



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

KATIA RAMOS PRATES

**O ERRO DE DIAGNÓSTICO NO DIREITO BRASILEIRO: A
MARGEM DISCRICIONÁRIA DA MEDICINA E A
NECESSÁRIA PROTEÇÃO AO PACIENTE**

Salvador
2017

KATIA RAMOS PRATES

**O ERRO DE DIAGNÓSTICO NO DIREITO BRASILEIRO: A
MARGEM DISCRICIONÁRIA DA MEDICINA E A
NECESSÁRIA PROTEÇÃO AO PACIENTE**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Ana Thereza Meirelles Araújo

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

KATIA RAMOS PRATES

**O ERRO DE DIAGNÓSTICO NO DIREITO BRASILEIRO: A
MARGEM DISCRICIONÁRIA DA MEDICINA E A
NECESSÁRIA PROTEÇÃO AO PACIENTE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

A Deus, por tudo!

AGRADECIMENTOS

A minha filha, por dar sentido a tudo o que faço.

Aos meus pais, pelos ensinamentos e por todo amor que me dedicam.

A Victor, por acreditar e incentivar este meu projeto.

Aos meus amigos, pelo carinho e presença constante em todos os momentos.

A minha orientadora, Ana Thereza Meireles, pela paciência e atenção.

“Quem não sabe o que busca, não identifica o que acha.”

Immanuel Kant

RESUMO

O presente trabalho se dispõe a analisar da responsabilidade civil médica pelo erro de diagnóstico e identificar os limites impostos pelo Direito em conjunto com a Medicina, em busca da necessária proteção ao paciente, diante de sua vulnerabilidade técnica. Para alcançar este objetivo, é importante definir quais os princípios que regem a relação médico-paciente, bem como identificar os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil e a médica. Para tanto, a pesquisa aborda e define alguns conceitos norteadores, como a conduta profissional, os danos causados, o nexo causal e a culpa, sendo este último conceito de suma importância para atribuir ao médico o dever de reparar o dano que causar. A pesquisa também se propõe a estudar outros institutos, como o erro médico, o erro de diagnóstico e a iatrogenia e, em que medida a ocorrência de alguns deles acarretará ao profissional médico o dever de indenizar ou, em que situações a obrigação de reparar o dano causado será afastada. Esta delimitação quanto aos elementos, pressupostos para ocorrência da responsabilização médica ganha relevância em razão da discussão acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) às relações médicas. Por fim, esta monografia analisa a aplicação da teoria da perda de uma chance adaptada às atividades médicas. Evidencia, ainda, as dificuldades que o profissional encontra em alguns casos, considerando as diversas variáveis que tornam complexa a atividade de diagnosticar, bem como, sem ser injusto com o médico, busca encontrar a necessária proteção ao paciente vulnerável.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do médico; Erro médico; Erro de diagnóstico; Iatrogenia; relação médico-paciente.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
APL	Apelação
CC/2002	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CEM	Código de Ética Médica
CDC	Código de Defesa ao Consumidor
CP	Código Penal
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE NA CONTEMPORANEIDADE	12
2.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE À LUZ DA BIOÉTICA	13
2.1.1 Não maleficência e beneficência	13
2.1.2 Autonomia privada e o consentimento livre e esclarecido	16
2.1.3 Justiça	19
2.2 DIREITOS E DEVERES RECÍPROCOS DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO MÉDICA	20
2.3 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE: PACIENTE CONSUMIDOR X CONTRATO “ <i>SUI GENERIS</i> ”	21
3 RESPONSABILIDADE CIVIL	24
3.1 ASPECTOS GERAIS E CONCEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO NORTE À PROTEÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	26
3.2 PRESSUPOSTOS RELATIVOS À CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO	29
3.2.1 Conduta	29
3.2.2 Dano	30
3.2.3 Nexo de causalidade	32
3.3 ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO	33
3.3.1 O contrato médico	35
3.3.2 A culpa médica	35
3.3.2.1 Conceito de culpa na relação médico-paciente	36
3.3.2.2 características e aspectos gerais acerca da configuração da culpa na relação médico-paciente	37
3.4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE MÉDICA E A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR	40
4 O ERRO DE DIAGNÓSTICO E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO	43
4.1 ERRO DE DIAGNÓSTICO X ERRO MÉDICO	43
4.1.1 Conceitos	43

4.2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	48
4.2.1 A possibilidade de indenizar diante de diagnósticos médicos equivocados ou imprecisos	50
4.3 IATROGENIA	51
4.3.1 Breves noções conceituais de iatrogenia	52
4.3.2 Iatrogenia como causa excludente de responsabilidade médica	54
4.3.3 Erro médico e a iatrogenia	56
4.4 CRITÉRIOS QUE JUSTIFICAM A MARGEM DISCRICIONÁRIA DA MEDICINA NA ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	62
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O erro de diagnóstico é um assunto relativamente recorrente no dia a dia das pessoas, bem como na doutrina e jurisprudência.

O crescente número de ações indenizatórias oriundas de supostos erros médicos merece atenção. Isso se deve, principalmente em razão da confiança e respeito perdidos entre o profissional e o paciente, por conta da massificação dos serviços de saúde.

Este trabalho se propõe a estudar os limites da responsabilização médica relacionada ao erro de diagnóstico e analisar a gravidade e consequências destes erros provenientes de mau atendimento e displicência médica.

Desta forma, a escolha do tema afigura-se sobremaneira relevante por ser a vida um bem constitucionalmente tutelado e indisponível.

Portanto, para tratar do assunto em comento, este trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro traçará um panorama geral acerca da relação médico-paciente contemporânea e os princípios que norteiam esta relação, com destaque para o princípio da autonomia privada e o consentimento livre e esclarecido. Na sequência, são listados alguns dos diversos direitos e deveres que sustentam esta relação, enfatizando o dever de informação.

Ainda neste capítulo, discute-se a natureza jurídica desta relação estabelecida para dar subsídio à introdução do segundo capítulo.

Neste segundo momento, o assunto em destaque fica a cargo da responsabilidade civil. São tratados os aspectos gerais que circundam o instituto e sua aplicação na seara médica, além dos pressupostos para a caracterização da responsabilidade médica. Aqui se destaca o elemento “culpa” como essencial para atribuir ao profissional o dever de reparar eventuais danos causados a seu paciente. São abordados, também, os aspectos éticos da responsabilidade civil médica e as causas capazes de isentar o médico de responsabilidade.

Por fim, o terceiro e último capítulo se inicia com o erro de diagnóstico e a possibilidade de reparação. Aqui, preliminarmente, são explorados alguns conceitos importantes como o erro médico, o erro de diagnóstico, a aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, a iatrogenia. Em seguida, são estabelecidas

diferenciações entre os institutos para se estabelecer o que é passível de responsabilização ou não e, finalmente, determinar quais são os critérios utilizados para isentar o médico de responsabilidade.

2 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NA CONTEMPORANEIDADE

Há anos, a medicina oferecia, mais que um prognóstico e um diagnóstico, uma relação de confiança e amizade. Havia, à época, o intitulado “médico da família” no qual se depositava toda expectativa de solução do problema enfrentado; os exames eram somente físicos. Inicialmente, a relação médico-paciente era pautada no empirismo; não havia um conhecimento aprofundado das doenças e das diversas e possíveis reações orgânicas.

Com o passar do tempo, o avanço na compreensão da anatomia humana e na tecnologia trouxe consigo a necessidade da especialização da medicina e o natural distanciamento entre o médico e o paciente. A descoberta de novas doenças clamou pela busca de melhores instrumentos que pudessem diagnosticar e tratar os pacientes. A relação de amizade e confiança se tornou profissional e formal. Os sujeitos da relação mudaram: a relação antes regida pelo médico e o paciente, passa a ser entre o prestador de serviços e o contratante/consumidor do serviço. Este progresso na ciência, aliado ao desenvolvimento tecnológico, foi, pouco a pouco, redirecionando a formação e a atuação do médico. À medida que o prestígio das ciências experimentais foi crescendo, o das ciências humanas esvanecia-se, em certa medida, no meio médico. O perfil humanista da medicina cedeu lugar ao perfil cientificista. No entanto, importante salientar que esta relação de confiança e amizade é essencial e não menos importante que os recursos tecnológicos existentes; é complementar.

Diante disto, notória é a mudança de paradigma na relação, sobretudo com o desenvolvimento do ordenamento jurídico e surgimento da Constituição Federal de 1988, que erigiu o princípio da dignidade humana a status constitucional.

Ademais, com o surgimento da bioética, a questão da autonomia do paciente ganhou nova roupagem. Segundo Gilson (2007, p.196-197), “a autonomia está intrinsecamente ligada à própria dignidade da pessoa humana, relacionada ao projeto de vida e às decorrentes exigências de respeito às suas convicções filosóficas, religiosas, morais e sociais”.

No entanto, esta autonomia para direcionar sua vida da maneira que melhor lhe aprouver encontra limites, principalmente porque o profissional médico não deve se submeter somente à vontade do seu paciente, na medida em que,

como detentor dos conhecimentos e habilidades técnicas poderá ser responsabilizado pela tomada de decisões nesta seara.

Neste contexto, a conduta médica deverá obedecer às normas éticas e jurídicas e aos princípios que a norteiam. Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 701-702), os bons profissionais devem observar a aplicação dos princípios da beneficência e não maleficência, o do respeito à autonomia e ao consentimento livre e esclarecido e o da justiça, além de outros implícitos.

2.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE À LUZ DA BIOÉTICA

Princípios são enunciados normativos com uma forte carga genérica que servirão de orientadores na aplicação das regras e compreensão do ordenamento jurídico como um todo. Existem princípios explícitos e implícitos; gerais e específicos. Desta forma, serão abordados os princípios que regem o agir médico.

2.1.1 Não maleficência e beneficência

Há quem entenda ser o princípio da não maleficência um elemento da beneficência. Em sentido oposto, há quem os distinga.

Beauchamp e Childress distinguem a beneficência da não maleficência. Segundo os autores, resumidamente, a beneficência reflete num dever de agir em prol do paciente, enquanto a não maleficência propõe uma obrigação de não causar dano intencional. No próprio juramento hipocrático há obrigações de ambos os princípios citados: “Usarei o tratamento para ajudar o doente de acordo com minha habilidade e com meu julgamento, mas jamais o usarei para lesa-lo ou prejudica-lo.”

