da cirurgia plástica estética e da anestesiologia, até porque, tanto uma quanto a outra eram áreas de especialidade completamente incipientes em seu tempo ou, pelo menos, não tinham a mais remota possibilidade de serem comparadas ao perfil que hoje ostentam, como especialidades não só de destaque, mas imprescindíveis.

No primeiro parágrafo reproduzido, grifamos as palavras de Demogue com o intuito de demonstrar sua observância ao tratamento desigual dado à época aos cirurgiões estéticos. O que nos leva a acreditar em sua discordância com a diferenciação de tratamento dispensado a estes. Entretanto, nada podemos afirmar, tendo em vista a ausência de um pronunciamento seu. Porém, reforçamos a justificativa para esta lacuna: à sua época as especialidades médicas da anestesia e cirurgia plástica eram ainda incipientes e não legalmente aceitas, deixando, portanto, de suscitar atenção.

Muito aquém está o Brasil na discussão da responsabilidade civil obrigacional do cirurgião plástico, já que em muitos países, como por exemplo, a França, este dilema encontra-se pacificado há mais de três décadas. Como nos relata o notável jurista francês Penneau:⁷⁵ *“La jurisprudence a admis, avec sans doute une certaine hésitation, que l’obligation du chirurgien esthétique n’était pas fondamentalement différente de l’obligation de tout autre chirurgien, em raison de l’aléa inherent à tout acte chirurgical.”* E para comprovar o lapso temporal citado no início deste parágrafo, informamos que esta afirmação faz parte de sua obra publicada em 1977.

Destarte, informa Ruy Rosado de Aguiar⁷⁶ sobre o atual posicionamento da França, acerca da responsabilidade civil do cirurgião plástico:

A orientação hoje vigente na França, na doutrina e na jurisprudência, defende que a obrigação a que está submetido o cirurgião plástico não é diferente daquela dos demais

⁷⁵ PENNEAU, Jean. *La responsabilité médicale*. p. 35 apud GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro...* p. 84. “A jurisprudência admitiu, ainda que com uma certa hesitação, que a obrigação do cirurgião estético não era, fundamentalmente, diferente da obrigação de qualquer outro cirurgião, em virtude da álea inerente a todo ato cirúrgico.”

⁷⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. In: *Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina*, Belo Horizonte. Del Rey, 2000. p. 151.

cirurgiões, pois corre os mesmos riscos e depende da mesma área. Seria, portanto, como a dos médicos em geral, uma obrigação de meios. A particularidade residiria no recrudescimento dos deveres de informação, a qual deve ser exaustiva, e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido e determinado.

No Brasil, no campo das demandas judiciais médicas, a cirurgia plástica ocupa lugar de destaque, já que o crescimento desmedido das ações contra cirurgiões plásticos é diretamente proporcional ao vertiginoso crescimento da procura pelos padrões de beleza ditos perfeitos. Num país onde a beleza física é exacerbadamente valorizada, um pequeno desvio dos padrões de beleza definidos pela sociedade, torna-se um imensurável transtorno para aqueles que não se aceitam fora de um padrão pré-estabelecido como referência. Situação esta, que justifica a procura inicial por um cirurgião plástico, assim como a posterior procura da via judicial, para reparar eventuais insatisfações com o resultado estético.

4.1.1. Diferentes obrigações dentro de uma mesma especialidade

Os juristas e doutrinadores, em sua maioria, costumam dividir a cirurgia plástica em estética e reparadora,⁷⁷ ou estética propriamente dita e estética reparadora,⁷⁸ ou também, puramente estética e estética reparadora.⁷⁹ Encontramos também outras inúmeras nomenclaturas como: embelezadora, cosmética, e até, do equilíbrio psicológico, para as estéticas e para as reparadoras; restauradora, reconstrutora e terapêutica, entre outras. Enfim, uma variedade de denominações para os dois tipos de cirurgia plástica, que neste estudo, nominaremos simplesmente como estéticas e reparadoras.

Cabe então neste momento, diferenciarmos na prática a que se destina cada tipo de cirurgia plástica. Começando pela cirurgia *estética*, atribuímos a esta as

⁷⁷ MATIELLO, Fabrício Zamproga. *Responsabilidade Civil do Médico*. 3ª Ed. São Paulo. LTr Editora, 2006. p. 59. Da mesma forma, GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro...* p. 111.

⁷⁸ KFOURI NETO, Miguel. op. cit. p. 195.

⁷⁹ PINHEIRO, Reginaldo César. *A reparação civil por danos morais na cirurgia plástica puramente estética: Obrigação de resultado?* In http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9127

intervenções cirúrgicas destinadas a aperfeiçoar parte saudável do corpo, melhorando-a esteticamente, seja no sentido de retirar marcas do tempo, excessos de pele, a lipoaspiração ou lipoescultura, e até mesmo aquelas que se propõem apenas a embelezar ainda mais o paciente. Por outro lado, temos as ditas *reparadoras*, estas, por sua vez, objetivam corrigir defeitos congênitos ou adquiridos. Podemos citar como exemplos: o lábio leporino, as cicatrizes de queimaduras, a recomposição de parte do corpo mutilada, entre outras.

É atribuído à cirurgia plástica puramente estética, um lado terapêutico que não pode ser ignorado, tendo em vista o equilíbrio psicológico que estas proporcionam. Pessoas que se julgam “defeituosas” muitas vezes se excluem da convivência em sociedade por não aceitarem a si próprias. Outras vezes entram em um estado depressivo, altamente nocivo à sua saúde geral. A possibilidade de corrigir o que não aceitam em seu corpo, renova a esperança de vida dessas pessoas. As cirurgias plásticas estéticas carregam mais que resultados físicos, trazem consigo resultados psíquicos, extremamente benéficos à saúde do paciente.

Hildegard Giostri,⁸⁰ em poucas palavras, bem descreve o que não pode mais ser negado: “o bem-estar pessoal, a auto-estima e a realização de cada indivíduo estão em íntima correlação com o seu físico, com seu psiquismo e com o tipo de convivência pessoal que lhe é imposta”. Não é sem motivo, que a OMS (Organização Mundial de Saúde), modernamente define saúde como: “um estado completo bem estar físico, mental e social”, e não simplesmente a ausência de enfermidades.

Os estudiosos, tanto da medicina como do direito, têm se esmerado em defender e mudar o atual quadro de injustiça relegado aos cirurgiões plásticos, no sentido de acabar com a diferenciação hoje existente nesta especialidade. O que justifica tal discriminação? Não são ambas realizadas num mesmo campo de trabalho: o corpo humano? Afinal, são inúmeras as cirurgias estéticas realizadas hoje por orientação de psicólogos e psiquiatras, visando à saúde mental do paciente. Então, não são estas cirurgias terapêuticas? Ou trata-se apenas de vaidade? Estes são questionamentos que, em nosso ver, encerram a discussão.

⁸⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro...* p. 112.

