



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Rachel Vellasco Gonçalves Silva

Rio de Janeiro
2010

RACHEL VELLASCO GONÇALVES SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Artigo Científico apresentado à
Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro, como exigência para
obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Profa. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Rachel Vellasco Gonçalves Silva

**Graduada pela Universidade
Estácio de Sá- Advogada**

Resumo: A responsabilidade civil do médico é um tema que sempre gerou intenso interesse em diversos setores da sociedade e não só das classes jurídica e médica como poderia parecer em um primeiro momento. O presente estudo visa analisar a imputação da responsabilidade civil deste profissional de forma ampla trazendo a análise do direito comparado e do direito pátrio, o dano iatrogênico, inerente ao próprio tratamento da enfermidade, e a responsabilidade civil decorrente da prática de algumas especialidades como a cirurgia plástica e a anestesia, além de trazer a jurisprudência atualizada de diversos tribunais sobre a questão.

Palavras-chaves: Medico. Responsabilidade Civil. Dano iatrogênico

Sumário: Introdução; 1. A responsabilidade Civil; 2. Breves reflexões sobre o direito Comparado; 3. A responsabilidade civil no direito brasileiro; 4. A natureza da responsabilidade civil do médico; 5. O dano iatrogênico, 6. O erro de diagnóstico; 7. Especialidades médicas que mais geram demandas judiciais; Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a responsabilidade civil médica tornou-se um tema que desperta intenso interesse no seio social, da classe jurídica e principalmente da classe médica. No decorrer deste artigo far-se-á a análise segundo a doutrina da espécie da responsabilidade imputada aos médicos se objetiva ou subjetiva e se a obrigação a que estão vinculados é de meio ou de resultado.

Faz-se uma evolução histórica sobre o tema, como a questão é tratada no direito comparado mostrando a visão de diversos países e a evolução no direito brasileiro.

Cuida-se, ainda, da questão do chamado dano iatrogênico também conhecido como iatrogenia que vem a ser o inerente ao tratamento, seja cirúrgico seja derivado do uso de medicamentos, que não se confunde com o erro médico e não gera responsabilidade

Este artigo traz também a jurisprudência atual de diversos Tribunais Estaduais, dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça, buscando dar a questão a maior profundidade possível com a intenção de verificar se há uniformidade no tratamento do tema nas inúmeras regiões do país que possuem idiossincrasias próprias.

Busca-se, também, de forma sucinta, verificar como é tratada a responsabilidade em algumas especialidades médicas aprofundando no que tange a fundamental questão da cirurgia plástica estética e reparadora tão em voga nos dias atuais devido a procura cada vez maior por estes profissionais.

A relevância do tema reside, ainda, na constante intervenção do profissional da medicina diante das técnicas cada dia mais aprofundadas e a complexidade das novas descobertas. Ademais o fato de ser uma matéria relativamente nova diante do tempo em que a profissão é exercida e do próprio estudo da responsabilidade civil confere ao tema uma análise mais cuidadosa em todos os aspectos, o que se buscará fazer neste estudo.

1-A RESPONSABILIDADE CIVIL

O elemento primário de toda e qualquer responsabilidade é o ato ilícito que tem como elemento caracterizador a conduta humana voluntária no mundo exterior produzindo dano aos direitos de outrem. Essa lesão ao bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa está condicionada a uma conduta, ativa ou omissiva na qual está baseado o ato lesivo.

A voluntariedade da conduta como muito bem esclarece Stoco (2007) não pode ser confundida com a projeção da vontade sobre o resultado, isto é de querer o resultado, de assumir o risco de produzi-lo por atuar com afoiteza, indolência ou incapacidade manifesta. O querer intencional é matéria atinente a culpabilidade em sentido amplo. Já a culpa em sentido estrito traduz o comportamento equivocado do agente despido da intenção e lesar direito, mas que por ser exigível comportamento diverso ensejará a responsabilidade posto que ausente qualquer escusa justificável para seu atuar tendo por base o homem médio. Nesta modalidade de culpa não se quer o resultado nem se assume o risco de sua produção exige-se, apenas, a previsibilidade de sua ocorrência.

Nas precisas lições de Stoco (2007), na culpa, sempre há violação de um dever preexistente, se esse dever é fundado em um contrato, a culpa será contratual, se baseada no preceito geral que manda respeitar a pessoa e os bens alheios *alterum non laedere*, a culpa é extracontratual também chamada de aquiliana.

2- BREVES REFLEXÕES SOBRE O DIREITO COMPARADO

No direito alienígena tal como ocorre com o direito pátrio, a regra é a responsabilidade subjetiva. Kfoury Neto (2007) transcrevendo lições de Alvino e Lima que se dedicaram à análise da matéria em outras ordens jurídicas dispõe que, não obstante as objeções de alguns doutrinadores contemporâneos, aplicam-se por inteiro na França o critério subjetivo de análise da culpa no evento danoso.