Segundo os citados autores, não há prioridade de um princípio em relação ao outro. A importância será equacionada no caso concreto. Não é possível afirmar que evitar um dano será sempre preferível a proporcionar benefícios, em razão da utilidade, que será tratada adiante. No entanto, de modo geral, as obrigações de não maleficência são mais rigorosas que as obrigações de beneficência. (Beauchamp;Childress, 2002, p. 211).

O princípio da não maleficência assume uma forma negativa, ou seja, um não fazer para que um mal ou um dano não seja causado. São obrigações de não

prejudicar e de não impor riscos de dano, são obrigações que devem ser obedecidas de modo imparcial. É claro que a exposição ao risco, em certas situações, é inevitável. Sendo assim, o dever de assistência se faz forte e presente. Beauchamp e Childress (2002, p. 215) trazem como exemplo que, tentar salvar vidas após um acidente justifica os perigos criados pela condução de veículos de emergência em alta velocidade. A negligência, portanto, abarca a “imposição intencional de riscos não razoáveis ou ainda uma imposição de riscos não intencional, porém descuidada” Beauchamp e Childress (2002, p. 216).

Pode-se dizer, então, que uma das facetas da negligência é evidenciada pela má conduta do profissional ao falhar com este dever de assistência. Especialmente na área de saúde este dever de assistência se traduz em treinamento adequado, habilidade e diligência na execução dos trabalhos. Nesta seara, moralmente relevante é a distinção entre abstenção e interrupção no tratamento médico. As decisões no sentido de iniciar ou suspender tratamentos devem visar o bem estar do paciente, bem como respeitar seus direitos. O bem estar tem direta ligação com o conceito de qualidade de vida e este é um julgamento onde há muita controvérsia, motivo pelo qual deve ser pautado em critérios justificados do que seja o “bem” e o “mal” para que o termo “qualidade de vida” não seja definido arbitrariamente; ligado a preferências pessoais. Esta é uma análise que deve ser feita com extrema cautela.

O princípio da beneficência se traduz na ação de trazer algum benefício a alguém, de contribuir para o seu bem estar. A expressão beneficência significa compaixão. Beauchamps e Childress (2002, p. 281) afirmam que existem dois princípios derivados da beneficência: a beneficência positiva e a utilidade, onde o primeiro objetiva a simples oferta de benefícios e o segundo exige uma ponderação entre as vantagens e as desvantagens existentes. Em sua obra, os autores classificam ainda o princípio da beneficência em geral ou específico, onde o específico sugere que o benefício seja direcionado a um público específico, normalmente, pessoas próximas, e o geral, a todos indistintamente. Entretanto, este ideal de generosidade é muito romântico e pouco real e, portanto, difícil estabelecer a linha entre uma obrigação e um ideal moral. Por esta razão, Beauchamps e Childress (2002, p. 289) propõem que sejam preenchidas algumas condições para que seja exigida esta obrigação da beneficência, a saber:

[...] uma pessoa X tem uma determinada obrigação de beneficência para com uma pessoa Y se e somente se cada uma das seguintes condições for satisfeita:

1. Se Y está em risco de perder a vida, de sofrer uma dano a saúde ou de ter algum outro interesse importante prejudicado
2. Se a ação de X é necessária (isoladamente ou em conjunto com as de outros) para evitar esta perda ou este dano
3. Se a ação de X (isoladamente ou em conjunto com a ação de outros) tem uma alta probabilidade de evitar a perda ou o dano
4. Se a ação de X não representaria riscos, custos ou ônus significativos para X
5. Se o benefício que se espera que Y obtenha exceder os danos, os custos ou fardos que recairão sobre X.

Superada a discussão acerca da não obrigatoriedade da aplicação do princípio da beneficência geral de forma ilimitada, os citados autores ainda propõem uma análise acerca da obrigação da beneficência baseada na reciprocidade. David Hume (citado por Beuchamps; Childress, 2002, p. 292) afirma que a obrigação de beneficiar o outro deriva da reciprocidade exigida pela vida em sociedade. Por conta disto, tradicionalmente os códigos de ética médica atribuíam ao profissional médico esta obrigação de forma quase que ilimitada, onde os atos de beneficência deveriam ser similares aos atos generosos de doação. As obrigações médicas representavam filantropia e prestimosidade, como se o galeno tivesse com a sociedade uma dívida eterna. Evidente é o equívoco desta interpretação, pois o profissional médico é falível e como todo humano tem suas limitações que devem ser respeitadas. Toda análise, portanto, deve partir do caso concreto, onde deve prevalecer, claro, as obrigações específicas derivadas de funções sobre as obrigações gerais, quando houver conflito.

Diante do exposto, se extrai que as obrigações e as virtudes do profissional foram interpretadas como compromissos de beneficência. Por esta razão, os médicos exerciam um papel paternalista ao julgar as necessidades de seus pacientes, de uma forma geral. No entanto, hodiernamente, em respeito ao princípio da autonomia privada, este comportamento tende a ser modificado, pois se questiona se a autonomia dos pacientes deve prevalecer sobre a beneficência profissional, este comportamento paternalista.

Beuchamps e Childress (2002, p. 298) conceituam o paternalismo como ato de substituir a vontade do outro, sob o argumento de estar fazendo o melhor ou evitando que um dano ocorra.

Contudo, este paternalismo médico, revelado nos moldes apresentados até aqui, apresentam problemas de ordem moral e vão de encontro a alguns direitos

e deveres estabelecidos pelo atual código de ética, como por exemplo, o dever de informação do médico para com seu paciente, sendo este dever, também um direito do paciente. Para tentar delimitar o limite desta intervenção do galeno, Joel Feinberg (citado por Beuchamps; Childress, 2002, p. 301) classifica o paternalismo em duas categorias: o forte e o fraco, onde o fraco seria uma intervenção no sentido de somente proteger as pessoas de suas próprias ações, como exemplo, evitar que um potencial suicida, se mate ao descobrir que tem uma grave doença. Em contraposição, o paternalismo forte propõe que o especialista se recuse a consentir com as escolhas do paciente a fim de protegê-lo e, se necessário, omitindo informações acerca de sua saúde.

Diante das controvérsias acerca do comportamento paternalista estão os antipaternalistas que, em suma, acreditam que esta intervenção pode propiciar abuso de poder, ferindo inclusive direitos e deveres trazidos pela bioética.

Neste contexto, de acordo com Beuchamps e Childress (2002, p. 309):

O problema do paternalismo médico é o de atribuir exatamente a especificação e o equilíbrio corretos à beneficência do médico e à autonomia do paciente na relação entre os dois. É um problema confuso e complicado, e a coerência é difícil de ser alcançada. Uma intervenção paternalista exige pessoas com um bom julgamento, bem como pessoas com princípios bem desenvolvidos, capazes de enfrentar conflitos contingentes.

Por outro lado, uma conduta antipaternalista também pode ser extremamente nociva, na medida em que, no caso de suicidas, por exemplo, deixar de intervir pode transmitir uma aparente ausência de preocupação e, conseqüentemente, uma redução no senso de responsabilidade.

Há ainda a figura do paternalismo passivo. Esta conduta ocorre quando o paciente solicita que seja realizado um procedimento, mas o médico, entendendo ser desnecessário, fútil ou ineficaz, não atende ao pedido. Isso é normalmente aceito, já que o profissional não é obrigado a satisfazer o desejo do paciente quando incompatíveis com os padrões aceitos da prática médica ou quando são contrários à sua consciência.

Por todo o exposto que é crucial ponderar os benefícios, custos e riscos, através de técnicas formais de análise, sendo que os limites destas técnicas são postos pelos princípios do respeito a autonomia e da justiça.

2.1.2 Autonomia privada e o consentimento livre e esclarecido

O surgimento da autonomia privada e seu estabelecimento na ordem jurídica foram fundamentais para esta nova relação medico-paciente instaurada. O instituto em questão busca a efetivação de preceitos constitucionais, como a liberdade e dignidade da pessoa humana.

A autonomia privada é um poder conferido ao sujeito para que manifeste sua vontade nas relações particulares, dentro de uma esfera delimitada pelo Direito.

Assevera Roxana Borges (2005, p. 51) que a vontade é elemento fundamental na teoria dos atos jurídicos. Segundo a autora, esta vontade só teria relevância no momento em que fosse exteriorizada, pois seria a partir daí formado o negócio jurídico. Portanto, a autonomia da vontade exprime a liberdade de negociar, desde que, observados outros princípios, como a dignidade da pessoa humana. Ou seja, trata-se de uma autonomia privada, onde os sujeitos tem liberdade negocial pautada na solidariedade, onde devem observar direitos e obrigações recíprocas, “pautada em diretrizes que reconheçam o primado da pessoa e da sua dignidade sobre a patrimonialização que outrora orientou a velha noção de liberdade do Direito Privado.” (GODINHO, 2014, p. 95)

No âmbito da ciência médica se traduz no poder de autodeterminação que deverá ser respeitado, em nome também da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um ato de decisão voluntária baseado em informações transmitidas pelo médico acerca de determinado procedimento, por exemplo. (DINIZ, 2011, p.732).

Nas relações médicas, diz Eduardo Dantas:

O princípio da autonomia interpreta os melhores interesses do paciente, exclusivamente a partir do ponto de vista do próprio enfermo, sem levar em conta o valor objetivo que a medicina reconhece a cada situação, o que pode levar – por óbvio – a concordâncias com a opinião médica, técnica, científica, ou mesmo à absoluta discordância com o caminho proposto. O modelo autônomo tomará por baliza o juízo de valor próprio e específico de cada indivíduo, em função de seus ideais, crenças e formação, respeitando assim o direito do paciente à autodeterminação. (2009, p. 595)

Pelo exposto, se extrai que a autonomia privada é pautada num desejo individual, conjugado com o dever de informação a que se presta o profissional médico, para que seja obtido o consentimento livre e esclarecido acerca de determinada conduta.