Para finalizarmos este item, reproduzimos a opinião de um cirurgião plástico, oportunamente citada por Hildegard Taggesell Giostri,⁸¹ abordando esta diferenciação de tratamento para uma mesma especialidade médica, que mais nos parece um grande desabafo:

Não aceitamos, em primeiro lugar, o mau uso do termo cirurgia plástica estética. Nossa especialidade é a Cirurgia Plástica e tudo que fazemos é ao mesmo tempo reparador e estético: estas qualidades não se separam em nenhuma de nossas atitudes como médicos. [...] As pessoas que procuram a Cirurgia Plástica sentem dor. Não somente a dor física, mas a dor emocional. Sobre esta, vamos esclarecer com os seguintes exemplos: - Encontre uma solução para uma criança que tem os melhores anos de sua vida entristecidos e o seu desenvolvimento escolar comprometido, pelas agressões cruéis que seus coleguinhas lhe fazem por ter as orelhas abertas. – Force uma adolescente a ser alegre e agir de maneira normal, quando não há roupa que lhe permita esconder seus enormes seios que são causa de segregação por parte de suas amigas, pelo destaque da anormalidade. – Repita mil vezes para uma jovem que depois de ter tido seus filhos, não deve esconder seu abdômen flácido de seu companheiro e deve se sentir a vontade em sua sensualidade. Exemplos iguais se repetem em todas as outras deformidades plásticas, dependendo dos conceitos pessoais de anormalidade. [...] **Nossa atividade é um meio de alcançar a saúde. Só a atividade de Deus é um fim.** (Grifo nosso)

O trecho acima deixa clara a impossibilidade de dividirmos a cirurgia plástica, já que ambas são concomitantemente estética e reparadora. E ainda mais, a simples inviabilidade de predeterminarmos o resultado de um ato cirúrgico, desautoriza essa distinção de obrigação de resultado.

4.2. Na Anestesiologia

Há muito que o médico anestesista não é mais considerado subordinado ao cirurgião chefe de equipe. A subordinação ao cirurgião hoje, está restrita a enfermagem, ao instrumentador, e outros profissionais da saúde que possam estar participando do ato cirúrgico, com exclusão do profissional anestesista. Tendo em vista este profissional ser autônomo e ter um campo de atuação distinto, sua independência é total, o que coloca o anestesista em pé de igualdade com o médico cirurgião.

⁸¹ MORAIS, Gilberto Scopel. *A Cirurgia Plástica não é medicina?* In Revista *Plastiko`*s. p. 4, jan/fev. 1998. *apud* GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro...* p. 113 e 114.

Hodiernamente, em caso de dano ao paciente, o avanço da ciência médica permite identificar o profissional médico responsável. Entretanto, por longa data, não era desta forma que os tribunais entendiam. Os julgadores admitiam que os co-autores fossem responsabilizados solidariamente, nos casos de não identificação do autor do dano. Conforme ensinava o doutrinador francês René Savatier:⁸²

Responsabilité respective des divers médecins concourant au traitement d'un malade.
Normalement, leur rôle est respectivement spécialisé et défini. Ainsi, leurs fautes paraissent indépendantes les unes des autres. Si elles se combinent, les médecins ou chirurgiens responsables le seront in solidum.

Em concordância, de que a concepção unitária de um ato cirúrgico não é mais absoluta, tendo em vista o progresso da ciência médica, Sergio Cavaliere Filho,⁸³ em poucas palavras, elucida:

As múltiplas especialidades da medicina e o aprimoramento das técnicas cirúrgicas permitem fazer nítida divisão de tarefas entre os vários médicos que atuam em uma mesma cirurgia. Em outras palavras: embora a equipe médica atue em conjunto, não há, só por isso, solidariedade entre todos os que a integram. Será apurar que tipo de relação jurídica há entre eles. Se atuam como profissionais autônomos, cada qual em sua especialidade, a responsabilidade será individualizada, cada um respondendo pelos seus próprios atos, de acordo com as regras que disciplinam o nexo de causalidade, [...].

Nesta linha de total independência, o novo Código de Ética Médica, no capítulo dos Princípios Fundamentais, qual seja, Capítulo I, XVII, prescreve: “As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.” Em comentário a este artigo, Eduardo Dantas e Marcos Coltri⁸⁴ esclarecem: “Dúvidas não restam que respeito mútuo entre profissionais deve ser a regra de convivência, [...] E a primazia do interesse e bem-estar do paciente deve reger os caminhos do relacionamento [...] entre médicos, [...]” Portanto, não há mais que se estender quanto à independência e respeito entre as especialidades médicas. Tendo

⁸² SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français – Civil, Administratif, Professionnel, Procédural. Tome II – Conséquences ET Aspects Divers de la Responsabilité*, 12^a. ed. Paris: Librairie Générale de Droit ET de Jurisprudence, 1951, p. 402-403 apud SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 3^a edição. Campinas/SP: Servanda Editora, 2008. p. 143 e 144. Em tradução livre do autor: “**Responsabilidade respectiva dos diversos médicos que participam do tratamento de um paciente.** – Normalmente, seu papel é respectivamente especializado e definido. Assim, suas culpas são consideradas independente umas das outras. Se elas se conjugam, os médicos e cirurgiões poderão ser responsáveis solidariamente.”

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sergio. op. cit. p. 397.

⁸⁴ DANTAS, Eduardo. COLTRI, Marcos. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 1^a ed. Rio de Janeiro. GZ Editora, 2010. p. 27.

em vista, ser este entendimento pacificado. Neste momento, devemos nos prender a responsabilidade civil do profissional anestesista, já que ainda hoje ele, assim como a cirurgia plástica estética, continua em sua maioria, sendo erroneamente enquadrado como obrigação de resultado.

Obviamente, que estamos nos referindo à responsabilidade do anestesista que teve a oportunidade de examinar clinicamente o paciente e pedir todos os exames necessários ao pré-operatório do mesmo. Já que as anestésias de urgência ou emergência não permitem uma pré-avaliação das condições de saúde do paciente. Por este motivo, devem ser sempre entendidas como uma obrigação de meio.

Devemos lembrar que a função do anestesista está dividida em três etapas, quais sejam: a fase pré-operatória, quando o médico avalia as condições em que se encontra a saúde do paciente para se submeter ao risco anestésico. A segunda etapa ocorre durante o ato cirúrgico, quando efetivamente, o profissional efetuará a anestesia e ao longo de toda a cirurgia deve acompanhar seu quadro de saúde. E por fim, a terceira e última fase de sua responsabilidade, que acontece quando termina o efeito da anestesia. O paciente deve estar em suas condições normais, recobrando todos os sentidos. Conforme descreve o ilustre doutrinador, Octávio Luiz Motta Ferraz,⁸⁵ “o “período de recuperação pós-anestésica”, [...] quando se observa se o paciente readquire naturalmente as funções que lhe foram subtraídas temporariamente pela substância anestésica”.

A obrigação de permanecer junto ao paciente durante todo o procedimento cirúrgico e, até “total recuperação dos efeitos da anestesia”, segundo Miguel Kfoury,⁸⁶ se encontra previsto na Resolução 1.802/2006 do Conselho Federal de Medicina, que também “considera ato atentatório à ética médica a realização simultânea de anestésias em pacientes distintos, pelo mesmo profissional”. A norma supra citada, dispõe sobre a prática do ato anestésico e, segundo Décio Policastro⁸⁷, tal resolução assim descreve a autonomia deste profissional: “O ato anestésico incumbe ao médico

⁸⁵ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Responsabilidade Civil da Atividade Médica no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2009. p. 151.

⁸⁶ KFOURI NETO, Miguel. op. cit. p. 171.

⁸⁷ POLICASTRO, Décio. *Erro Médico e suas consequências jurídicas*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 84.

anestesiologista ou anestesista, [...]. Somente este especialista detém autonomia científica para decidir, de modo soberano e intransferível, a conveniência ou não da realização da anestesia.”