Da mesma forma, o direito alemão no Código que rege as relações civis naquele Estado (BGB), prescreve em seu parágrafo 823 o princípio da responsabilidade civil baseada na análise da culpa impondo o dever de indenizar “àquele que dolosa ou culposamente, lesionar de forma antijurídica, a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outrem”. O parágrafo 276 também do BGB é da mesma forma citado pela doutrina como caracterizador da responsabilidade subjetiva posto que se refere de forma expressa a diligência exigível. Malgrado a regra no direito alemão seja a responsabilidade civil subjetiva o parágrafo 833 prevê a responsabilização objetiva do possuidor de animais bem esta está prevista em algumas leis especiais. Tanto na França quanto na Alemanha são extremamente pequenos o número de demandas envolvendo a responsabilidade civil ou mesmo penal do médico.

Tal qual ocorre nos ordenamentos já referidos, a regra no que tange à responsabilidade civil, em Portugal, é a subjetiva, sendo o critério para apreciação da culpa abstrato: “seja quanto o grau de diligência e cuidado, quer quanto a capacidade profissional. Também lá, entretanto, os critérios especificamente observáveis nesta avaliação são utilizados, como o fato de ser o médico especialista e outros.” Kfoury Neto (2007, p.56).

Quanto ao nexos de causalidade, em terras lusitanas, vige o princípio da causalidade adequada. Assim, é ônus do autor demonstrar que o dano por ele sofrido derivou da conduta

do médico e devem ser aplicadas as presunções simples ou de experiência previstas nos artigos 349 e 351 do Código Português para a apreciação das provas. Por essas presunções, aplicando inalações de um fato conhecido para outro desconhecido inspirado em um juízo de probabilidade, na lógica e na intuição humana extrai-se a responsabilidade do profissional. Assim, tendo ocorrido uma lesão em procedimento médico, sendo apurado pela experiência comum que houve um erro culposos, presumir-se-á a responsabilidade que poderá ser elidida pelo profissional. Da mesma forma é a responsabilidade civil do médico em outros países da Europa como Suíça, Itália e a Espanha é subjetiva.

Lima (1963) estabelece que no direito soviético, diferente dos demais diplomas europeus analisados até agora, o Código Civil confere aos Tribunais a discricionariedade para determinar o ressarcimento do dano, ainda que não se verifique qualquer responsabilidade do médico, levando-se em consideração, apenas, a situação patrimonial da vítima e do profissional. Resta configurado nesse caso evidente hipótese de responsabilidade objetiva haja vista que bastará a análise da conduta do médico, do resultado e do nexo de causalidade

King Júnior (1986) informa que nos ordenamentos jurídicos inglês e norte americano baseados na *comum Law*, desenvolveu-se a noção de reparação do dano por meio da análise de casos concretos em uma doutrina prática denominada *medical malpractice* em que predomina o reconhecimento da negligência médica. Nos Estados Unidos as indenizações decorrentes de erro médico vêm sendo fixadas em patamares milionários, fato que tem gerado uma crise, pois, por exemplo, nos Estados da Pennsylvania em 1999 e Mississipi em 2002 foram estabelecidas indenizações de cem milhões de dólares pra casos de *medical malpractice* (King Jr, 1986). Há também Estados que fixaram limites para essas indenizações a fim de possibilitar, inclusive, a continuidade da prática da atividade médica que se tornou demasiadamente onerada pelos seguros de responsabilidade civil.

3- A RESPONSABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Não obstante a edição do Novo Código Civil em 2002, a regra, no que diz respeito à responsabilidade civil do médico, continua a repousar na análise da culpa sendo ônus da vítima provar o dolo ou a culpa do agente para que faça jus à indenização.

Embora o artigo 927 do Código Civil preveja hipótese de responsabilidade objetiva para aquele que exerça atividade que normalmente implique riscos para direitos de outrem, este artigo não se aplica aos médicos por duas razões simples: A primeira é que o artigo 951 prevê a responsabilidade daquele que no exercício de atividade profissional, por negligência venha a causar morte do paciente, agravar-lhe o mal ou inabilitá-lo para o trabalho, sendo esse artigo especial em relação ao artigo 927, a segunda razão é que a atividade médica, via de regra, não gera qualquer risco para o paciente.

Alcântara (1971) defende a responsabilidade objetiva do médico expondo que com elementos objetivos manuseamos muito mais desembaraçadamente a conduta do médico. Ao juiz não se exigirá que descubra o que se esconde no âmago das almas litigantes, como gostariam os que defendem uma análise subjetiva. O autor discorre, ainda, que na era dos computadores, é possível com cálculos se determinar uma incógnita desde que conhecidos alguns fatores concretos. A medicina de hoje tem muito pouco de abstrata.

Malgrado a posição do autor, a jurisprudência têm entendido que a regra no que se refere a responsabilidade civil médica é que esta seja subjetiva e de meio ressalvadas algumas especialidades como a radiologia e a cirurgia plástica estética onde a responsabilidade será analisada de forma objetiva.

É bom que assim o seja, porque, ao existirem inúmeros casos de responsabilidade objetiva conduziria a aplicação da teoria do risco integral em que não se admite qualquer causa de exclusão da responsabilidade. Stoco (2007) ressalta que com

exceção de situações pontuais expressamente previstas pelo ordenamento jurídico como no caso de danos nucleares (CR/88, art. 21, XXIII), de danos causados por atentados terroristas, atos de guerra ou correlatos contra aeronaves brasileiras de transporte aéreo público (lei 10.744 de 09.10.2003) é exigida a análise da culpa ou possível a alegação de excludente de responsabilidade nos casos de responsabilidade objetiva.