Neste sentido, a autonomia privada, para produzir efeitos jurídicos, deve observância a alguns requisitos de validade impostos pela nossa legislação civil, especificamente no artigo 104 do CC/2002. Como entende Maria de Fátima Freire

de Sá e Bruno Torquato Naves (2011, p.88), deve haver entre médico e paciente um diálogo claro para que o paciente, ciente de seu diagnóstico, possa optar pelo tratamento mais adequado ou até mesmo se opor ao tratamento oferecido. Relevante dizer também que o paciente deve ter discernimento para decidir, que seja capaz de compreender a situação em que se encontra, sem a influência dos condicionantes externos, também chamados vícios sociais ou de consentimento.

Em reforço ao exposto, Mauricio Requião afirma que esta autonomia encontra limites na teoria das incapacidade para tutelar os indivíduos que não possuem discernimento para gerir sua própria vida (2014, p. 23-25).

Assim, estabelecida uma conexão entre a autonomia privada e o dever de informar do médico, percebe-se claramente a figura do consentimento informado.

Não há previsão constitucional expressa acerca do consentimento informado. Apesar disso, entre os constitucionalistas, não há dúvidas de que se trata de um direito implícito, inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana. (FACCHINI NETO, 2015, P. 64).

No nosso ordenamento jurídico este instituto é regulado de forma pontual, através de uma resolução dos Conselhos. Como exemplo, há a resolução do 1081/82 do Conselho Regional de Medicina (CRM), que, em linhas gerais, diz:

Considerando que deve caber ao paciente, ou, em certos casos, a seus parentes ou responsáveis, a inteira responsabilidade pelo consentimento de todo e qualquer ato de elucidação diagnóstica ou terapêutica;
Considerando que o paciente deve ser informado do diagnóstico, prognóstico e tratamento de seu caso;
Considerando que cabe ao médico estabelecer bom entendimento na relação médico-paciente, em todos os casos;
Considerando que o médico deve sempre comunicar ao paciente o risco específico de todo e qualquer procedimento médico e cirúrgico.

Vale aqui ressaltar a importância de se obter o consentimento do paciente nas intervenções cirúrgicas ou terapêuticas, independentemente da complexidade do procedimento (GODINHO, 2014, p. 102).

Nesta toada, Adriana Maluf (2013, p. 449) afirma que todo paciente tem direito a um diagnóstico, prognóstico, duração e riscos dos procedimentos a que poderá se submeter e, em posse destas informações, consentir com o tratamento ou não.

Segundo a autora, o consentimento informado é definido pelo direito que tem o paciente de participar do processo de escolha do melhor tratamento para o seu caso, em nome da sua autonomia privada (2013, p. 451).

Na mesma direção, afirmam Maria Fernanda Santos (2008, p. 378) que o consentimento esclarecido é instrumento de efetivação do princípio da autonomia privada, na medida em que a materialização deste consentimento se faz diante das informações passadas pelo profissional.

Por tudo mencionado, o consentimento livre e esclarecido foi pensado para afastar, nas relações atuais, a atuação autoritária e paternalista do galeno, para que seja efetivado o princípio da autonomia privada.

Reforçando o exposto, Eugênio Facchini (2015, p. 69), aduz que “o dever do médico de respeitar a vontade do paciente repousa muito mais no direito deste de se autodeterminar, no que num dever contratual do médico, derivado da boa-fé objetiva”.

Em tempo, oportuno é esclarecer que nem sempre haverá a exigência deste consentimento por parte do paciente. O Código de Ética elenca situações que dispensam este consentimento, senão veja:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, **salvo em caso de risco iminente de morte.**

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Conforme demonstrado neste ponto, o consentimento livre e esclarecido, na seara médica assume duas facetas. Inicialmente, é pressuposto de existência da própria relação contratual estabelecida entre médico e paciente, pois necessário para o início do tratamento ou intervenção médica. Além disso, é elemento que confere liceidade à intervenção do profissional no corpo do paciente.

Diante disso, conclui-se que o consentimento livre esclarecido pode ser um importante instrumento a ser utilizado pelo magistrado no julgamento de ações envolvendo a responsabilidade civil médica.

2.1.3 Justiça

Justiça é um conceito filosófico, por isso há certa complexidade na sua definição. Relaciona-se principalmente com as relações entre grupos sociais, comuns, com o objetivo de igualar as oportunidades de acesso a estes bens. Em todas as definições, a justiça se apresenta como um modo justo, apropriado e equitativo de tratar as pessoas em razão de alguma coisa que é merecida ou devida a elas. Estes critérios de merecimento, ou princípios materiais de justiça, devem estar baseados em algumas características capazes de tornar relevante e justo este tratamento. Como exemplos destes princípios materiais de justiça pode-se citar:

1. Para cada um, uma igual porção
2. Para cada um, de acordo com sua necessidade.
3. Para cada um, de acordo com seu esforço.
4. Para cada um, de acordo com sua contribuição.
5. Para cada um, de acordo com seu mérito.
6. Para cada um, de acordo com as regras de livre mercado. (Beuchamps; Childress, 2002,p. 356)

São várias as teorias sobre justiça e, em cada uma delas pode haver a presença de mais de um destes princípios para concluir sobre qual a distribuição seria mais justa de bens e recursos. Com o aumento na socialização dos cuidados com a saúde e as dificuldades de acesso, somados ao altíssimo custo dos serviços, cresce também a demanda pela necessidade de uma distribuição justa de assistência à saúde das populações. A premissa básica para o alcance desta equidade é imaginar que as pessoas têm direito a um mínimo e digno de cuidados com sua saúde. Isto inclui garantias de igualdade de direitos, equidade na distribuição de bens, riscos e benefícios, respeito às diferenças individuais e a busca de alternativas para atendê-las, liberdade de expressão e igual consideração dos interesses envolvidos nas relações do sistema de saúde, dos profissionais e dos usuários.

2.2 DIREITOS E DEVERES RECÍPROCOS DOS SUJEITOS DA RELAÇÃO MÉDICA

A confiança ainda é o pilar que sustenta o bom relacionamento entre médico e seus pacientes, mesmo após tantos avanços tecnológicos e um certo distanciamento entre os atores. Para que esta relação ocorra da forma mais harmoniosa possível, o Código de Ética Médica, materializado através da resolução n 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, trata o assunto mostrando que o

papel do profissional vai além de diagnosticar doenças, mas também manter relação amistosa com o paciente e seus familiares ou envolvidos em suas questões.

São normas pautadas na autonomia privada do paciente, no dever de cuidado, de sigilo e informação, às quais os médicos encontram-se vinculados, sob pena de responsabilização profissional. Cabe destacar aqui que o galeno é também detentor de direitos. Ou seja, da relação médico paciente decorrem diversos deveres e direitos para ambas as partes.

Dentre os deveres dos médicos, vale destacar: o dever de diligência e de prudência, de informar, de assistência, de recomendar o melhor tratamento, dever de sigilo com relação a determinadas informações; de guardar a vida humana e o dever de aperfeiçoamento. Quanto aos direitos, merecem destaque o direito de poder exercer sua profissão sem ser discriminado; direito de recusar exercer sua profissão em instituições que não lhe ofereçam o mínimo para trabalhar com dignidade e o de ser remunerado pelo seu serviço.

De outro lado, há também os pacientes, titulares também de direitos e deveres, a saber: dever de remunerar o médico (em alguns casos); de cumprir fielmente as prescrições a eles dispensadas; direito de preferência do doente em relação à pessoa sadia, de assistência contínua e de assistência religiosa.

Pelo exposto se extrai que o médico deve adequar sua conduta às normas éticas impostas pelo Conselho Federal de Medicina, e as jurídicas, dispensando tratamento respeitoso às crenças, valores e convicções de seu paciente. E, no mesmo sentido, o paciente deve colaborar para que a relação seja a mais benéfica e respeitosa possível.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE: PACIENTE CONSUMIDOR X CONTRATO “*SUI GENERIS*”

Atualmente, não há dúvidas de que a relação médico-paciente é uma relação contratual, onde as obrigações derivadas deste contrato dividem-se em obrigações de meio e de resultado.

As obrigações de meio são aquelas assumidas pelo profissional ao se comprometer em empregar meios diligentes e os melhores recursos possíveis na condução dos procedimentos adotados.

As obrigações de resultado são aquelas onde o devedor se compromete com um fim a ser atingido. Portanto, ao assumir este tipo de obrigação e, não sendo possível alcançá-lo, o devedor se torna inadimplente e pode ser responsabilizado de forma objetiva. Esta modalidade de obrigação já foi muito aplicada no caso de procedimentos estéticos, mais precisamente, nas cirurgias estéticas. No entanto, como bem pontua Fernanda Schaefer (2012, p. 38), isto seria exigir do médico algo além de sua capacidade; seria exigir que ele fosse infalível, sem considerar as particularidades, inclusive orgânicas, de cada paciente.

Um dos pontos de divergência gira em torno da classificação contratual que envolve a relação em questão. Há quem entenda ser um contrato de mandato, contrato de prestação de serviços médicos ou, até mesmo um contrato “*sui generis*”. Esta última classificação é a defendida por Fernanda Schaefer (2012, p. 39) e justificada por ter este contrato uma forma própria, descrita por ela da seguinte forma:

- a) a possibilidade de as partes colocarem cláusulas que atendam suas necessidades desde que em observância com o ordenamento jurídico brasileiro (autonomia da vontade das partes);
- b) pode ser verbal ou escrito, tácito ou expresso, restando efetivado quando as partes passarem a realizar atos que façam presumir a sua existência;
- c) em regra, é intuito personae, pois a escolha do médico deriva de ato de confiança.
- d) não havendo um resultado predeterminado, pode ser rescindido a qualquer momento desde que não haja prejuízo a qualquer das partes;
- e) será, salvo algumas exceções, sinalagmático a título oneroso;
- f) em forma livre e não formal, respeitadas as normas legais;
- g) terá por objeto sempre a prática de atos lícitos;
- h) será, em regra, contínuo porque necessária a existência de lapso temporal entre o diagnóstico, tratamento e melhora do paciente ou sua cura, havendo dever de reparar caso haja descumprimento.