No que diz respeito à inserção da prestação obrigacional do anestesista a uma obrigação de resultado, é no mínimo, prova de total desconhecimento da complexidade que importa o procedimento anestésico. Por este motivo, torna-se imperativo reproduzir neste momento, parte de esclarecedor texto da Revista Argentina de Anestesiologia, citado por Hildegard Giostri,⁸⁸ sobre o risco anestésico:

- I) O anestesiologista administra de forma pessoal e em um período de tempo muito breve (desde minutos até algumas horas) o maior número de drogas que qualquer outro médico.
- II) Nenhum outro médico enfrenta tão frequentemente, de forma direta e pessoal, quadros de hipotensão arterial.
- III) Nenhum outro médico enfrenta tão frequentemente e resolve de forma direta e pessoal, a parada respiratória, seja induzida ou não.
- IV) Em nenhuma outra especialidade o médico produz, necessariamente, situações para a desestabilização e obstrução da via aérea superior.
- V) Nenhuma outra especialidade médica utiliza tantas drogas com tão alta potencialidade letal intrínseca.
- VI) Nenhuma outra especialidade assume a responsabilidade de resolver situações vinculadas com a atividade de outros profissionais (cirurgiões, especialistas em diagnósticos por imagem, etc.), já que se trata de uma especialidade que não é terapêutica, mas dirigida a auxiliar no sentido que outras especialidades cumpram seus objetivos.
- VII) Os anestesiologistas dispõem de muito pouco tempo para a tomada de decisões críticas e esta situação não só é produto de situações de emergência, como pode estar afeita aos procedimentos normais no exercício de sua especialidade.
- VIII) Pelas circunstâncias apontadas nos parágrafos precedentes, em nenhuma especialidade é imperativo diferenciar prematuramente uma reação normal e esperada a uma droga ou a contingências associadas com a operação e anestesia, de uma reação inesperada ou de uma situação anormal que possa repercutir negativamente no paciente.
- IX) Nenhuma outra especialidade deve assimilar, analisar e processar de forma permanente e em um curto espaço de tempo (desde minutos até horas) uma gama tão ampla de dados e informações sobre as condições e a evolução do paciente.

Por todo o exposto acima, entendemos, portanto, a colocação do saudoso cirurgião vascular, escritor e professor da Faculdade de Medicina da USP, Dr. Irary Novah Moraes,⁸⁹ quanto às qualidades mínimas necessárias a um médico anestesista:

⁸⁸ WIKINSKI, Jaime. *Responsabilidad profesional del anestesiólogo y riesgo anestésico – Responsabilidad Profesional Del anestesiólogo. ¿ Qué es la anestesiología? In: Revista Argentina de Anestesiologia. Buenos Aires, 1995, v. 53, n. 3, p. 195-204. Cf. Hurrutia, p. 86-7, n. 23, apud GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro... p. 52 e 53.*

⁸⁹ MORAES, Irary Novah. *Erro medico e a lei. 3ª ed. São Paulo. RT, 1995. P. 209, apud GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro... p. 51.*

“para não cometer erros é necessário competência adquirida através de estudo teórico, com muito conhecimento obtido pela prática ao lado de especialistas experientes, grande habilidade manual, autoconfiança, tranquilidade e prontidão de atitudes.”

E não podemos nos esquecer de que acrescido a toda essa complexidade que envolve o ato anestésico, está a subjetividade do organismo humano. Fator este que pode comprometer todo o cuidado de diligência adotado pelo profissional nas etapas de pré, inter e pós-operatório.

Diante de todos os argumentos descritos até aqui, só nos resta admitir que não há justificativa plausível para o tratamento diferenciado dado à prestação obrigacional do médico anestesista, uma vez que este, da mesma forma que outras especialidades médicas, também lida com o, nem sempre previsível, corpo humano.

E para concluirmos este item, citamos a ponderação do doutrinador argentino Marcelo J. López Mesa,⁹⁰ quando trata sobre a responsabilidade do médico anestesista em seu texto:

Para cerrar el tema de la índole de las obligaciones del médico, diremos que pese a algún que outro embate doctrinario menor y algún que outro precedente disonante, la enorme mayoría de la doctrina y jurisprudência sigue teniendo a la obligación del médico como um deber de medios, criterio que, prima facie, compartimos, por parecernos excesivo e inconveniente extremar la diligencia exigible a los médicos, considerando sus obligaciones como de resultado.

4.3. O Fator Álea

Quando falamos em cirurgia, seja ela da especialidade que for, torna-se imperiosa a análise do fator de risco, já que o mesmo está intrinsecamente relacionado a todo e qualquer ato cirúrgico. Tendo em vista, o objeto a ser manipulado no procedimento cirúrgico ser o corpo humano.

Para melhor entendimento do fator álea, citaremos a definição do doutrinador espanhol, J. Miguel Lobato Gomes,⁹¹ que esclarece: “*Se estima, en efecto, que las*

⁹⁰ MESA, Marcelo J. López. op. cit. p. 156 e 157.

⁹¹ LOBATO GOMES, J. Miguel. *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de resultado. In Anuario de Derecho Civil*, v. 45, n.2. Madrid, abr, jun., 1992, p. 703, *apud* OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues

particularidades de las reacciones de cada paciente a un mismo tratamiento conjuntamente con la evolución peculiar de la enfermedad constituye el alea.” Dando continuidade ao esclarecimento de tão importante característica, este mesmo jurista, bem descreve sobre a importância da análise do fator aleatório pertinente à atividade médica:

O fator álea goza de um grande apreço na doutrina e na jurisprudência francesas e de outros países, pois é ele que vai determinar o caráter aleatório ou não do resultado esperado na execução de uma prestação. Concordo que deveria ser evidente que, quando a prestação obrigacional se desenvolvesse em um campo aleatório, sua conceituação deveria situar-se dentro da categoria de uma obrigação de meio, já que não seria razoável garantir um resultado em seara onde o fator álea estivesse presente, o que conseqüentemente, propiciaria algo imprevisível até um determinado ponto. Por outro lado, quando o resultado almejado tivesse condições de ser normalmente alcançado com os meios de que dispõe (ou deveria dispor) o devedor, então, a obrigação seria normalmente de resultado, como no caso da obrigação do transportador, já citada. No que pertine à atividade médica, nota-se que o fator álea é o maior divisor de águas e o mais claro demonstrativo – não só da diferenciação entre as duas categorias de obrigações - como da inadequação de uso obrigação de resultado em searas plenas daquele fator.

Diante de tão clara explanação, não resta dúvida de que, em havendo a presença do fator álea em determinada obrigação, esta deverá ser tratada como obrigação de meio. Todavia, entende-se que para tanto é imprescindível que o profissional médico tenha fornecido a seu paciente a devida informação sobre todas as possibilidades de eventos adversos passíveis de ocorrência, e não só informado como também tenha se certificado de que o paciente entendeu claramente tais explicações.

O risco pelo qual o paciente irá se submeter, deve ser rigorosamente analisado pelo médico, que deverá repassar as devidas conclusões a seu paciente. Dentre os fatores a serem analisados estão: o grau da patologia apresentada pelo paciente, suas condições orgânicas, a técnica cirúrgica mais adequada ao caso concreto, bem como os equipamentos/instrumentais a serem usados naquele procedimento.