Dias (apud Stocco, 2007) disserta que torna preciso observar que o contrato médico não é de cura, obrigação de resultado, mas de prestação de cuidados atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Na obrigação de meio o que é exigido do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Esse tipo de obrigação é característico dos contratos de prestação de serviços sejam eles médicos, publicitários ou advocatícios

Em resumo, o que é relevante para se estabelecer a responsabilidade do médico é a relação entre a sua conduta culposa e o dano causado ao paciente.

4 - NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A antiga previsão incursa no artigo 1.545 do Código Civil de 1916 dispunha que os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas seriam obrigados a reparar o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia em seus atos profissionais, resultasse a morte, incapacitação, ou ferimento. Essa previsão gerava polêmica a respeito de sua natureza da responsabilidade se delituosa ou contratual, posto que o referido artigo se encontrava entre os que diziam respeito a culpa aquiliana. A responsabilidade civil dos médicos, via de regra, restará caracterizada quando presentes a conduta voluntária, o dano e o nexo de causalidade. Portanto fazem-se necessários dois requisitos: o subjetivo caracterizado pelo dolo e culpa e o

objetivo que é o risco e a equidade. Assim, vê-se que a responsabilidade civil do médico é subjetiva baseada na culpa *stricto sensu* devendo ser comprovada a imperícia, a negligência ou a imprudência.

Oportuno fazer referência aos comentários de Bevilacqua (1984) ao artigo 1.545 do Código Civil de 1916 (atual 951 do CC/02) que tratava dos profissionais da saúde, o referido autor defendia que a responsabilidade por atos profissionais, que produzissem morte, inabilitação ou ferimento, fundava-se na culpa, tendo a disposição o fito de afastar a escusa de ser o dano um acidente no exercício da profissão. O direito exigia, ainda, desses profissionais que exercessem a sua arte segundo os preceitos por ela estabelecidos de forma objetiva, com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos pacientes. Sendo esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la tão imperioso que a lei repressiva lhes pune as infrações.

Nesse sentido deve-se diferenciar a culpa ordinária da profissional. A ordinária resta configurada, por exemplo, quando o cirurgião comparece à cirurgia em estado de embriaguez ou após fazer uso de substância entorpecente. O erro de diagnóstico revela, por sua vez, a culpa profissional.

O magistrado não estará vinculado ao laudo pericial que muitas vezes estará eivado do espírito corporativista que impera na matéria. Caso se impusesse o dever de observância pelo magistrado do laudo pericial emitido o perito este se converteria em real julgador da demanda.

Para França (1997) a negligência médica caracteriza-se pela inação, indolência, inércia ou passividade. É um ato omissivo. Para o autor, a conduta negligente faz-se presente no abandono de paciente, na omissão no tratamento e na inação diante da omissão de outro profissional. Haveria, ainda, responsabilização por negligência na prática por pessoal técnico

de atividade típica autorizada pelo médico, ou ainda, quando a letra do profissional levar o farmacêutico a fornecer medicamento diverso do prescrito.

Oliveira (2008) afirma que na atualidade, pode-se afirmar que, via de regra, a responsabilidade civil do médico, sem embargo de ter sido tratada pelo legislador entre os casos de atos ilícitos, é vista unicamente como responsabilidade contratual como dizem José de Aguiar Dias (1979), Manoel Kfoury Neto (2007) e Silvio Rodrigues (1987), ressalvados alguns casos de responsabilidade civil em sentido estrito (extracontratual).

A autora esclarece também que a diferenciação da natureza da culpa, se contratual ou extracontratual, está sendo abandonada pela doutrina atual que nela não vê maior utilidade. Se inexistir diferença ontológica entre as duas modalidades de responsabilidade, pois sob qualquer prisma haverá culpa, presente estará o dever de indenizar.

Todavia, existindo contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o inadimplemento total ou parcial ou a mora.

Enquanto não houver de fato essa unificação pode-se dizer que persiste as duas naturezas para responsabilidade civil derivada da relação médico/paciente. Será contratual quando derivada de um contrato livremente estabelecido entre o profissional e o paciente, contrato esse que não precisa ser necessariamente escrito como ocorre na maioria dos casos. De outro lado será extracontratual quando circunstâncias outras colocarem frente a frente como no caso de acidente em via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz. Será também extracontratual a relação entre o médico servidor estatal e o paciente, bem como daquele que atende em clínica ou hospital em que é obrigado por contrato a atender todos aqueles que se dirigem àquela entidade.

4.1 - Natureza do contrato firmado entre médico e paciente

Sobre o tema paira divergência havendo três posicionamentos doutrinários. Para um primeiro entendimento esse contrato deve ser entendido como um contrato de mandato. Juridicamente o termo mandato significa o poder dado a uma pessoa para representar outrem. Assim, o médico deveria ser considerado como um mandatário do paciente. Essa teoria deita raízes no direito romano onde se dividia os trabalhos em manuais e liberais sendo que no casos dos profissionais liberais era afastada a remuneração. Vieira (2001) esclarece que essa teoria é a mais tradicional aplicada aos profissionais liberais devendo ser afastada sua aplicação ao contrato médico visto que não fosse razoável entender que o médico se sujeitasse às instruções do paciente como no caso do contrato de mandato.