Outra questão que causa discussão gira em torno das normas aplicáveis à relação médico-paciente. Atualmente, a relação estabelecida entre médicos e seus pacientes é regida pelo CDC, que tem por finalidade proteger o sujeito mais vulnerável, quando comparado ao outro lado da relação. Ou seja, o consumidor dos serviços prestados pelo profissional médico. Apesar de não ser uma relação típica de consumo, em decorrência da impessoalidade estabelecida nos atendimentos médicos, fruto da massificação das relações sociais, o médico tende a ser considerado um prestador de serviços ao cliente, que é tecnicamente vulnerável. No entanto, em matéria de responsabilidade, o artigo 14 do CDC exclui da incidência da responsabilidade objetiva, os profissionais liberais, ou seja, para que haja

responsabilidade deve ficar demonstrada a culpa do profissional na conduta que gerou o resultado danoso.

Noutro sentido é o entendimento de Antônio Couto Filho e Alex Souza (2002, p.34). Para estes doutrinadores, há nítida incompatibilidade dos serviços prestados pelo médico com noção apresentada pelo CDC em relação aos serviços de consumo, sobretudo por conta da função social da atividade desenvolvida pelos profissionais de saúde. Outro argumento se funda no conflito de interesses travado nas relações de consumo, onde o fornecedor dos produtos e/ou serviços busca minimizar seus custos, para auferir maior lucratividade e o consumidor tenta adquiri-los da forma menos onerosa possível. Em sentido oposto, na relação médica não há este conflito, uma vez que ambos, médico e paciente, almejam um objetivo comum a busca pela cura e bem estar do paciente.

Entretanto, conforme afirmado inicialmente, a jurisprudência brasileira adota o entendimento que incidem as normas do CDC nas relações médico-paciente, por figurar nítida relação de consumo. Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA.

I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14.

II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil. Recurso especial não conhecido (STJ, Relator: Ministro CASTRO FILHO, data de julgamento: 13/12/2005, T3 – Terceira Turma).

Deste modo, conforme exposto, adota-se o posicionamento capitaneado pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a posição de vulnerabilidade do paciente em relação ao médico, detentor de conhecimento técnico e aplica as normas insertas no Código de Defesa do Consumidor.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

O tema proposto envolve diversas áreas do direito, sobretudo a responsabilidade civil. Deste modo, uma análise acerca do instituto mencionado, conjugada com as questões iatrogênicas e o erro médico, decerto contribuirá para uma melhor compreensão do tema.

O Direito, enquanto produto da atividade humana, busca por meio das normas, a pacificação social. Deste modo, o instituto da responsabilidade civil, passou por diversos povos, diversas culturas e, aos poucos foi se modificando, se ajustando à maneira de vida de cada povo. Basicamente, o que foi se transformando no decorrer do tempo foi a maneira como foi tratado o dano.

Inicialmente, o instituto da culpa não era considerado no momento de se verificar o dano. Eram suficientes a ocorrência da ação ou omissão que causasse o dano, pouco impostando a culpa. Era uma época regida pelos costumes, onde uma ofensa era respondida com outra ofensa, mediante uma ação coletiva, caracterizada por Maria Helena Diniz (2009, p.11), como “a reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.”

Esta fase coincide com o marco inicial do instituto em Roma, sendo esta retaliação reconhecida pelo Poder Público local da época. Desta forma, vigia a Lei do Talião (no Código de Hamurabi), representada pela idéia “Olho por olho, dente por dente.” Ou seja, a reação agressiva ocorria imediatamente após o dano, na mesma proporção. A prova da culpa era desnecessária.

Nesta fase, o Estado intervia somente para declarar forma e local onde a vítima poderia fazer a justiça com as próprias mão. Sua ação era indireta, apenas autorizava a prática. Esta era a idéia de equidade que vigia à época (Diniz, 2009, p.11)

O período seguinte ao da vingança privada era denominado de período da composição econômica. Neste contexto, era possível que o patrimônio do causador do dano respondesse por suas dívidas. Os castigos, portanto, já não eram mais corporais. Surgiram as tariffações para certos tipos de danos.

Neste cenário, foi vedada a justiça com as próprias mãos.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.10), “quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas

próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada.”

Foi um período onde os delitos públicos eram equiparados aos privados. Neste sentido, matar alguém ou lhe causar um dano patrimonial eram condutas equiparadas.

Esta diferenciação começou a ser percebida com a edição da Lei Aquiliana. Esta lei é considerada o marco da aplicação da culpa quando da obrigação de indenizar.

O Estado, então, passa a assumir uma postura mais ativa, e passa a punir os ofensores da ordem jurídica de maneira mais coerente.

A sociedade, pouco a pouco, vai adquirindo mais sensibilidade e, os princípios vão surgindo, no sentido de se apurar a culpa quando da ocorrência de uma ofensa e o grau da culpa. Gradativamente a responsabilidade penal foi se diferenciando da responsabilidade civil.

Adiante, com a industrialização, a ocorrência de danos cresceu substancialmente e, neste contexto foi que novas teorias relacionadas a responsabilidade civil foram surgindo, na busca em propiciar maior segurança as vítimas. Vista sob o aspecto objetivo, surge a teoria do risco, deve responder pelo dano aquele que tira proveito da atividade perigosa. Aqui, irrelevante é a culpa.

No Brasil, o instituto em análise percorreu por várias fases de maturação, sobretudo pelas mudanças legislativas ocorridas. Em princípio, a condenação civil era condicionada a condenação criminal. Tempos depois foi que se adotou duas jurisdições distintas (GONÇALVES, 2014, p. 12).

O nosso primeiro código civil foi elaborado por Clovis Bevilacqua. O código civil de 1916 adotou a teoria subjetiva da responsabilidade civil, de forma a exigir a prova da culpa e, em alguns casos, esta culpa era presumida.

Seguindo o mesmo ideal neste sentido, o CC/2002 manteve a adoção da teoria subjetiva da responsabilidade civil, em seu artigo 186. A inovação veio com o artigo 187 do mesmo diploma normativo ao ampliar a noção de ato ilícito. Em suma, foi limitado o exercício do direito com a finalidade de evitar abusos.

O mesmo diploma atual, prevê além da responsabilidade civil por culpa, também a obrigação de reparar um dano causado, em certas situações, independentemente de culpa. São casos onde a atividade normalmente

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos aos direitos de outras pessoas.

Trata-se da Teoria do Risco. Sergio Cavalieri Filho (2014, p.148) afirma que, nesta modalidade de responsabilidade, “ todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa.

Esta Teoria surgiu num contexto de progresso industrial, onde as demandas de reparação de danos pelo uso das máquinas disparou, tornando incompatível a apuração da culpa.

Assim, o atual Código Civil adota tanto a teoria subjetiva da responsabilidade, quanto a teoria objetiva, sendo esta última, somente aplicável em certas situações. Vale ressaltar que a culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, de modo geral.

3.1 ASPECTOS GERAIS E CONCEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO NORTE À PROTEÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE

Para melhor compreender a responsabilidade médica é essencial um detalhamento prévio do instituto da responsabilidade civil. O ato de responsabilizar é consequência do descumprimento de uma norma. Cabe ressaltar, neste ponto, que existem diversos tipos de normas. As normas éticas formam uma categoria genérica de normas que abrange as normas morais, de etiqueta e as jurídicas (Soares, 2011, p. 24).

As normas de etiqueta, por sua vez, geram punições mais brandas, na medida em que tratam de regras de comportamento, estabelecendo aspectos menos relevantes, socialmente falando. As punições aplicáveis pelo descumprimento deste tipo normativo tem índole difusa, ou seja, podem ser aplicadas por qualquer membro da sociedade, através da censura.

De maior relevância são as normas morais. “São máximas comportamentais que disciplinam parâmetros éticos mais relevantes para o convívio em sociedade (Soares, 2011, p. 24). Assim como as normas de etiqueta, o descumprimento destas também gera sanções de índole difusa, porém de forma mais contundente.

A falta de regulamentação da aplicação das normas éticas e morais davam espaço para punições, muitas vezes, desmedidas. A justiça era feita de forme privada. A partir daí, nasceu a necessidade da regulamentação destas normas e suas aplicações.

Neste contexto, surgem as normas jurídicas. São elas derivadas do mínimo ético da sociedade, necessárias para o equilíbrio e bom convívio social (Soares, 2011, p. 23).

Salienta-se, ainda, que no campo da responsabilidade derivada de uma norma positiva, estão as espécies: penal, administrativa e civil (Santos, 2008, p.25), sendo esta última de relevância plena para esta pesquisa.

Convém, no entanto, destacar algumas considerações a respeito da responsabilidade no âmbito administrativo, na atuação médica. Sua regulamentação ocorre por conta do CFM. O desrespeito às normas editadas pelo CFM acarretam punições previstas na norma editada pelo referido Conselho. Sendo assim, o profissional poderá ser punido, quando necessário, em diversas esferas de poder, sem que uma interfira na outra, em regra. A esfera administrativa estará tutelando um direito público, enquanto a cível protegerá o direito individualmente visualizado, um interesse particular.

Pelo exposto, percebe-se que a responsabilidade é uma significativa conquista do mundo civilizado. É elemento essencial para a convivência harmônica e, por isso, foi idealizada e regulamentada para possibilitar a vida em comunidade.

A ideia de responsabilidade civil se funda no entendimento de que ninguém pode agir de forma a causar dano a outrem, sob pena de responder, via de regra, através de uma indenização estipulada em dinheiro, para suprir os chamados danos materiais e morais, e outras variações decorrentes destes. Este instituto tem como base legal, o Código Civil Brasileiro, e se funda em preceitos constitucionais.

A responsabilidade civil tem natureza de indenização, ainda que, em alguns casos, esta indenização ocorra de forma indireta, quando se torna impossível restabelecer a situação anterior ao ato lesivo, como ocorre nos danos de cunho moral. Tem também função preventiva, já que sua existência deriva da imposição de um respeito à lei, e reparadora, porque, em muitas ocasiões impõe ao infrator um dever de indenizar a vítima do dano. (Antonio Vieira Junior citado por Leonardo Vieira, 2008, p. 33).

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2015, p. 56), responsabilizar já foi sinônimo de punir; em seguida, se traduziu na reparação dos danos e hoje tem finalidade além de compensatória, mas também de prevenção de danos.