Segundo Hildegard Taggesell Giostri,⁹² os riscos, ou complicações, podem ser divididos em riscos típicos e riscos atípicos. Para a renomada doutrinadora, “os riscos típicos são aqueles cuja delimitação está em função de uma porcentagem de frequência – fixados por casos concretos, - dando margem a que tal porcentagem possa ser avaliada dentro de critérios flexíveis e adaptáveis, por já serem conhecidos.”

de. Responsabilidade Civil dos Médicos – Repensando a Natureza Jurídica da Relação Médico-paciente em Cirurgia Plástica Estética e seus Reflexos em Relação ao Ônus da Prova. Curitiba: Juruá, 2008. p. 108.

⁹² GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico...* p. 122.

Em outras palavras, são os riscos que podemos chamar de previsíveis. Ato contínuo, ela consigna que: “Fora deste perfil, as complicações que se produzem são atípicas e, conseqüentemente, imprevisíveis, [...]”.

É de extrema relevância tal diferenciação entre riscos típicos e atípicos, uma vez que cabe ao médico informar, ou melhor, esclarecer a seu paciente quanto as possíveis, intercorrências daquele ato cirúrgico. E para tanto, o dever de informação do profissional se prende àquelas complicações previsíveis. Não lhe sendo exigido, portanto, prever o imprevisível, o que não lhe exime de esclarecer ao paciente que não há intervenção cirúrgica sem risco.

Podemos entender então que, uma complicação classificada como atípica, equipara-se, ou é similar, ao caso fortuito, que é uma excludente de culpa. Eduardo Dantas,⁹³ com poucas palavras, bem descreve a imprevisibilidade do corpo humano: “... a atividade médica, por definição, está sujeita ao acaso, ao imprevisível comportamento da fisiologia humana, que por vezes insiste em desafiar o senso comum, os prognósticos mais acurados, e as expectativas mais prováveis.”

Para fecharmos este tópico; o fator álea, não poderíamos deixar de ressaltar que, este fator, por si só, desconstitui qualquer defesa que ainda haja quanto à obrigação de resultado ser aplicada a alguns profissionais médicos. Afirmamos isso por conta de que estudiosos do Direito das Obrigações, “foram unânimes em afirmar que a obrigação de resultado era adequada para todos os casos constantes de uma prestação determinada, *mas onde o fator álea não estivesse presente.*”⁹⁴ Portanto, apenas isso deveria bastar para o entendimento da inadequação de se considerar de resultado, uma prestação obrigacional onde o cumprimento é desenvolvido em terreno tão aleatório quanto o corpo humano.

4.4. A participação do paciente

⁹³ DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. p. 139.

⁹⁴ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico...* p. 90.

Para iniciarmos a discussão acerca da participação do paciente em uma intervenção cirúrgica, ou mesmo um procedimento clínico invasivo, devemos começar pela importância que o consentimento informado e esclarecido adquiriu nos últimos anos. Falaremos, ainda que brevemente, de sua finalidade e indispensabilidade nos dias atuais.

Com o fortalecimento do princípio da autonomia, instaurou-se como necessária à intervenção sobre o corpo do paciente, o consentimento informado e esclarecido do paciente, sem o qual o profissional estaria atuando de forma agressiva, ou com imposição. É de entendimento unânime a imprescindibilidade do consentimento formal do paciente, a discussão hoje, está em torno da forma que esta anuência é dada, já que muitas vezes os termos usados são desconhecidos ao leigo, e o paciente para consentir não pode ter dúvidas.

Cabe aqui uma excelente reflexão quanto à autonomia do paciente de decidir se vai submeter-se, ou não, a determinada prática terapêutica ou cirúrgica proposta pelo seu médico:

Respeitar a autonomia é a expressão do reconhecimento de que cabe ao paciente decidir sobre o próprio corpo, segundo sua visão de vida, fundada em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando divergentes dos dominantes na sociedade ou dos defendidos pelos médicos.⁹⁵

A principal finalidade do consentimento informado e esclarecido é fornecer ao paciente informações claras sobre seu estado de saúde, bem como sobre os procedimentos médicos a que ele será eventualmente submetido, seus benefícios e riscos. Pois, somente estando bem informado, ele poderá decidir conscientemente sobre que atitude tomar, se rejeita ou se submete ao tratamento proposto.

A obtenção do consentimento formal do paciente, ao contrário do que muitos médicos pensam, fortalece e estreita a relação com o seu paciente, pois este, estando totalmente ciente da situação, não terá dúvidas e confiará ainda mais no profissional.

⁹⁵ PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida*. São Paulo: Loyola/ São Camilo, 2001, p. 22; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei – implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 90, *apud* MALUF, Carlos Alberto Dabus. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A Responsabilidade Civil na Relação dos Profissionais da Área da Saúde e Paciente *in* AZEVEDO, Álvaro Villaça. LIGIERA, Wilson Ricardo - Coordenadores - *Direitos do Paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 514.

Devemos lembrar que, muitas vezes é esta confiança que evitará futuras demandas judiciais no caso de eventuais insucessos. E mais que isso, na maioria das vezes é a precaução de colher o consentimento informado do paciente que impedirá uma condenação judicial ou administrativa.

Luciana Mendes Pereira Roberto,⁹⁶ em sua obra, que abrange exhaustivamente o tema, elucida quais são os efeitos do termo de consentimento informado e esclarecido:

Portanto, são dois os efeitos do consentimento: O principal, que torna lícita a atuação do profissional de saúde quando do tratamento de seu paciente; e o secundário, exonerando-o de certas responsabilidades sobre as quais o paciente foi previamente alertado (riscos e consequências) e mais que isso, afastando a responsabilidade em que incorreria se atuasse sem o consentimento do paciente, ferindo sua liberdade e autodeterminação.

Já nos afastando do consentimento informado para adentrar no principal ponto a ser abordado neste tópico, no concernente a atuação do paciente, está em sua efetiva participação no tratamento. Podemos dividir esta participação em duas, uma passiva e outra ativa. Uma que, muitas vezes, independe de suas ações e outra que está diretamente ligada a elas.

Quando falamos em participação passiva do paciente, nos referimos àqueles ligados ao seu organismo, suas particularidades, as condições subjetivas e genéticas, à idade, ao sexo, aos fatores climáticos e topográficos de seu hábitat, entre outras variáveis que pouco depende dele. Citamos então, as palavras de Hildegard Giostri,⁹⁷ que bem definem tal participação, esclarecendo que foi somente na obra desta doutrinadora que encontramos esta divisão de participação. Para ela, a participação passiva “é representada pela resposta orgânica do paciente, estando intimamente relacionada e ligada ao fator álea, caracterizado pelas reações individualizadas de cada paciente, frente a um mesmo tratamento, seja clínico ou cirúrgico.”

Já quando fazemos menção a participação ativa do paciente, falamos de inúmeras atitudes que devem ser adotadas pelo paciente, como fornecer a seu médico, no momento da anamnese, informações corretas, e mais claras possíveis, dos sintomas apresentados, já que dependerá deste relato as medidas diagnósticas, terapêuticas e

⁹⁶ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde & Consentimento Informado*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2010. p. 150.