Um segundo posicionamento trazido pela doutrina é defendido por Oliveira (2008) que vê nesse contrato similitudes com um contrato de locação de serviços onde um trabalhador põe à disposição do locatário sua atividade mediante recebimento de remuneração por conta e risco desse. Nesse contrato há certa subordinação posto que o locador trabalha sob ordens e determinações do locatário.

Finalmente, uma terceira corrente, com muitos seguidores na doutrina, é no sentido de que é um contrato *sui generis* ou inominado. Segundo essa posição a relação médico-paciente estaria regida por um contrato inominado, não tipificado pelo ordenamento jurídico dotado de características próprias que o tornam distinto dos demais que têm por objeto o trabalho humano.

5 - O DANO IATROGÊNICO

De acordo com Sorin (apud Carvalho de 2009) o dano iatrogênico seria todo prejuízo causado por um médico em pessoas sadias ou enfermas.

Riú (1891) associa a iatrogenia a uma síndrome não punível caracterizada por um dano inculpável no corpo ou na saúde do paciente como consequência de uma aplicação terapêutica.

Carvalho (2009) ao discorrer sobre o tema esclarece que a expressão doença iatrogênica deriva da expressão *iatron* que vem a ser o local onde os médicos davam consultas e guardavam seus instrumentos. Estão abrangidas nessa expressão as doenças decorrentes do emprego de medicamentos, atos cirúrgicos e outros tratamentos feitos pelo médico ou seus auxiliares.

Ainda, em sede de premissas, deve-se se colocar em pauta, que a obrigação do médico é de meio, e, dada a imperfeição da medicina é inerente a lesão previsível, a iatrogenia, que corresponde ao dano necessário e esperado do atuar médico afastando a responsabilidade civil.

A iatrogênica deve ser entendida como o mal causado em pessoas sadias ou doentes, através do uso de técnicas e medicamentos necessários para vencer crises ou surtos. Esta não dá azo à responsabilidade civil e a consequente obrigação de indenizar. Apenas as lesões previsíveis, esperadas ou não, decorrentes do procedimento podem ser conceituadas como iatrogênicas. Assim, lesões decorrentes da falibilidade humana cuja causa seja a imprudência, a imperícia ou a negligência não serão considerados danos iatrogênicos (quase ilícito) não excluindo a responsabilidade.

Vê-se, assim, que o dano iatrogênico é identificado pelos seguintes requisitos: a previsibilidade da seqüela e a necessidade de sua produção para o tratamento a ser realizado.

A iatrogenia vem sendo expressivamente reconhecida pela jurisprudência. A 12ª Câmara Cível o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação 0106857-58.2006.8.19.0001 2008.001.61749) em 05/02/2009 afastou a responsabilidade civil do Estado em virtude da ocorrência do dano iatrogênico por ser a iatrogenia consequência natural e inevitável do tratamento médico, não tendo o condão de gerar obrigação do profissional que obrou com o zelo e a perícia, pois se assim o fizer, estar-se-ia colocando-o na posição de segurador universal, o que não é aceito no ordenamento jurídico pátrio

O Tribunal Regional Federal da Segunda Região em processo de relatoria do desembargador Poul Erik Dyrland (2006.51.17.000015-1) em 15/09/09 reconheceu o dano iatrogênico em processo movido por paciente em face do Estado em virtude de cirurgia na qual decorreu a perda parcial da voz na medida em que o laudo pericial sustentou que a cirurgia foi corretamente indicada, tendo a enfermidade da paciente antecedido à cirurgia. No caso, foi constatando no pré-operatório, que a autora era tabagista de longa data sendo apurado em videolaringoscopia que a autora era portadora de edema de Reinke bilateral (irritação das cordas vocais pelo fumo) que poderia levar a rouquidão crônica.

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Cível 430867) em 06/07/2009 afastou a responsabilidade civil do Estado decorrente de cirurgia para tratamento de incontinência urinária de esforço, em que, após a cirurgia, a paciente sofreu uma complicação denominada “fístula vesico-vaginal”, que agravou os sintomas de incontinência urinária. No caso, o laudo pericial apurou que a técnica cirúrgica utilizada era adequada ao tratamento da doença e que a possibilidade de ocorrência de fístula vesico-vaginal é prevista na literatura médica.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (Agravo 1209247) em 29/10/2009 entendeu que não há que se falar em iatrogenia no exame de HIV falso positivo realizado por laboratório conveniado ao Estado do qual decorreu uma cirurgia de laqueadura tendo havido

precipitação da equipe médica do hospital que poderia aguardar a contraprova. Segundo o Tribunal, a autora foi induzida a manifestar um consentimento diante de uma situação errônea e diante do desespero, “consentiu” com a intervenção cirúrgica desnecessária.

6 - O ERRO DE DIAGNÓSTICO

O diagnóstico segundo Stoco (2007) consiste na determinação da doença do paciente, seus caracteres e suas causas. Kfuri (2007) dispõe que a determinação da responsabilidade civil médica decorrente de erro de diagnóstico, revela-se muito difícil, porque se adentra em um campo estritamente técnico o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir em termos absolutos a infalibilidade médica.