A doutrina classifica a responsabilidade ainda em: contratual, quando há a violação de um vínculo obrigacional, ou extracontratual, quando o dever de indenizar é decorrente de lesão a direito subjetivo; subjetiva ou objetiva, a depender da relevância na análise da culpa. Há também a responsabilidade civil incidente nas relações de consumo, como sendo objetiva, com fundamento no dever de proteção ao consumidor hipossuficiente, ou seja, a responsabilização do fornecedor de produtos e serviços, independente da prova de sua culpa no dano causado ao consumidor (Cavaliere Filho, 2014, p.33).

Em relação à relevância do elemento culpa na caracterização da responsabilidade, tem-se a vertente subjetiva ou objetiva.

Na responsabilidade subjetiva “ a prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável” (Gonçalves, 2014, p. 59)

Neste sentido, a teoria clássica da responsabilidade civil aponta a culpa como fundamento da obrigação de reparar o dano. Não havendo culpa, não há também a obrigação de reparar o dano.

No entanto, exceção à regra da responsabilidade civil subjetiva, esta a teoria objetiva da responsabilidade, baseada na teoria do risco. Assim sendo, a obrigação de reparar o dano independe da comprovação da culpa. Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 59) assevera que a responsabilidade objetiva se justifica pela teoria do risco, na medida em que toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros e deverá se responsabilizar por isso.

Sob um outro enfoque, uma pessoa pode causar um dano a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Em sentido oposto, há a responsabilidade extracontratual, na medida em que o agente viola um dever legal.

Além do exposto, para que seja atribuída a responsabilidade por um dano causado a terceiro, necessária é a análise dos pressupostos que ensejaram o evento danoso, que serão analisados a seguir.

3.2 PRESSUPOSTOS RELATIVOS A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Pressupostos são a reunião dos elementos capazes de gerar a obrigação de indenizar. Historicamente, estes elementos nem sempre foram os mesmos. A culpa, no Código Civil de 1916, já foi elemento essencial para atribuir a responsabilidade civil. No entanto, com a promulgação do Código Civil de 2002, outros elementos foram inseridos no rol, como o dever de indenizar decorrente de conduta ilícita. Atualmente, pacífico é o entendimento que para se atribuir responsabilidade civil a alguém devem estar presentes ter pressupostos, quais sejam : conduta humana, dano e o nexos de causalidade entre ambos. A culpa e o ato ilícito são elementos acidentais que poderão ser considerados ou não, pelo legislador, para atribuir a responsabilidade (GONÇALVES, 2014, p. 59; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 27).

Neste sentido, pondera Leonardo Santos:

Ora, levando em conta que o parágrafo único do art.927 do CC/02 prevê expressamente a “obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” e tendo em vista que se entende “pressuposto” como os “fatos e condições” sempre ocorrentes, constata-se que no Brasil, necessariamente, o ato ilícito e a culpa são, apenas, elementos acidentais da responsabilidade civil. Dessa maneira é bom repetir que se sob a égide do CC/16, que não previa expressamente a responsabilidade objetiva, só acatada, para alguns, em microssistemas jurídicos, justificava-se a polêmica, hoje, com o novel Código Civil, as discussões deste jaez indubitavelmente perderam substância (SANTOS, 2008, p. 41).

Registre-se que, no caso de responsabilidade civil decorrente das atividades desenvolvidas pelo médico, além dos três pressupostos acima citados, a culpa é também elemento essencial. Este entendimento se funda no artigo 186 do Código Civil 2002.

Estabelecidos os pressupostos relativos à configuração da responsabilidade civil, passaremos agora para uma análise pormenorizada acerca de cada elemento individualmente.

3.2.1 Conduta

A conduta humana é o ato da pessoa que causa dano a outrem, seja por ação ou omissão; com culpa ou dolo. Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2012,p.25), é

“o comportamento humano que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.”

Importante esclarecer que este ato que causa o dano a um terceiro não necessariamente será ilícito (Teixeira, 2000, p. 190). A conduta humana pode decorrer, por exemplo, de um estado de necessidade, e isto não a isentará da responsabilização caso haja o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Cavaliere Filho (2014, p. 39-40) traz também a imputabilidade como pressuposto da responsabilidade, na medida em que não é possível responsabilizar alguém pela prática de um ato que tenha como consequência um resultado danoso, se esta pessoa não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta, ou seja, não é possível responsabilizar o inimputável, seja esta inimputabilidade decorrente de imaturidade (critério etário) ou de insanidade mental. Sobre a impossibilidade de responsabilizar pessoalmente o inimputável pela prática de um ato danoso, o CC/2002 traz uma exceção, em seu artigo 928 quando afirma que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.

Oportuno é enfatizar também a importância do elemento culpa *lato sensu*, na medida em que esta ganha relevância quando integra a conduta humana. Nos casos de responsabilidade civil subjetiva, a culpa será analisada sob dois aspectos: a culpa *stricto sensu* e o dolo.

Flavio Tartuce (2013, p. 445) define dolo como sendo o descumprimento intencional de uma obrigação com a clara intenção de prejudicar outrem. Portanto, é uma conduta voluntária, consciente e intencional.

A culpa em sentido estrito se caracteriza pelo descumprimento de um dever geral de cuidado, exteriorizada pela imprudência, negligência ou imperícia, institutos que serão estudados adiante.

3.2.2 Dano

O dano é o elemento essencial, sem o qual não há o dever de indenizar. Ele ocorre quando há uma lesão a um bem ou interesse tutelado pelo Direito (Schreiber, 2013, p. 108).

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5 e inciso X assegura o direito de reparação do dano.

Art. 5º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A doutrina costuma classificar o dano em três espécies: o moral, material e o estético.

O dano moral é aquele que atinge a esfera extrapatrimonial do sujeito, causando-lhe um forte abalo psicológico, mental; uma grande angústia e aflição. Possui proteção constitucional, na medida em que a dignidade da pessoa humana passou a ser o ponto central de proteção, fazendo surgir a tutela aos direitos da personalidade e ao patrimônio imaterial. Neste sentido, qualquer ofensa a estes direitos enseja uma reparação desta natureza.

O dano material é caracterizado pela ofensa ao patrimônio da vítima, que pode ser mensurado em pecúnia. Conforme preceitua Sérgio Cavalieri Filho, este dano pode atingir tanto o patrimônio atual da vítima, quanto ao futuro (2014, p. 94). É por este motivo que o CC/2002, em seu artigo 402 fala em lucro cessante e dano emergente.

Os danos emergentes correspondem ao prejuízo mensurável e imediato, sofrido no momento, que atinge a esfera patrimonial atual do indivíduo.

Os lucros cessantes são prejuízos futuros. A reparação compreende o que “razoavelmente se deixou de ganhar”. Para serem calculados, se exige um fundamento seguro, de modo a não abarcar ganhos imaginários.

Quanto ao dano estético, “consiste em qualquer modificação, duradoura ou permanente, na aparência externa de uma pessoa.” (Almeida, 2013, p.02). Consiste em lesões que atingem negativamente a autoestima do indivíduo, causando-lhe sofrimento, denegrindo a sua imagem perante si mesmo.

Os Tribunais Superiores tem entendido que os danos estéticos não se confundem com os danos morais. Enquanto o dano moral diz respeito a um grande abalo psicológico, mental; o dano estético se refere a alteração morfológica de alteração corporal que agride a visão. Corroborando este entendimento, existe a

súmula 387 do STJ que permite a cumulação de danos morais com danos estéticos, ratificando a natureza diversa dos mencionados danos.

3.2.3 Nexo de causalidade

O nexos de causalidade, conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2014,p.67), é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Se houve dano, mas sua causa não está relacionada ao comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e, por consequência, não existe a obrigação de indenizar. É, portanto, o elo que une a conduta e o dano verificando se realmente o agente deu causa ao dano.

Na responsabilidade subjetiva o nexos de causalidade é formado pela culpa genérica ou *lato sensu* que inclui o dolo e a culpa estrita, conforme disposto do artigo 186 do CC/2002.

Na responsabilidade objetiva o nexos de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco, com base no artigo 927, parágrafo único do CC/2002.

Dois são as teorias que determinam os critérios que seriam utilizados para se chegar à conclusão de que uma causa foi determinante para se alcançar o resultado: a Teoria da Causalidade Adequada e a Teoria da Equivalência das Condições (GONÇALVES, 2014, p. 478)

A primeira afirma que somente as causas ou condutas relevantes para a produção do dano são capazes de gerar o dever de indenizar.

A segunda diz que todas as condições e circunstâncias que tenham concorrido para produzir o dano são causas deste.

Não menos importante que estudar o vínculo entre a conduta e o dano, que gera a responsabilização, é analisar as causas que excluem este vínculo, de modo a afastar também a obrigatoriedade em reparar. São as excludentes de responsabilidade: a culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiros e o caso fortuito e força maior.

A culpa exclusiva da vítima exclui o próprio nexos causal, porque o agente que aparentemente causou o dano, é mero instrumento do acidente (Cavalieri Filho, 2014, p. 86).

A culpa exclusiva de terceiros só afasta a responsabilidade quando rompe o nexo de causalidade e, por si só, produz o resultado danoso.

O caso fortuito e força maior são acontecimentos que fogem do controle e diligência do devedor da obrigação. O CC/2002 trata como se fossem expressões sinônimas e diz que são fatos necessários cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir.

Ambos excluem o nexo de causalidade porque são estranhos à conduta do agente, com base na inevitabilidade. As excludentes de responsabilidade serão estudadas de forma mais apurada no tópico 3.4 deste trabalho.

3.3 ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Um ponto crucial é entender a responsabilidade ético-profissional. A responsabilidade aqui é atribuída ao médico que desrespeita as normas editadas pelo Conselho Federal de Medicina, resultando na aplicação das sanções previstas no Código de Ética Médica (CEM), sendo a medida mais extrema, a cassação do registro profissional.

O mencionado Código de Ética elenca princípios e deveres que dão um norte na atuação profissional do médico em busca da cura e bem estar do paciente, trabalhando com diligência e prudência, com a missão de resguardar a saúde humana.

Nesta seara, a responsabilidade surge com a inobservância dos deveres impostos ao profissional, que pode acarretar também a censura ético-profissional por parte dos Conselhos de Medicina.