⁹⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica*, p. 140.

medicamentosas a serem adotadas pelo profissional. Referimos-nos também a importância do paciente seguir todas as orientações médicas, como por exemplo, fazer uso correto dos remédios prescritos por seu médico, seguir restrições alimentares ou de mobilidade eventualmente indicadas pelo profissional, bem como a orientação de voltar ao médico, em período estipulado por este ou quando houver qualquer tipo de intercorrência no tratamento.

Diante do exposto, não há que se falar em erro médico, caso o evento adverso tenha se dado em razão de defeituosa ou omissa participação do paciente. Para reforçar este pensamento, reproduzimos as palavras de Fabrício Zamprogna Matiello:⁹⁸

Há que se reservar a oportunidade de afastamento da imputação através da demonstração de que exatamente o maior interessado na recuperação deixou de atender às prescrições do profissional, descuidando na recomendação de imobilidade, furtando-se à ingestão dos remédios indispensáveis, sonogando informações ou, de qualquer modo, causando o dano contra si mesmo.

Genival Veloso de França,⁹⁹ corretamente, ousa dizer que, “igual aos médicos, os pacientes têm obrigação de meios, contribuindo para a obtenção de um bom resultado em favor de sua vida e de sua saúde.” E continua, descrevendo os deveres do paciente: “Na obrigação do paciente deve-se incluir o fiel cumprimento da prescrição quanto à dosagem, ao horário e ao tempo de medicação, as medidas e os cuidados recomendados, a dieta prescrita e a orientação tanto na sua duração como na forma de internamento.” E arremata reproduzindo o art. 945 do Código Civil Brasileiro: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.” O que deixa evidente que, a participação do paciente no evento danoso, reduzirá ou eliminará a indenização requerida, tendo em vista sua parcial, ou total culpa.

Finalizando este item, entendemos devido citarmos o entendimento de Hildegard Giostri¹⁰⁰ quanto à participação ativa do paciente:

A participação ativa é aquela que diz respeito à interação obrigatória e necessária do paciente na relação contratual médico-paciente e está representada por atos, tais quais: fornecer dados sobre sua pessoa para uma avaliação mais ampla de suas condições físicas

⁹⁸ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Op. cit.* p. 58.

⁹⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Op. cit.* p. 262 e 263.

¹⁰⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica*, p. 140.

(e também psíquicas); voltar ao consultório médico nas datas previstas; notificar o seu facultativo em caso de qualquer anormalidade no pré e no pós-operatório e/ou no tratamento clínico; tomar a medicação prescrita de maneira correta; observar a dieta recomendada, quando for o caso; manter a postura corporal indicada em determinados tipos de cirurgias, entre outros.

Concluimos a participação do paciente, acreditando que não restam dúvidas de que sua participação tem grande importância e influência no resultado positivo de seu tratamento de saúde, seja este cirúrgico ou clínico. Não cabendo, portanto, cem por cento da responsabilidade do resultado ao médico.

4.5. O Lento Movimento de Mudança

Graças a uma pequena parcela de doutrinadores e julgadores, começamos a vislumbrar uma alteração deste pensamento ainda predominante. Uma das maiores defensoras de que a obrigação médica deve, sem exceções, ser considerada como de meio, Hildegard Giostri, escreve sua tese de doutorado dedicada ao tema, sendo a mesma publicada pela Juruá Editora no ano de 2001.¹⁰¹

Entre outras argumentações, Hildegard defende seu pensamento afirmando que a obrigação de resultado deve ser aplicada aos casos em que não haja o fator álea, isto é, para os casos onde inexista o fator risco. A autora conclui ser extremamente imprópria a utilização da obrigação de resultado ao médico, tendo em vista a indagação de que pode haver “...algo mais aleatório que o organismo humano, sua fisiologia e sua psique...? E mais, ainda: como pode ser de resultado uma obrigação na qual o próprio credor pode interferir no resultado final?”¹⁰²

Outro defensor desta teoria, infelizmente já falecido, o ex-ministro do STF, CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, há muito já defendia que em qualquer tipo de cirurgia, inclusive a plástica, incluída nesta a estética, a obrigação assumida pelo médico é de meios e não de resultado. A propósito, preleciona:

Em qualquer das subespecialidades cirúrgicas exige-se um profissional habilitado, agindo com perícia, prudência e diligência em todas as etapas de sua atuação, de forma comparável a outro profissional atuando nas mesmas circunstâncias.

¹⁰¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade Médica.

¹⁰² GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro Médico, p. 82.

Pela própria natureza do ato cirúrgico, cientificamente igual, pouco importando a subespecialidade, a relação entre o cirurgião e o paciente está subordinada a uma expectativa de melhor resultado possível, tal como em qualquer atuação terapêutica, muito embora haja possibilidade de bons ou não muito bons resultados; mesmo na ausência de imperícia, imprudência ou negligência, dependente de fatores alheios, assim, por exemplo, o próprio comportamento do paciente, a reação metabólica, ainda que cercado o ato cirúrgico de todas as cautelas possíveis, a saúde prévia do paciente, a sua vida pregressa, a sua atitude somatopsíquica em relação ao ato cirúrgico. Toda intervenção cirúrgica, qualquer que ela seja, pode apresentar resultados não esperados, mesmo na ausência de erro médico. E, ainda, há em certas técnicas consequências que podem ocorrer, independentemente da qualificação do profissional e da diligência, perícia e prudência com que realize o ato cirúrgico.

Anote-se, nesse passo, que a literatura médica, no âmbito da cirurgia plástica, indica, com clareza, que não é possível alcançar 100% de êxito.¹⁰³

Outro defensor da teoria de que toda responsabilidade médica deve ser considerada como uma obrigação de meio, independentemente de suas subespecialidades, Eduardo Dantas¹⁰⁴, claramente sustenta sua posição, afirmando:

Cada corpo humano, em sua individualidade, pode apresentar somatizações, hipersensibilidades, reações diversas verdadeiramente imprevisíveis. A evolução de quadros clínicos ou patológicos, diante da intervenção médica, não é sempre igual, não obedece sempre a mesma fórmula preestabelecida.

Em qualquer procedimento cirúrgico, conforme comprovado por incontáveis estudos médicos, o organismo pode reagir de forma inesperada, negativa ou adversa, comprometendo o resultado.

Na prática, ainda, é de destacar que o sucesso da cirurgia plástica depende muito dos cuidados pós-operatórios tomados pelo próprio paciente, o que em parte também escapa do controle do médico.

Nesta luta árdua travada objetivando a mudança de pensamento do entendimento majoritário deste país, podemos contar com o posicionamento de inúmeros doutrinadores estrangeiros, entre eles o eminente professor e jurista argentino Luís O. Andorno,¹⁰⁵ após ter sido defensor da ideia oposta, agora adota a seguinte opinião:

Se bem tenhamos participado durante algum tempo deste critério de situar a cirurgia plástica no campo das obrigações de resultado, um exame meditado e profundo da questão nos levou à conclusão de que resulta mais adequado não fazer distinções a respeito, colocando também o campo da cirurgia estética no âmbito das obrigações de meios, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência.

¹⁰³ DIREITO, Carlos Alberto Meneses. A responsabilidade civil em cirurgia plástica. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 7, p.15-16, jan./abr. 1997, in VOLTOLIN, Elvis Donizeti. **Responsabilidade civil do médico-cirurgião plástico de cirurgia embelezadora: obrigação de meio ou obrigação de resultado?** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1073, 9 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8493>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

¹⁰⁴ Op. cit. p. 151 e 152.