Do mesmo modo, Cahali (2005) prescreve que não se recomenda uma generalização mais ampla, tendo em vista a falibilidade ainda existente na ciência médica e laboratorial, a reclamar como pressuposto da responsabilidade civil uma análise mais aprofundada da culpa do causador do dano

O erro de diagnóstico caracteriza-se pela eleição de tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso. O erro é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo, grosseiro. Assim, qualquer erro de avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se um médico prudente não o cometesse, atuando nas mesmas condições externas que o demandado.

Vê-se, portanto, que o erro de diagnóstico por si só não gera o dever de indenizar o dano moral. Neste sentido Stoco (2007) dispõe que o erro de diagnóstico, como regra, não gera responsabilidade, salvo se tomado sem atenção e precauções, tratando-se de erro

grosseiro e manifesto devendo, ainda, para que haja responsabilidade, ter havido dano ao paciente em razão do diagnóstico equivocado.

Assim, para que seja imposta a responsabilidade pelo erro ao diagnosticar, deve-se indagar se à luz da ciência moderna e do avanço médico-tecnológico poderia o profissional obter esta certeza. Se a resposta for afirmativa restará caracterizada sua culpa pela negligência em submeter o paciente a estes exames, ressalvados os diagnósticos firmados em localidades com recursos tão precários que inviabilizam a análise mais aprofundada do paciente.

Se a resposta a indagação for negativa não se poderá falar em culpa, pois o equívoco transmutado em erro profissional, não foi querido, desejado, nem nas circunstâncias se poderia exigir maior cuidado ou precisão médica.

Stoco (2007) defende a aplicação da teoria da perda de uma chance para os diagnósticos tardios e equivocados que causarem complicações ao paciente causando uma sobrevivência menor. Essa também parece ser a posição adotada pela jurisprudência de alguns Tribunais havendo também manifestação do Superior Tribunal de Justiça neste sentido.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul aplicou a teoria no caso em que a paciente recebeu tratamento para cólicas renais, por aproximadamente dois dias e meio, sem que houvesse evolução do quadro tendo a prova evidenciado que a mesma apresentava quadro de apendicite aguda, que evoluiu para resultado irreversível. O Tribunal no caso entendeu que ao embelecerem diagnóstico equivocado privaram a paciente de maior chance de sobrevivência, pois o diagnóstico correto foi estabelecido muito tardiamente, quando a paciente já estava com um quadro avançado de apendicite e infecção generalizada abdominal. (Apelação Cível Nº 70029719267 julgada em 09/12/2009).

Em outra oportunidade, o mesmo Tribunal aplicou a teoria em demanda em que o paciente foi submetido a procedimento cirúrgico no nariz (septoplastia mais turbinectomia bilateral) tendo procurado atendimento após a cirurgia por apresentar sintomas de anorexia,

palidez, vômitos e fraqueza sintomas que não eram comuns ao tipo de procedimento cirúrgico realizado tendo havido diagnóstico impreciso e tardio acerca dos sintomas decorrentes de um quadro inicial de Cetoacidose diabética, que acabou culminando com o falecimento do paciente. (Apelação Cível Nº 70031673221 Julgada em 16/12/2009)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicou a perda de uma chance em duas oportunidades. Na primeira, o Paciente apresentava sintomatologia de úlcera duodenal sendo internado e tratado de obstrução intestinal, recebendo alta sem que se realizasse exame com duodenoscópio (instrumento utilizado para examinar o interior do duodeno) tendo morrido no dia seguinte ao da liberação por hemorragia decorrente de úlcera duodenal sangrante. (Apelação 5648664000. Data do julgamento: 13/08/2009). Aplicou também a teoria em demanda na qual ficou provado que por ter o hospital deixado de investigar a capacidade pulmonar de recém-nascida que procurou por duas vezes atendimento com quadro previsível de pneumonia, retirou-lhe a chance de sobrevivência posto que efetuou internação tardia com consequente óbito. (Apelação 5197054100 Data do julgamento: 16/04/2009).

Finalmente, o Superior Tribunal de Justiça em julgado de 19/11/2009, Agravo 1212569 aplicou a teoria no caso de morte de paciente que após ter sofrido acidente vascular cerebral teve sua morte cerebral equivocadamente diagnosticada retardando a realização de cirurgia que poderia ter dado maiores chances de sobrevivência ao paciente que permaneceu em coma por cerca de seis meses antes de falecer. merecendo ser transcrita parte de seu voto haja vista seu conteúdo esclarecedor: “Surge a segunda questão: este erro de diagnóstico foi decisivo para a morte de Caio, ou esta adviria de qualquer forma? É claro que o quadro de Caio era grave, gravíssimo, apresentando aneurisma cerebral. No entanto, adotando-se a teoria da perda da chance, entendo que há nexos de causalidade entre o aludido erro de diagnóstico e o óbito.”

Não obstante o artigo 927 do Código Civil preveja a responsabilidade objetiva daqueles que exercem atividade que gere risco inerente aos direitos de outrem, esse dispositivo não tem aplicabilidade a responsabilidade civil dos médicos. Sérgio Cavalieri Filho (2003) conclui que a responsabilidade civil prevista neste diploma legal só resta configurada quando a natureza dos serviços prestados gerar para o fornecedor uma obrigação de resultado, e não apenas de meio como é o caso do médico.