O objetivo do legislador, quando da elaboração deste corpo normativo, foi conciliar a dignidade pessoal do médico e os interesses de toda a sociedade (Realle, 1977,p.52).

De acordo com o CEM, a infração disciplinar restará caracterizada no momento em que o médico, por culpa, causar dano ao paciente.

Importante lembrar que, na imposição de sanção administrativa, deve ser garantido o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, em respeito ao que preceitua a Constituição Federal de 1988 (CF/88).

A título exemplificativo sobre as possibilidades de sanções ético profissionais, vale destacar a repreensão escrita, multa e a suspensão, além da

inatividade profissional, decorrente da mencionada cassação do registro que autoriza o exercício da atividade médica.

Necessário se faz dizer que a responsabilidade ético-profissional não se confunde com a responsabilidade civil estudada neste trabalho, porque são normas editadas com a finalidade de fiscalizar a atividade médica exercida fora do exigido e esperado de um médico.

O contrato de prestação de serviços médicos é denominado contrato “*sui generis*”, por possuir algumas peculiaridades, já mencionadas no primeiro capítulo.

Desta relação contratual derivam diversas obrigações recíprocas. De início, oportuno se faz reforçar que, em regra, o médico se compromete a agir de forma cautelosa e diligente em busca do bem estar e da possível cura do paciente, mas não se obriga a curá-lo. Portanto, a obrigação assumida na relação, é uma obrigação de meio, e não de resultado. Além de deveres originários do Código de Ética, o médico, no exercício de seu ofício, assume também compromissos extraídos da legislação civil. Nesta toada, se compromete a agir com transparência, em obediência também ao que preceitua o artigo 6, III do CDC, ao trazer dentre os direitos básicos do consumidor:

“III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.”

O conteúdo deste dispositivo tem aplicação relevante no que se refere ao contrato em questão, devido ao forte vínculo do princípio da transparência com o consentimento esclarecido, já que gera deveres anexos, como o dever de informar os riscos. É importante observar que o médico poderá responder tanto pelo erro médico, quanto pela imperfeição técnica. No entanto, isto não quer dizer que a imperfeição técnica configura erro médico. Essas são duas hipóteses que podem dar azo a uma responsabilidade médica por força da aplicação da Teoria da Perda de Uma Chance, que será estudada em capítulo específico.

3.3.1 O contrato médico

O contrato médico, normalmente, não exige uma forma específica. É, portanto, não solene. É sinalagmático, onde ambas as partes assumem obrigações recíprocas, sendo, o médico, responsável por zelar pela saúde e bem estar do seu

paciente e, em contrapartida, seu cliente se obriga com o pagamento dos serviços prestados.

A relação estabelecida é personalíssima e, por isso, qualquer imposição em sentido contrário pode gerar a nulidade deste pacto.

O Código de Ética Médica, em seu artigo 7, garante ao profissional da saúde, liberdade contratual, na medida em que garante a este possibilidade de escolher seus pacientes, ressalvado, em caso de urgência, caso não haja outro colega para fazer as suas vezes. Não pode também se omisso nos casos em que sua omissão possa trazer prejuízos irreversíveis ao paciente. Noutro sentido, o médico é autorizado a se recusar a praticar atos atentatórios à sua consciência, ainda que legais, conforme disposto no artigo 28 do mesmo diploma normativo.

Esta relação obrigacional pode ser rompida a qualquer momento, desde que não se cause prejuízo ao paciente. O abandono do paciente em situação de perigo acarretará um ônus de caráter penal para o profissional relapso.

Os profissionais devem estar devidamente habilitados para o exercício da medicina, sendo vedada a transferência de sua atuação a outra pessoa não legalmente habilitada, como por exemplo, ao estudante de medicina.

Por fim, importante destacar o que diz o artigo 66 do Código de Ética quanto a vedação a prática da eutanásia. Da mesma forma, é proibida a prática de aborto, inclusive pelos médicos, salvo os casos previstos no artigo 128 do Código Penal Brasileiro e, conforme entendimento jurisprudencial recente, nos casos de anencefalia (ADPF 54).

3.3.2 A culpa médica

Analisados os pressupostos da responsabilidade civil, bem como os aspectos éticos e jurídicos da relação contratual estabelecida, pertinente se faz a análise do elemento culpa na atividade médica. Pelo exposto anteriormente, não há dúvidas que, via de regra, a atividade médica se submete às regras da responsabilidade civil contratual.

Sob outro prisma, a responsabilidade médica é também baseada na responsabilidade civil subjetiva, devendo haver nexos entre a ação do médico e a lesão sofrida pelo paciente. Tem-se, portanto, a culpa como pressuposto do erro médico, conforme preconizam o art. 951 do CC/2002 e art. 14 par. 4 do CDC. Este

elemento, a depender do tipo de obrigação assumida pelo profissional, poderá ser presumido ou não. Sobre o tema, afirma José Carlos Maldonado de Carvalho (2013, p. 27) “a regra prevalente para a responsabilidade civil dos profissionais liberais é a da responsabilidade subjetiva: com culpa provada, para as obrigações de meios, e com culpa presumida, para as obrigações de resultado”. Em razão destas peculiaridades, a culpa, bem como os seus pressupostos serão cuidadosamente tratados a seguir.

3.3.2.1 Conceito de culpa na relação médico/paciente

Há atualmente, sobretudo por conta da aplicação do CDC nas relações contratuais médicas, discussão acerca da inversão processual do ônus probatório em relação à culpa.

Inicialmente, imperioso se faz lembrar que a regra geral da responsabilidade civil considera a análise da culpa, sendo a sua abstração permitida de forma excepcional, somente nos casos previstos em lei, e isto exclui as atividades dos profissionais liberais.

Desta forma, Miguel Kfourri Neto define culpa como a inobservância de condutas esperadas e exigidas do profissional, no exercício de seu ofício (2002, p. 35). Ainda, nas palavras de Kfourri, “o profissional da medicina deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com o desempenho que seria razoável esperar-se de um médico prudente, naquelas mesmas circunstâncias”. Em outras palavras, o galeno deve agir de maneira prudente, com perícia e não negligente, para que a culpa seja afastada quando da ocorrência de um evento danoso decorrente de sua atuação.

“A prova da ausência de culpa, na responsabilidade civil médica, implica a demonstração de que o dano era imprevisível e inevitável.” (Kfourri Neto, 2002, p. 35)

A culpa da ocorrência do dano pode decorrer também exclusivamente de um comportamento da vítima. Ou seja, o enfermo pode adotar procedimentos, contrários aos prescritos pelo médico, que agravam seu quadro ou impedem o seu restabelecimento. Isto rompe o nexo de causalidade entre a conduta profissional e o dano causado, afastando a incidência da responsabilidade do médico.

O médico também se exime de responsabilidade quando os danos são causados pela própria doença, consequência da imprevisibilidade e fora do alcance

do domínio da ciência, como bem pondera Kfourri (2002,p.39). Este evento está relacionado com o acaso, não com a culpa.

Na mesma linha, rompendo o nexo causal para a ocorrência do dano está o abandono ou interrupção do tratamento pelo paciente, salvo se o abandono for justificado pela piora no seu quadro de saúde ou perda da relação de confiança. No entanto, os meios de provas destas condições excepcionais são bastante complexos. Conforme afirma Kfourri (2002, p. 39), “o paciente deverá provar que o dano foi causado pelo primeiro fato- e aí surgem as dificuldades, porque as vezes o tratamento encetado pelo segundo médico desfaz os vestígios deixados pelo primeiro”.

Superado os aspectos gerais e conceituais da culpa, passemos a análise dos seus pressupostos, bem como o ônus probatório.

3.3.2.2 Características e aspectos gerais acerca da configuração da culpa na relação médico/paciente e o ônus probatório

Conforme já visto em capítulos anteriores, a responsabilidade médica é baseada na responsabilidade civil subjetiva, devendo haver nexo entre a ação do médico e a lesão sofrida pelo paciente. Tem-se, portanto, a culpa como pressuposto do erro médico, conforme preconizam os artigos 951 do CC e art. 14 par. 4 do CDC.

São três as modalidades de culpa médica, que fazem nascer a obrigação de indenizar, a saber a: negligência, imprudência e imperícia, conforme dispõe o Código Civil Brasileiro.

A negligência se caracteriza por ser um descuido, falta de diligência, falta de cuidado. Ocorre quando o profissional médico se omite aos deveres que determinada situação exige. Ocorre, por exemplo, nos casos em que o médico, sabendo que o paciente precisa imediatamente de atendimento, por desleixo, deixa de atendê-lo. Como bem pontua Fernanda Schaefer (2012,p.45), para a omissão de tratamento e abandono de paciente, o Código de Ética Médica classifica como falta grave, já que o direito que o médico tem de escolher seus pacientes não é absoluto; que em casos de urgência e falta de outro profissional habilitado, é sua a obrigação.

Cabe aqui diferenciar urgência de emergência. Segundo o artigo 1 da Resolução 1451/1995 do CFM:

Urgência é a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata. Já a emergência é a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato.

A imprudência é um agir sem cautela, de forma precipitada. O profissional médico age sem a devida precaução, de forma intempestiva, causando lesão ao paciente. Um exemplo de imprudência é a prescrição de medicamentos por telefone.

A imperícia é a falta de aptidão, de habilidade técnica por parte do médico. O médico imperito age com falta de conhecimento técnico e habilidade. Na mesma infração incorre o médico que delega atos a pessoas não habilitadas para o exercício da profissão, ou é conivente com atos médicos ilícitos. Embora alguns autores entendam que o médico não será imperito no exercício da profissão, Fernanda Schaefer (2012, p.47) entende ser possível sim o médico ser imperito, pois a medicina atualmente se tornou altamente especializada e que por isso pode haver a falta do conhecimento necessário para a determinado ato em especial. Até porque o médico não é obrigado a saber tudo em medicina. Sua obrigação é manter-se atualizado em sua área de atuação.