¹⁰⁵ ANDORNO, Luís O. La responsabilidad civil médica, apud KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 196.

Miguel Kfourri acrescenta ainda, como entendimento do jurista platino, que de acordo com as conclusões da ciência médica dos últimos tempos, “o comportamento da pele humana, de fundamental importância na cirurgia plástica, revela-se imprevisível em numerosos casos.”¹⁰⁶ Desta forma, podemos concluir que toda a intervenção sobre o corpo humano é sempre aleatória.

Nas palavras de Kfourri, que reproduziremos abaixo, está bem demonstrada a situação que nos encontramos. Doutrinadores defendendo a não discriminação da cirurgia plástica estética e julgadores insensíveis a tais apelações :

Embora os estudiosos se inclinam a enquadrar a cirurgia plástica com finalidade preponderantemente estética no figurino das obrigações de meio, os tribunais ainda se mostram refratários à evolução doutrinária. Afirma-se, por exemplo, que, para outros médicos, o resultado pode ser uma incógnita; para os cirurgiões plásticos, nas intervenções embelezadoras, deverá ser uma certeza. Chega-se mesmo a reconhecer a existência de responsabilidade sem culpa – ou objetiva – do cirurgião plástico, o que é evidente equívoco.¹⁰⁷

Aqui reproduzimos também a posição do grande precursor do Direito Médico no Brasil, o professor Genival Veloso de França,¹⁰⁸ que teve sua principal obra publicada em 1975 e hoje se encontra em sua 10ª edição. O ilustre doutrinador, assim se posiciona:

Assim entendendo, existe na responsabilidade contratual civil do médico uma obrigação de meios ou de diligências, onde o próprio empenho do profissional é o objeto do contrato, sem compromisso de resultado. Cabe-lhe, todavia, dedicar-se da melhor maneira e usar de todos os recursos necessários e disponíveis. Isso também não quer dizer que ele esteja imune à culpa. Enfim, esta é a ideia que tem prevalecido. O contrário seria conspirar contra a lógica dos fatos.

O que esta, infelizmente ainda, minoria pretende demonstrar é que seja qual for a intervenção cirúrgica, as reações do organismo humano podem ser as mais diversas, pois cada ser é único, e consequências indesejadas, não somente pelo paciente, mas também pelo médico, podem sobrevir, ainda que se tenha empregado a melhor técnica, os melhores recursos e agido com toda perícia e prudência.

Como já exposto, inúmeros doutrinadores, bem como diversos julgados defendem o fim desta diferenciação entre as obrigações das especialidades médicas.

¹⁰⁶ Loc. cit.

¹⁰⁷ KFOURI NETO, Miguel. Op. cit. p. 197.

¹⁰⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. *op. cit.* p. 270.

Desta forma, para finalizarmos esta discussão, fecharemos com as palavras de Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza:¹⁰⁹

Partir da ideia de que o cirurgião plástico já tem, intrinsecamente, em caso de alegação do paciente de mau resultado, culpa no suposto evento danoso (culpa presumida) é colocar sobre seus ombros um fardo muito pesado, totalmente desvirtuado da realidade e do bom-senso.

Ou, como acabamos de expor, nas palavras de Genival Veloso de França: é “conspirar contra a lógica dos fatos.”

¹⁰⁹ COUTO FILHO, Antônio Ferreira e SOUZA, Alex Pereira. *Instituições de Direito Médico*, 2ª edição, Editora *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2010. p.13.

5. A DINÂMICA DOS SERES HUMANOS E A SUBJETIVIDADE DE CADA SER

No decorrer de todo este trabalho, repreendemos sempre a inadequada caracterização da obrigação de resultado para algumas especialidades médicas. Tendo em vista, a ciência médica se desenvolver, sobremaneira, em searas plenas do fator álea, e a obrigação de resultado, por definição, só se destinar às obrigações onde inexista o fator risco.

Ao longo deste capítulo final, tentaremos questionar e esclarecer a impossibilidade de se “pretender extrair resultados preestabelecidos, quase matemáticos, de campo tão subjetivo e tão aleatório quanto o organismo humano e sua psique...?”¹¹⁰

Começemos pela definição de saúde, que possui implicações legais, sociais e econômicas. E, muito embora receba inúmeras críticas, a definição mais difundida é a encontrada no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde: *saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças.*

Com base nesta definição, podemos perceber o quanto é difícil alcançar tal estado. Uma vez que, para estarmos completamente saudáveis teríamos que atingir por completo (100%) as searas física, mental e social do bem estar.

Para iniciármos uma compreensão sobre a subjetividade do ser, citaremos a teoria da autopoiese, estudada e bem colocada por Hildegard Taggesell Giostri¹¹¹ em sua tese de doutorado na tentativa de fundamentar a diversidade e imprevisibilidade de cada ser. Segundo definição da Wikipédia, o termo:

Autopoiese ou **autopoiesis** (do grego *auto* "próprio", *poiesis* "criação") é um termo cunhado na década de 1970 pelos biólogos e filósofos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios. Segundo esta teoria, um ser vivo é um sistema autopoietico, caracterizado como uma rede fechada de produções moleculares (processos), onde as moléculas produzidas geram com suas interações a mesma rede de moléculas que as produziu. A conservação da autopoiese e da adaptação de um ser vivo ao seu meio são condições sistêmicas para a vida. Por tanto um

¹¹⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico*. p. 105.

¹¹¹ *Responsabilidade Médica*. p. 207 – 210.

sistema vivo, como sistema autônomo está constantemente se reproduzindo, autorregulando, e sempre mantendo interações com o meio, onde este apenas desencadeia no ser vivo mudanças determinadas em sua própria estrutura, e não por um agente externo.¹¹²

De acordo com esta teoria, um sistema vivo relaciona-se com seu meio ambiente através de interações recorrentes, que, individualmente, desencadeiam mudanças na estrutura do sistema. Vale ressaltar que, esses sistemas são autônomos e o meio ambiente apenas desencadeia as mudanças estruturais; ele não as especifica nem as direciona.¹¹³

Podemos entender então que, num sistema tão mutante e evolucionista, não haveria lugar para leis exatas. O quanto essa subjetividade do ser torna único cada elemento vivo. Daí a dificuldade de se garantir resultados idênticos a pacientes submetidos a iguais tratamentos de uma mesma patologia. A fisiologia do ser humano está coberta por uma aura de complexidade e subjetividade e, por este motivo, aquilo que funciona para um indivíduo, pode não ter o mesmo efeito para outro. É o que podemos chamar de idiosincrasia na medicina.¹¹⁴

Noutras palavras, mas no mesmo sentido, Miguel Kfoury Neto¹¹⁵ explica: “os médicos dizem que não há doenças, há doentes, porquanto dois pacientes, acometidos pelo mesmo mal e tratados de modo idêntico, podem apresentar reações absolutamente distintas à terapia: num caso, a cura; noutro, o agravamento da enfermidade...”.

Caminhando ainda ao lado desta diversidade biológica, está outro fator de relevante importância, e que pode interferir de maneira definitiva sobre o resultado almejado: a psique humana.

A predisposição positiva de um paciente diante de um tratamento clínico ou cirúrgico influencia diretamente em sua recuperação. Sua vontade de se ver curado, ou simplesmente alcançar uma melhora em seu quadro geral, refletirá de forma extraordinária em seu resultado. Sendo o inverso também verdadeiro.