7 - ESPECIALIDADES MÉDICAS QUE MAIS GERAM DEMANDAS POR RESPONSABILIDADE CIVIL

Não obstante a medicina sofrer cada vez mais subdivisões, deve-se analisar analisarmos, as três especialidades médicas que mais geram divergências na doutrina e demandas judiciais a anestesiologia, a ortopedia e a cirurgia plástica.

7.1-Anestesiologia

Stoco (2007) estabelece que é obrigatória a presença do médico anestesista em qualquer cirurgia extensa, informando que o seu atuar tem início antes mesmo deste procedimento sendo-lhe imposto fazer a amamnese, ou seja um pesquisa prévia sobre as condições do paciente, a existência de doenças preexistentes, alergia a algum produto ou medicamento e a análise de sua higidez à luz dos exames requeridos pelo médico cirurgião ou por ele próprio quando necessários. Assim, vê-se que a avaliação pré-anestésica é de

fundamental importância e, se comprometer o ato anestésico, impor-se-á a responsabilidade que poderá ser solidária se o procedimento pré- anestésico for feito por outro profissional.

Dias (1979) ao se referir à responsabilidade civil desses profissionais reproduz regras que, observadas, os preservariam da imputação da responsabilidade civil. Segundo o autor, não deve ser o risco da anestesia maior do que o do procedimento, deve-se ter a autorização do paciente para o uso da anestesia e testemunhas de sua aplicação, devem ser feitos exames prévios no paciente, inclusive laboratoriais e de peças dentárias. Não se deve proporcionar anestesia em operações ilícitas como abortos, contrárias a moral como a reconstituição do hímem ou fraudulentas como a cirurgia plástica para se fazer passar por outra pessoa. Finalmente, o anestesista jamais deve usar drogas anestésicas fora de seu fim precípua de aliviar a dor. Ressalva o autor que algumas destas regras podem ser afastadas em situações emergenciais.

Stoco (2007) prescreve que o choque anafilático que vem a ser a reação exagerada do organismo do paciente ao medicamento ou o aumento da sensibilidade do organismo a determinado produto ou substância geralmente pode ser evitado, tomadas precauções e realizados os procedimentos exigíveis pelo atual estágio da ciência, sendo sua ocorrência um indício em desfavor do anestesista.

Penasco (1984) esclarece que a obrigação desses profissionais é de resultado, nessas o devedor assume a obrigação de alcançar um resultado objetivo, de conseguir um efeito determinado. Em sentido contrário, Neto (2007) defende que os anestesistas têm obrigação de meio, afirmando que é fundamental o devedor do dever de cuidado, o médico, aplique todos os meios apropriados para obter a cura, não podendo ser responsabilizado por resultados inesperados incumbindo-lhe a prova de haver atendido esse requisito.

Se a questão não é pacífica na doutrina, a jurisprudência também têm sido reticente no que diz respeito à definição da espécie de obrigação imposta ao anestesista se de meio ou

de resultado. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro bem como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo têm se posicionado no sentido de que a obrigação é de meio devendo ser analisado se o profissional observou o dever de diligência.

Adotando esse entendimento, o Tribunal do Rio de Janeiro afastou em 21/02/2006 o direito a indenização em demanda proposta por cônjuge pela morte de sua esposa decorrente de parada cardiovascular durante cirurgia (Apelação 0049585-24.1997.8.19.0001) e o Tribunal de Justiça de São Paulo em 09/03/2010 afastou a responsabilidade por complicações decorrentes do uso de anestesia durante o parto (Apelação 994010328327). Esse também foi o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em 10/03/2009 no julgamento do Recurso Especial 351178/SP quando afastou o dever de indenizar do Hospital por morte decorrente de anestesia.

Em sentido oposto, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região reconheceu de forma categórica em 02/12/2003 em processo de relatoria do Desembargador Reis Friede que a responsabilidade civil do anestesista é de resultado: “Ademais, a verossimilhança do direito da autora reforça-se pelo fato da responsabilidade médica anestésica ensejar uma obrigação de resultado, mediante a qual o anestesista compromete-se com o resultado (retirar a dor, sem deixar seqüelas), irrelevante o procedimento adotado”. (AGI 53600).

O mesmo Tribunal em curiosa decisão proferida em 18/01/2006, no processo 1999.51.01.012495-5 determinou a aposentadoria com proventos integrais à militar que teve lesões permanentes decorrentes de anestesia durante procedimento realizado em Hospital da Marinha, no caso o autor tinha sido reformado com proventos proporcionais por ter o Estado entendido que a lesão não tinha relação com o serviço militar.

O Conselho Federal de Medicina no artigo 1º inciso IV da Resolução 1.802 de 04/10/2006 impõe que o profissional tem durante a realização da anestesia o dever fundamental como integrante da equipe cirúrgica, de permanecer todo o tempo junto ao

doente, até a total recuperação dos efeitos da anestesia. Considera, ainda, atentatório à ética médica anestésias simultâneas, em pacientes distintos, pelo mesmo profissional.

Grande discussão surge quando o procedimento é realizado por equipe médica da qual faça parte o anestesista ou com a qual tenha atuado.

Le Torneau (1976) dispõe que na França nota-se certa tendência da doutrina em considerar como autônoma a responsabilidade do anestesista, todavia, caso reste caracterizado o trabalho em equipe, sem possibilidade de se individualizar a atuação de cada profissional, impõe-se responsabilizar a todos e não só o anestesista ou o chefe da equipe pela lesão causada ao paciente durante o procedimento.