Entretanto, demonstrar que o médico atuou com imperícia, imprudência ou negligência, e que daí resultou dano ao paciente é um desafio. Da mesma forma, difícil é também para o profissional convencer o paciente e/os envolvidos na causa que a sua conduta não foi culposa, que outros fatores podem contribuir para o evento danoso, como o fato de a medicina não ser uma ciência exata, que cada corpo humano pode responder de formas distintas a um mesmo tratamento para uma mesma doença. No caso dos pacientes, vítimas dos supostos erros médicos a dificuldade de prova também existe, principalmente em razão de sua vulnerabilidade técnica.

Pelo exposto, percebe-se que a vulnerabilidade não existe apenas para um dos lados. Ambos ficam, médicos e pacientes, podem estar em condição de fragilidade, cada qual por uma razão.

Como bem elucida Miguel Kfoury Neto (2002, p. 41), a pressão sofrida pelo médico não é leve. Estes são taxados de mercantilistas ao pedirem exames, muitas vezes com o intuito de melhor diagnosticar; por outro lado, se assim não o fazem, são considerados negligentes. Em posição oposta está também o paciente em situação de vulnerabilidade, na medida em que não detém o conhecimento

técnico necessário para avaliar e solucionar seu problema e, por isso, acata o posicionamento profissional em nome da confiança.

Por todas estas peculiaridades existentes nesta relação é que Miguel Kfoury Neto (2002, p.46) afirma lucidamente que “não se pode afirmar pura e simplesmente que a aferição da culpa médica identifica-se com a operação lógico-jurídica aplicável à identificação da responsabilidade dos demais profissionais liberais”, justamente porque existem as características individuais de cada corpo humano que podem findar em reações distintas que muitas vezes fogem do controle do profissional. Portanto, as soluções padronizadas não podem ser aplicadas.

VAZQUEZ FERREYRA (apud Kfoury Neto, 2002, p.46):

Identifica o fundamento para se admitir uma forma especial de avaliação da culpa médica: se o médico deve gozar de alguma liberdade para eleger o tratamento correto, o posterior controle judicial para estabelecer se os deveres profissionais foram ou não cumpridos, para comprovar se existiu ou não culpa, apresenta o risco de coarctar a livre escolha e liberdade de iniciativa do profissional. Tem-se que o médico, presente o risco de posterior censura ou reprovação, deixe de realizar as intervenções ou curas mais arriscadas (porém necessárias), para adotar uma postura de extrema cautela e indecisão, em prejuízo do próprio paciente.

Ou seja, por receio de um julgamento repreensivo a posteriori, o médico opta pela prática de uma medicina defensiva.

A noção de culpa na atividade médica modificou-se drasticamente com o passar do tempo, passando da ausência de responsabilidade, em tempos remotos, quando o médico era equiparado à figura divina, com poderes de cura, ao estado atual, onde qualquer tipo de negligência já é suficiente para fundamentar a responsabilidade civil do médico.

Decerto que, o mais coerente é o exame das circunstâncias do caso concreto, aplicando-se os procedimentos adotados para a definição da culpa comum no momento em que o juiz estabelecerá quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente. Sendo que a não observância aos cuidados esperados caracterizará a ocorrência da culpa. Esta culpa deve ser certa, mas não necessariamente grave.

No que pertine ao ônus da prova, inicialmente convém dizer que este é um dos pontos de maior debate no judiciário, pois tecnicamente as partes não estão em situação de igualdade, já que o paciente nada sabe de medicina. Neste passo, se entende que, via de regra, o médico se encontra em melhor situação para provar

que agiu corretamente, sem culpa. O juiz tem, portanto, a faculdade de inverter o ônus probante, atribuindo ao profissional da saúde o dever de provar que não agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

Ato contínuo, importante esclarecer que esta regra processual não é absoluta. Tudo dependerá do caso concreto, sendo necessário considerar a posição que o sujeito-parte tem a respeito do efeito jurídico pedido. Desta forma, pode-se concluir que o ônus da prova é bilateral, como afirma Miguel Kfoury Neto (2002, p. 54) e será o juiz, a partir da situação fática, quem deverá conduzir a atividade probatória.

Por fim, a respeito do encargo probatório, conclui Miguel Kfoury Neto (2002, p.55) que as partes devem participar ao máximo da atividade probatória, trazendo aos autos, todas as possíveis provas que possam proporcionar ao julgador meios seguros para melhor fundamentar a sua decisão, abstraindo esta forma rigorosa da repartição do ônus da prova, em nome do princípio da cooperação para o melhor deslinde do feito.

Como visto, o ônus da prova, em tema de responsabilidade civil médica, é extremamente complexo. Em face de uma demanda de indenização por danos, o médico tem o dever de provar que cumpriu com suas obrigações e o paciente, provar a culpa do profissional na sua atuação, seja por imprudência, imperícia ou negligência .

3.4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE MÉDICA E A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

Adotando-se um outro enfoque da responsabilidade civil médica, há que se ressaltar que existem casos onde o dever de reparar o dano será afastado . São as causas excludentes da responsabilidade civil.

Leonardo Santos (2008, p. 139) afirma que em razão das especificidades da ciência médica, não pode haver um “radicalismo punitivo”, até porque isto geraria prejuízos para todos.

Além da culpa exclusiva da vítima vista no tópico 3.3.2, existem outras possibilidades de exclusão da responsabilidade civil médica, dentre as quais, Fernanda Schaefer (2012, p.48- 50) destaca: a legítima defesa, o estado de

necessidade, o exercício regular de direito e cumprimento de um dever legal, o fato exclusivo de terceiros, caso fortuito e força maior e a cláusula de não indenizar.

O Estado de Necessidade tem previsão tanto no CC/2002, quanto no CP. Pela lei civil, segundo o artigo 188, não será considerado ato ilícito, aqueles praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

O Estado de Necessidade tem previsão no CP e ocorre quando um dano se faz necessário para remover perigo iminente. Schaefer o exemplifica com o caso do médico que sacrifica a vida de um feto para salvar a vida da mãe.

Há ainda o fato exclusivo de terceiro, caracterizado por um evento inevitável e imprevisível, alheio a vontade do médico e do paciente. Como exemplo, a citada autora traz um prejuízo causado por pessoas alheias ao corpo clínico do hospital.

Também caracterizados pela imprevisibilidade e inevitabilidade estão o caso fortuito e força maior, previstos na lei civil como eventos extraordinários e excepcionais alheios à vontade e ação do médico. Fernanda Schaefer exemplifica com um caso de iatrogenia (estudado no capítulo seguinte), onde um paciente em radioterapia perde os cabelos.

Caso haja a culpa concorrente entre o médico e o enfermo, a responsabilidade será mitigada e a indenização levará em conta gravidade da culpa de cada parte.

Com relação à cláusula de não indenizar, sua validade nos contratos estabelecidos entre os médicos e seus pacientes é questionável. Consiste numa cláusula contratual que prevê a isenção de responsabilidade civil. Alguns autores afirmam que se esta cláusula for ajustada bilateralmente, com vantagens paralelas e, desde que observados alguns requisitos essenciais como o de não contrariar a ordem pública poderá ser utilizada como um argumento válido para eximir o profissional da responsabilidade civil (Schaefer, 2012, p.51). Em sentido oposto, em razão do disposto no artigo 25 do CDC, há quem afirme ser esta uma cláusula abusiva e, portanto, nula de pleno direito. Ambos são posicionamentos extremistas e, por isso, aparentemente não razoáveis.

Sua proibição irrestrita tem como base o dever moral de ressarcimento a quem sofreu um dano, sob a alegação de que esta cláusula desestimula a conduta cautelosa e prudente de quem tinha este dever; em nome de um interesse social.

De outro lado, a autorização irrestrita da aplicação se funda no princípio da autonomia da vontade, exigindo apenas que as partes sejam capazes e o objeto contratual seja lícito.

No entanto, o mais razoável parece ser a análise do caso concreto, sobretudo nos casos de contratos médicos, onde o objeto contratual envolve um direito indisponível: a vida. Assumir uma posição prévia, a respeito da possibilidade de inclusão ou não de uma cláusula de não indenizar pode ser precipitada e injusta.

Os tribunais têm aceitado a aplicação desta cláusula contratual em algumas situações, onde não configure:

Exclusão ou limitação de indenização sobre danos envolvendo direitos indisponíveis, em face de interpretação do artigo 841 do /2002; ou quando a indenização é o objeto do negócio, de modo que sua exclusão ou limitação equivaleria a privar de todo o efeito o negócio jurídico.(Ribeiro;Moura, 2007, p. 03).

Do exposto, pode-se entender que esta cláusula não irá eximir por completo da responsabilidade de reparar eventuais danos causados, em respeito aos princípios da boa-fé e da confiança que regem a relação contratual.

A relevância do tema tem fundamento na importância de se proteger a esfera jurídica de ambos os polos da relação: a vítima do dano, em razão de um interesse social e daquele que exerce atividade com potencial risco de causar dano, em razão da racionalidade econômica.

4 O ERRO DE DIAGNÓSTICO E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO

A responsabilização pessoal do médico tornou-se uma preocupação atual em decorrência do crescente número de ocorrências relacionadas a uma suposta conduta culposa por parte destes profissionais e, por isso vem ganhando destaque, também no meio jurídico, em face do expressivo aumento das demandas judiciais neste sentido.

Diante deste contexto, revela-se importante esclarecer alguns conceitos como o erro médico, o erro de diagnóstico e, em que medida a ocorrência de algum

deles é aceitável de forma a eximir o profissional de responder civilmente por eventuais danos causados aos seus pacientes.

4.1 ERRO DE DIAGNÓSTICO X ERRO MÉDICO

A relação médico-paciente é composta por diversas fases, que vai desde o primeiro contato, até o fim do tratamento. Ou seja, a relação é iniciada com a fase onde serão solicitados procedimentos com o intuito de se chegar a um diagnóstico e, apurado um diagnóstico, vem a fase do tratamento. Como bem ressalta Fernanda Schaefer (2012, p.59), as fases do tratamento médico podem se confundir, principalmente em razão da complexidade do organismo humano. Portanto, o “médico trabalha com fatores complexos, com reações muitas vezes imprevisíveis” e, ciente disso, deve se cercar de todos os cuidados exigidos e esperados em sua atuação, sempre observando os limites éticos e os impostos pela legislação vigente.