¹¹² <http://pt.wikipedia.org/wiki/Autopoiese>. Acessado em 28/04/2012.

¹¹³ CAPRA, Fritjof. A teia da vida. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 177. Com base em pesquisa realizada por Humberto MATURANA e Francisco VARELA. Autopoiese: padrão de organização dos sistemas vivos. p.135. In GIOSTRI, Hildegard Taggessell. Responsabilidade Médica. p. 207 e 208.

¹¹⁴ Significado de Idiosincrasia: Maneira de ver, sentir, reagir peculiar a cada pessoa. (É uma disposição do temperamento, da sensibilidade que faz com que um indivíduo sinta, de modo especial e muito seu, a influência de diversos agentes.) In: <http://www.dicio.com.br/idiossincrasia/> acessado em 28/04/2012.

¹¹⁵ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico, p.85.

Mais uma vez, a doutora Hildegard Taggesell Giostri,¹¹⁶ brilhantemente, esclarece sobre esta influência da psique humana em um tratamento de saúde:

Ou seja, é a subjetividade do ser – favorecida por sua capacidade de usar a força mental – que pode ser usada no sentido de obter, ou não, determinado resultado. E, em seara tão íntima e pessoal, médico algum pode ter qualquer tipo de ingerência. A escolha é de domínio único e exclusivo de cada um.

Não poderíamos deixar de reproduzir ainda, citação da mesma autora,¹¹⁷ fazendo referência a texto de Mark Twain, citado por Carl Sagan:

Assim é o ser humano: um eterno enigma. Em uma obra pouco conhecida de Mark TWAIN, escrita em 1903, denominada *Cristian science*, ele assim se expressou: “O poder que a imaginação humana tem sobre o corpo, de curá-lo ou fazê-lo adoecer, é uma força que nenhum de nós deixou de receber ao nascer. O primeiro homem a possuía, o último a possuirá.”

Para encerrarmos este capítulo, reproduziremos duas opiniões, de diferentes julgadores, mas com a mesma sensatez. Posições estas de uma mesma época, dos anos de 1996 e 1997, o que nos preocupa, haja vista terem ambas, aproximadamente, uma década e meia, e até hoje nossos tribunais julgam através de sentenças/acórdãos sociais, sem a devida imparcialidade exigida dos magistrados.

Entretanto, diante de tal constatação, a lenta mudança jurisprudencial, legislativa e até mesmo doutrinária, entendemos bastante oportuno reproduzirmos as palavras da grande doutrinadora da Responsabilidade Civil Médica, Hildegard Taggesell Giostri,¹¹⁸ antes mesmo de colacionarmos partes dos julgamentos supracitados:

O Direito deve esposar o fato social (Ihering), e o faz. Todavia, o faz com lentidão. Então, há que questionar se a falta de um termo para caracterizar adequadamente o novo tipo de obrigação surgidos com as especialidades da anestesiologia e da cirurgia plástica estética não teria levado juristas e julgadores a se servirem de uma modalidade de categoria jurídica na falta de outra mais apropriada?

Entendemos ser bastante pertinente este questionamento, mas necessitaria de maior aprofundamento ao tema, o que nos levaria a um outro foco de estudo e defesa. Então, voltemos aos julgados da década de 90. O primeiro, trata-se do trecho de um

¹¹⁶ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade Médica. p. 218.

¹¹⁷ SAGAN, Carl. O mundo assombrado pelos demônios – A ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 233. *In* GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Responsabilidade Médica. p. 219.

¹¹⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica...*, p. 122.

acórdão do então Desembargador Relator do TJRS, Décio Antônio Erpen,¹¹⁹ do qual transcrevemos somente algumas palavras: “Preocupa-me, sobremaneira, o ritual a que estão submetidos os médicos, pois se a cada procedimento sobrevier uma ação, na qual a parte se disponha a comprovar a erronia profissional, a atividade médica restaria inviabilizada”.

A preocupação, estampada nestas poucas palavras, demonstra um questionamento que deveria ser o de todos os indivíduos, independente de sua profissão, classe social, religião ou raça, uma vez que todos, sem exceção, já precisaram, precisam ou precisarão dos cuidados de um profissional médico. Como você quer ser tratado pelo seu médico quando precisar dele? Como um amigo? Ou como um potencial inimigo?

Já, o segundo, por sua vez, de nosso saudoso Ministro do STF, à época, Ministro do STJ, Carlos Alberto Menezes Direito,¹²⁰ são também argumentações dignas de destaque, que por este motivo, serão novamente citadas neste trabalho:

Pela própria natureza de ato cirúrgico, cientificamente igual, pouco importando a subespecialidade, a relação entre cirurgião e o paciente está subordinada a uma expectativa do melhor resultado possível, tal como em qualquer atuação terapêutica, muito embora haja possibilidade de bons ou não muito bons resultados; mesmo na ausência de imperícia, imprudência ou negligência, dependente de fatores alheios, assim, por exemplo, o próprio comportamento do paciente, a reação metabólica, ainda que cercado o ato cirúrgico de todas as cautelas possíveis, a saúde prévia do paciente, a sua vida pregressa, a sua atitude somatopsíquica em relação ao ato cirúrgico. Toda intervenção cirúrgica, qualquer que ela seja, pode apresentar resultados não esperados, mesmo na ausência de erro médico. E, ainda, há em certas técnicas consequências que podem ocorrer, independentemente da qualificação do profissional e da diligência, perícia e prudência com que realize o ato cirúrgico.

Nesta coerente colocação, Carlos Alberto Menezes Direito, consegue, em poucas linhas, transcrever a relação médico-paciente, em sua essência. Fala da expectativa sempre positiva de ambos; da possibilidade de ocorrência de indesejados resultados, mesmo que sem culpa do profissional; da influência da condição psicossomática do paciente; e também de imprevisíveis intercorrências. O que nos leva

¹¹⁹ TJRS – Processo nº 596175265 – 6ª Câmara Cível - Rel. Décio Antônio Erpen – 17/12/96, in SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade Civil no Erro Médico. p. 59 http://www.saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/artigos/outros/erro.pdf acessado em 26/05/2012.

¹²⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A responsabilidade civil em cirurgia plástica. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 7, p.11-19, jan./abr. 1997, in VOLTOLIN, Elvis Donizeti. **Responsabilidade civil do médico-cirurgião plástico de cirurgia embelezadora: obrigação de meio ou obrigação de resultado?** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1073, 9 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8493>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

a concluir que, devido às inúmeras variáveis a serem levadas em conta num julgamento de responsabilidade médica, não se pode, levemente como tem ocorrido, prejudicar um resultado adverso como um depreciativo “erro médico”.

Em suma, todo jurista que despir-se de todo pré-conceito, bem como esvair-se do apelo público e, aplicar-se com afinco ao tema, indubitavelmente chegará à conclusão que não cabe, a qualquer especialidade médica, a aplicação da obrigação de resultado, seja pelo fator álea, seja pela participação ativa do paciente, ou por qualquer outro questionamento aqui apresentado.

Destarte, finalizamos o presente trabalho sem a pretensão de que estes questionamentos encerrem a discussão sobre a responsabilidade civil do profissional médico, mas que ao menos contribua para seu justo julgamento. E para tanto, não poderíamos encerrar com melhor citação que a de Irary Novah Moraes:¹²¹ “Espero ter ajudado o juiz a considerar o conflito de quem busca a beleza que Deus não lhe deu e que é operada pelo homem, que jamais chegou à perfeição divina, mas que não o condene pela limitação humana.”