No Brasil, Cavalieri Filho (1996) defende a responsabilização isolada de cada médico por seu atuar durante a cirurgia haja vista que não obstante atuem em conjunto o aprimoramento das técnicas cirúrgicas permitem fazer nítida divisão das tarefas entre os vários médicos em uma mesma cirurgia. No mesmo sentido Gonçalves (2003) e Stoco (2007). Esse também parece ter sido o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível 2324414400, julgada em 27/06/2007. No caso, o Tribunal afastou a denúncia da lide feita pelo hospital à equipe médica, admitindo-se esta quanto ao anestesista. A demanda fora ajuizada por familiares de paciente que após realização de cirurgia de no joelho sofreu complicações decorrentes da anestesia com graves e irreversíveis danos neurológicos devido a demora na avaliação e tratamento necessários diante das complicações pós-operatórias.

7.2 - Ortopedia

A responsabilidade civil dos ortopedistas não gera muitas divergências. A atividade, via de regra, é gerida por uma obrigação de meio haja vista que algumas intervenções

cirúrgicas realizadas por eles revertem-se de intensa complexidade, com relevante grau de risco a elas inerente. Devendo o médico utilizar a melhor técnica para sua realização não sendo exigível o pleno sucesso do procedimento.

Kfuri Neto (2007) ressalva que a obrigação no que tange à colocação de aparelho gessado é de resultado, podendo ser o médico responsabilizado solidariamente quando delega a outrem sua colocação, situação bastante comum no dia-a-dia hospitalar. Existe um dever do profissional de acompanhar a evolução do gesso e de prestar atenção as queixas feitas por seu paciente que podem indicar compressão excessiva, falta de circulação, gangrena e outros efeitos, flagrantemente previsíveis. Este foi o caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 18/04/2007 na apelação com Revisão 1475464900 em que a colocação incorreta de bota gessada na panturrilha do paciente culminou em uma trombose e a consequente amputação do membro.

7.3 - A Cirurgia Plástica reparadora e estética

Segundo Penasco (1979), a cirurgia plástica como ramo dissociado da cirurgia geral surgiu em 1914 como adaptação funcional para readaptação dos soldados traumatizados na primeira guerra mundial. Porém foi somente em 1930 que surgiu na França a primeira sociedade científica ligada à cirurgia plástica.

Aguiar Dias (1979. p. 303) observa que a cirurgia estética está ligada a aspecto eminentemente moderno da medicina não contando com muita benevolência pelos Tribunais, “naturalmente impressionados por esta feição menos nobre da cirurgia estética posta a serviço da vaidade fútil ou dos até hoje inexequíveis processos de rejuvenescimento”.

Em verdade, esse rigor dos Tribunais observado por Dias tem sido enfatizado, apenas com relação à cirurgia plástica meramente estética, posto que chamada plástica

reparadora é considerada tão necessária e imprescindível quanto qualquer outra intervenção cirúrgica, pois tem a mesma finalidade terapêutica das demais.

A regra, no que diz respeito à cirurgia, é de que a responsabilidade é subjetiva e a obrigação é de meio devendo haver o recrudescimento dos deveres de informação que deve ser exaustiva e do consentimento que deve ser expresso e claramente manifestado. Essa regra geral é aplicável sem qualquer ressalva às cirurgias reparadoras havendo divergência doutrinária sobre a aplicabilidade do dever de resultado para as cirurgias plásticas ditas estéticas.

Adorno (1993) após ter defendido a idéia de que a obrigação seria de resultado, mudou seu entendimento passando a defender que não se deve fazer distinção entre esta modalidade de cirurgia e as demais. O autor colocou também a cirurgia plástica no âmbito das obrigações de meio, isto é, no campo das obrigações gerais de prudência e diligência sendo irrelevante se o cirurgião se comprometeu, ou não, com o resultado esperado.

Esse mesmo entendimento é adotado por Foster (1997) em estudo específico sobre o tema no qual afirma que determinados resultados, como a ocorrência de quelóides escapam do controle do cirurgião devendo assim ser imposta a responsabilidade com base na obrigação de resultado

Oliveira (2008) do mesmo modo também defende que a responsabilidade civil do cirurgião plástico deve ser de meio visto que, sobre o corpo humano, os resultados são imprevisíveis haja vista que cada organismo pode reagir de forma diferente à intervenção cirúrgica, não podendo o cirurgião assegurar o resultado ansiado.

Não obstante o entendimento adotado pelos autores, a posição amplamente majoritária na doutrina é de que a obrigação na cirurgia plástica estética é de resultado, neste sentido Rodrigues (1987) e Aguiar Dias (1979).

Pereira (1993) também defendia que a obrigação do cirurgião plástico estético seria de resultado e não de meio posto que com ela o paciente busca corrigir uma imperfeição ou melhorar a aparência, não seria um doente em busca de tratamento e o médico não se engaja em sua cura, mas em propiciar-lhe o resultado pretendido, e, caso não tivesse condições de consegui-lo, não deveria sequer efetuar a intervenção.

Stoco (2007) diz que é extremamente difícil sustentar a tese de que a responsabilidade do cirurgião plástico estético seria de meio. A promessa de resultado seria ínsita a este tipo de procedimento e a propaganda maciçamente feita destas cirurgias afirma o sucesso de intervenções desta natureza mostrando, inclusive, imagens do “antes e depois” dos pacientes dando azo a expectativas quanto ao resultado.

Na verdade, quando alguém que está bem de saúde e procura um cirurgião plástico para melhorar algum aspecto seu que não lhe agrada quer exatamente esse resultado, a melhoria da aparência e não apenas que o cirurgião se empenhe atuando com diligência e conhecimento, caso contrário de nada adiantaria arriscar-se e gastar quantia substancial no ato cirúrgico.

Stoco (2007) diferencia a responsabilidade dos médicos nas cirurgias plásticas em duas espécies, aquelas em que não se consegue o resultado esperado e aquelas em que há um agravamento ou uma lesão estética no paciente. Para a primeira defende o autor que há apenas o dano material devendo o cirurgião restituir o valor pago pela cirurgia. Já no caso de ser causado dano estético ao paciente, além de restituir o que este pagou deverá submeter o lesado a nova cirurgia para corrigir o defeito por ele causado, ou caso o paciente prefira, custear a cirurgia com outro profissional que detenha sua confiança. Na hipótese do dano ser irreversível sustenta o autor que deve o cirurgião além de devolver o *quantum* recebido pela cirurgia indenizar a vítima pelo dano estético e moral por ele causado.

O Tribunal Regional Federal da primeira região em 23/08/2002 aplicou a responsabilidade objetiva no caso de paciente que ficou tetraplégica após mamoplastia redutora (Ag 2002.01.000296434) espécie de procedimento cirúrgico que para alguns não tem cunho meramente estético. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na apelação civil 0121336-27.2004.8.19.0001(30/03/2010) reconheceu que a obrigação na cirurgia plástica estética é de resultado, da mesma forma o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação 994090356578 (29/04/2010) e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação 70031967797 (10/03/2010). Por fim, dirimindo qualquer questionamento a respeito do tema o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento uníssono no sentido de que a obrigação do cirurgião plástico estético é de resultado e não de meio, como deixou assentado no recurso especial 236708 originário do Estado de Minas Gerais julgado em fevereiro de 2009.

CONCLUSÃO:

Via de regra pode-se observar certa tendência no direito brasileiro de se impor cada vez mais a responsabilidade objetiva às relações jurídicas. O Código de defesa do Consumidor, Lei 8072/90, prevê esta espécie de responsabilidade para os danos oriundos das relações de consumo, como é o caso da firmada entre paciente e hospital. Impõe-se ainda a responsabilidade objetiva ao Estado por expressa disposição constitucional e a uma série de pessoas como os pais e os empregadores por determinação do Código Civil.

Além da responsabilidade objetiva a Constituição prevê responsabilidade pelo risco integral por danos nucleares. Estes diplomas ao dispensar a análise sobre a culpa busca conferir maior efetividade à tutela jurisdicional possibilitando maior chance de sucesso diante da dificuldade muitas vezes existente de se provar a culpa do réu.

Não obstante a imposição da responsabilidade objetiva aos hospitais particulares e públicos onde o tratamento é realizado percebe-se que salvo em casos extraordinários como a cirurgia plástica estética e a anestesia a jurisprudência de todos os Tribunais pesquisados e a doutrina majoritária, têm imposto aos médicos, de forma acertada, a responsabilidade civil subjetiva. Neste caso, se faz a análise da conduta do profissional de acordo com os padrões existentes a época do tratamento verificando se ele deveria ou poderia atuar de forma diversa.

Correta a responsabilização dos médicos de forma subjetiva e a imposição da obrigação de meio, haja vista que caso se dispensasse ao paciente a prova da culpa do profissional, muitos médicos deixariam de exercer a atividade devido ao alto risco de serem responsabilizados civilmente não pelo erro, mas por frustrar as expectativas e muitas vezes os caprichos dos pacientes.

A atividade médica, como toda a atividade humana não é uma atividade matemática e isenta de erros devendo ser analisada a conduta de cada médico em cada procedimento para, só então, se impor a responsabilidade, não podendo o profissional, em qualquer caso, ficar vinculado ao sucesso do tratamento.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Luiz. *La responsabilidad civil médica*. Porto Alegre: Ajuris, 1993. n. 59.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

AGUIAR FILHO, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do médico*. Direito e Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. *Responsabilidade médica*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1971.

BEVIAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Ed histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro Médico- sob o enfoque da responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2003.

FOSTER, Nestor José. *Cirurgia Plástica e Estética: obrigação de resultado ou obrigação de meio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FRANÇA, Genival Velloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guarabara-Koogan, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KING JR. Joseph H. *The law of medical malpractice*. 2. ed. St. Paulo: West Publishing, 1986.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: RT, 1963.

NETO, Manoel Kfuri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Mariana Massara de. *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Curitiba: Juruá, 2008.

PENASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade civil, penal e ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PENASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

RÍU, Jorge Alberto. *Responsabilidad profesional de los médico*. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1891.

RODIGUES, Silvio. *Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOURNEAU, Philippe Le. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1976.

VIEIRA, Luzia Chaves. *Responsabilidade Civil médica e Seguro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.