¹²¹ MORAES, Irary Norah. *Erro Médico e a Justiça*. 5ª edição. São Paulo: Lejus, 1998. p. 269, *apud* BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *op. cit.* p. 150.

6. CONCLUSÃO

Neste momento final, apresentaremos as conclusões a que chegamos diante de todo o exposto neste trabalho, sem o objetivo de dar por encerrada qualquer discussão sobre o tema enfrentado.

A princípio devemos ter sempre em mente que para se analisar uma responsabilidade médica precisam estar presentes os requisitos do nexo causal, da conduta médica de ação ou omissão, do dano e da culpa. E que a responsabilidade médica está fundamentada no conceito de culpa civil. Portanto, para que se configure, deve restar provado que o profissional agiu com negligência, imperícia ou imprudência. Tratando-se então de uma responsabilidade subjetiva.

Em face de toda argumentação, destacamos como elemento essencial a ser considerado frente a uma apuração de responsabilidade médica, em regra geral, é se o profissional agiu com zelo à saúde do paciente e utilizando-se de todo conhecimento e recurso disponível, olvidando esforços sempre no sentido de curar seu enfermo.

Conclui-se que, como qualquer apuração de responsabilidade civil, está o médico também amparado por excludentes desta responsabilidade, se comprovar a ocorrência de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro. Lembrando também que até mesmo as especialidades médicas ainda hoje consideradas como de obrigações de resultado, estão amparadas por estas eximentes.

Precisamos também neste momento relembrar que uma das maiores influências à recuperação de um paciente clínico ou cirúrgico, independe da atuação médica estando intrinsecamente relacionado ao próprio paciente, que é o seu estado orgânico e psicológico. Deixando o médico dependente do próprio paciente, que poderá influenciar negativa ou positivamente no resultado.

Diante de todo argumento exposto e discordando da doutrina e da jurisprudência, ainda majoritária, concluímos que a obrigação do profissional médico, independente de sua especialidade, será sempre de meio. Tendo em vista, o fator *álea*, ao qual está inserida a profissão. Afinal, existe organismo mais aleatório que o corpo humano? Aí consideradas as esferas fisiológicas e psíquicas. E mais ainda: como aceitar ser de

resultado uma obrigação em que o próprio credor pode interferir na produção do resultado final? Muito pelo contrario, não deveríamos admitir que a liberdade de ação do credor aumenta a propensão ao risco? Até quando, no Brasil, será ignorado uma das principais características da obrigação de resultado, que é a de ser direcionada exclusivamente as searas do Direito onde inexista a imprevisibilidade, ou o fator álea?

Ao longo deste trabalho, procurou-se demonstrar o quanto de insensatez há na afirmação de que algumas especialidades médicas se excetuam à regra de que a obrigação do médico é de meio. Para tanto, basta responder as indagações do parágrafo anterior para se concluir pela inadequação desta colocação.

Em linhas finais, faz-se importante consignar quão difícil é a situação em que se encontram os médicos brasileiros. Extremamente desvalorizados e mal remunerados pelas empresas operadoras de planos de saúde, das quais se tornaram dependentes, tendo em vista a grande parcela da população brasileira portadora de um plano de saúde hoje em dia. São ainda desprestigiados pelo Estado, que não dá a estes profissionais as mínimas condições de trabalho, as quais deveriam ser condizentes com a importância da profissão.

E por fim, como se não bastasse serem explorados pelos responsáveis pela saúde pública e privada deste país, ainda se veem coagidos por ações judiciais, para as quais, em sua maioria, não deram causa, movidas por pacientes que desejam mais que seu zelo e dedicação para com sua saúde, desejam também tirar proveito financeiro da situação, levando-os a ver em cada paciente, um potencial inimigo. E cada ação se torna uma fonte perene de desestímulo de seu mister e de desencanto pelo ser humano.

Surge, portanto, uma improrrogável e profunda reflexão de todos acerca do futuro da medicina neste país, que em todas as esferas, seja política ou social, não valoriza o profissional responsável por nosso bem maior, nossa vida. E se este trabalho servir, ao menos, para uma, ainda que pequena reflexão sobre o uso inadequado da obrigação de resultado ao profissional médico, ou mesmo inserir uma ponta de dúvida quanto a este equivocado entendimento majoritário, já terá cumprido seu objeto.

7. REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico in* DOUTRINAS ESSENCIAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL – Vol. V - Direito Fundamental à Saúde. Organizadores: NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Responsabilidade civil do médico. In: Direito e medicina: aspectos jurídicos da Medicina*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. LIGIERA, Wilson Ricardo - Coordenadores - *Direitos do Paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Direito Médico – Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. 3ª ed. Buenos Aires. Hammurabi, 2006.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e Erro Médico sob o enfoque da Responsabilidade Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

COUTO FILHO, António Ferreira e SOUZA, Alex Pereira. *Instituições de Direito Médico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*, 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

_____. COLTRI, Marcos. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 1ª ed. Rio de Janeiro. GZ Editora, 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, 7º vol. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Responsabilidade Civil da Atividade Médica no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FUMAROLA, Luis Alejandro. *Eximentes de responsabilidad civil médica*, 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico – À luz da jurisprudência comentada*, 2ª ed. (2004), 4ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. *Responsabilidade Médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*, 1ª ed. (2001), 7ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, 7º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUIZ, Antônio Filardi. *Dicionário de Expressões Latinas*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade Civil do Médico*. 3ª Ed. São Paulo. LTr Editora, 2006.

MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil por Erro Médico – Doutrina e Jurisprudência*, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MESA, Marcelo J. López. *Tratado de Responsabilidad Médica – Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, dirigido por Marcelo J, Lopéz Mesa. 1ª ed. Buenos Aires: Legis Argentina S.A, 2007.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade Civil dos Médicos – Repensando a Natureza Jurídica da Relação Médico-paciente em Cirurgia Plástica Estética e seus Reflexos em Relação ao Ônus da Prova*. Curitiba: Juruá, 2008.

PANASCO, Wanderby Lacerda. *Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

POLICASTRO, Décio. *Erro Médico e suas consequências jurídicas*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde & Consentimento Informado*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, vol.4, 20ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade Civil do Médico & Erro de Diagnóstico*, 1ª ed.(2002). 10ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. *Responsabilidade Civil na Área da Saúde Privada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2010.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 3ª edição. Campinas/SP: Servanda Editora, 2008.

Referências eletrônicas:

DIREITO, Carlos Alberto Meneses. A responsabilidade civil em cirurgia plástica. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 7, p.11-19, jan./abr. 1997, in VOLTOLIN, Elvis Donizeti. **Responsabilidade civil do médico-cirurgião plástico de cirurgia**

embelezadora: obrigação de meio ou obrigação de resultado? Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1073, 9 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8493>>. Acesso em: 14/03/2012.

PINHEIRO, Reginaldo César. *A reparação civil por danos morais na cirurgia plástica puramente estética: Obrigação de resultado?* In http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9127

SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil no Erro Médico*. http://www.saude.sc.gov.br/gestores/sala_de_leitura/artigos/outros/erro.pdf acessado em 26/05/2011.

http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaracao_de_Genebra_da_Associacao_Medica_Mundial, acessado em 22/01/2012.