Pelo exposto, conclui-se que, na apuração da responsabilidade civil do médico, devem ser considerados os limites subjetivos do profissional em conjunto com os limites orgânicos, principalmente, do seu paciente, para que seja apurada a ocorrência ou não do erro médico ou do erro de diagnóstico e, sendo o caso, os limites de uma eventual necessidade de reparação.

4.1.1 Conceitos e aspectos relevantes

Conforme demonstrado até o momento, não há dúvidas de que para que seja definido um bom ou mau resultado, elementar é avaliação de cada caso concreto.

Fernanda Schaefer (2012, p. 60) afirma que esta avaliação, muitas vezes, se confunde com as expectativas dos pacientes, de forma a ser confundido com erro médico, o resultado diverso do esperado. Neste momento, oportuno é conceituar o erro médico, como sendo, nos termos do artigo 29 do Código de Ética Médica (CEM), como sendo o dano causado a outra pessoa, decorrente de conduta negligente, imprudente ou imperita, seja esta conduta, omissiva ou comissiva.

No passado, o médico era equiparado a uma figura divina, livre de imperfeições e, portanto, não se cogitava qualquer tipo de falha profissional. Esta visão mudou a partir do distanciamento natural entre médico e seu paciente,

decorrente da evolução científica e da necessidade da especialização, como já exposto no primeiro capítulo. As falhas sempre existiram, no entanto, o que antes era tolerável, passou a não ser mais.

O médico, no momento que escolhe a sua profissão, deve ter ciência de que o ato médico é algo indelegável e que sua atividade é de alto risco, pois envolve a vida humana. Por este motivo, no exercício do seu ofício, deve fazê-lo de forma responsável, sob pena de ter que responder civilmente pelos danos que causar.

Na doutrina, a discussão do que vem a ser, especificamente, o erro médico ainda existe, pois a celeuma gira em torno da questão de que a conduta imperita, negligente ou imprudente pode não causar um dano (SANTOS, 2008, p. 161). Questiona-se se ainda assim haveria a possibilidade e a necessidade de uma reparação por parte do médico.

O erro médico pode ainda ser considerado uma falha na conduta do profissional legalmente habilitado que cause uma lesão ao seu paciente. Entretanto, sendo a medicina uma atividade de alto risco, o profissional deve se cercar de todos os cuidados exigidos e esperados dele. Neste momento, importante é sedimentar a idéia de que o ato médico tem obrigação de meio e que, por isso, o médico não se obriga com a cura da enfermidade, mas se compromete a se utilizar de todos os meios possíveis em benefício do paciente, agindo também de forma zelosa, se utilizando das melhores técnicas disponíveis e apropriadas ao tratamento.

Neste contexto, válido se faz mencionar que a obrigação do cirurgião plástico é de resultado e que, por isso a culpa é presumida.

Sendo a atividade médica essencial para a vida humana, afirma João José Leal (1994, p.291) que o profissional médico deve atuar com certa liberdade na busca da melhor técnica, em posse das melhores ferramentas, sempre de forma ética. Salaria ainda que, apesar desta obrigação de cuidado, o profissional é humano e, passível de erros e limitações que devem ser devidamente puníveis.

Neste diapasão, Maria Helena Diniz (2011, p. 740) classifica o erro médico em três categorias: o erro de tratamento, erro de diagnóstico ou prognóstico ou erro na dosagem da medicação.

Para Pablo Stolze e Pamplona Filho (2012, p.274), o erro médico é fruto de uma conduta humana equivocada, no exercício da medicina, sendo a culpa, o elemento anímico fundamental na relação.

Neste sentido, da leitura dos artigos 186 e 951 do CC/2002, se extrai que a culpa é o elemento fundamental para se atribuir a responsabilização.

No seu primeiro capítulo, o Código de Ética Médica reforça a idéia de que o profissional deve agir conforme sua consciência e previsões legais sem, no entanto, ignorar as escolhas do seu paciente, desde que razoáveis, sendo a responsabilidade do médico, pessoal e não presumida, e que qualquer conduta desviante deverá ser punida judicialmente ou em nível institucional.

Pertinente, ainda, é a diferenciação entre erro médico e acidente inevitável. O erro médico, como já exposto, é uma conduta inadequada do profissional por inobservância de um dever de cuidado que enseja a responsabilidade, ao passo que o acidente imprevisível é causado por um caso fortuito ou força maior que causa dano à integridade do paciente Maria Helena Diniz, (2011, p. 746). Neste contexto, convém também citar o resultado incontrolável. Este decorre de situação incontrolável, muitas vezes, de origem orgânica; das especificidades de cada organismo humano. Por esta razão é que Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p.247) afirmam que não seria justo o profissional responder por estas incertezas decorrentes das diversas reações advindas do próprio corpo humano, sem que a participação desidiosa do médico.

Fernanda Schaefer (2012, p.63) fala ainda sobre o erro escusável, como sendo aquele que decorre desde as reações inesperadas do corpo humano, perpassando pelos erros relativos à própria limitação da Ciência Médica, até os advindos de informações errôneas fornecidas pelo próprio paciente.

Para se estudar o erro de diagnóstico, salutar é definir alguns conceitos, como diagnóstico, prognóstico.

Inicialmente, Thomas Stedman (apud Schaefer, 2012, p. 64) define diagnóstico como sendo a “determinação da natureza de uma doença”, podendo ser decorrente de um avaliação clínica, diferencial, laboratorial, por exclusão, patológica, física, pré-natal ou neonatal.

Prognóstico é uma hipótese ou probabilidade que indica quais as possíveis doenças que podem ser responsáveis pelos sintomas diagnosticadas.

Neste sentido, considerando ser o diagnóstico, um ato médico e, portanto, de exclusividade do profissional médico, importante é que seja elaborado com muito cuidado e atenção, à partir de todos os sintomas apresentados pelo paciente, bem

como considerando a anamnese e outros exames que se julgar necessários para a identificação da enfermidade (Schaefer, 2012, p. 65-66).

Neste momento, importante é diferenciar a anamnese do exame físico. A anamnese diz respeito ao histórico de todos os sintomas narrados pelo paciente sobre seu estado clínico, ao passo que os exames físicos são avaliações referentes aos aspectos fisiológicos do paciente, constatados pelo médico.

Pelo exposto, é evidente que diagnosticar corretamente é um ato de grande relevância, que deve ser feito com muita calma, de forma minuciosa, considerando todas as variáveis possíveis, pois qualquer erro neste momento poderá comprometer a possibilidade de cura ou acarretar danos irreparáveis ao paciente (Schaefer, 2012, p. 67). Salutar classificar, ainda, os erros de diagnósticos, em erros evitáveis e erros inevitáveis, frisando que os erros evitáveis podem gerar a obrigação de indenizar, ou seja, ensejam a responsabilização profissional.

Neste diapasão, Fernanda Schaefer (2012, p.66) afirma que os erros evitáveis trazem sérias complicações ao paciente de ordem física e/ou psicológica, podendo ser também fatal, irreversível. Assim, o médico responderá sempre que incorrerem em erros injustificáveis e inevitáveis ou até mesmo os grosseiros.

Apesar de todo cuidado exigido quando da elaboração do diagnóstico, existem casos onde o perigo de vida ou o sofrimento intenso exigem do profissional uma atuação imediata, muitas vezes sem o resultado dos exames realizados com a finalidade de embasar o diagnóstico. Entretanto, estas são situações onde o médico deve agir em razão da emergência, sendo exigido dele somente que a decisão seja pautada no bom senso e num diagnóstico clínico de probabilidade, em busca da proteção da vida e integridade de seu paciente

Fernanda Schaefer (2012, p. 68) traz como um exemplo de erro que gera responsabilização o ato de diagnosticar como uma simples indisposição um acidente vascular cerebral, quando o paciente já sofria de problemas cardíacos. Ou, diagnosticar AIDS, quando na realidade as amostras de sangue foram trocadas.

Em síntese, o diagnóstico emitido deve ser certo e, para se aproximar desta certeza, o profissional médico deve se cercar de todas as providências preliminares, para que a conclusão seja a mais precisa possível.

Notória é a fragilidade da segurança do diagnóstico, sobretudo porque existem muito mais doenças, além das catalogadas, levando o médico a um

diagnóstico genérico e de probabilidade para não correr o risco de cometer um erro grosseiro

Ainda sobre o ato de diagnosticar, o Código de Ética Médica preceitua que o médico é livre quanto a escolha da forma/ método de tratamento. Ou seja, para um mesmo diagnóstico podem ser cabíveis mais de um tipo de tratamento e o profissional tem a liberdade para optar entre um ou outro sem que isso caracterize um erro de diagnóstico.

Essencial para a emissão de um diagnóstico é a realização cautelosa de exames clínicos. Este é um momento relevante, na medida em que é aí que selada a boa relação entre as partes envolvidas, desde que estes exames clínicos observem as expectativas quanto ao zelo e atenção no ato da sua execução.

O erro de diagnóstico pode ocorrer, para além de um ato falho exclusivo do médico, mas também pode acontecer em função de outros eventos, derivado de informações errôneas fornecidas pelo próprio paciente ou seu responsável. Fernanda Schaefer (2012, p. 73) apresenta a situação de erro onde o paciente se excede ao relatar a gravidade de seu problema, supervalorizando seus sintomas, sem a intenção de enganar e, por outro lado, o médico negligencia por não solicitar exames que possam embasar suas suspeitas, aceitando como verdadeiras as informações passadas pelo seu cliente, fechando um diagnóstico equivocado e consequentemente determinando um tratamento diverso do ideal. Cabe ressaltar que o tratamento, neste caso, poderá ser ineficaz ou causar um dano ainda maior. Em consonância com o que afirma a autora, este não é o caso de culpa concorrente, mas de responsabilidade civil do profissional, na medida em era seu dever apurar o narrado pelo paciente, através de exames, para que fosse fechado um diagnóstico mais preciso possível. O médico infringiu vários de seus deveres, sobretudo seu dever de diligência. Foi também, o galeno, negligente, e portanto deverá responder pelos danos causados.

Existem casos onde, de fato, profissionais e pacientes concorrem para o evento danoso. Trata-se da intitulada culpa concorrente. São situações onde ambos agem com culpa e, em razão disso, a responsabilização é mitigada.

Pelo exposto, restou demonstrado que a conduta do médico deve ser pautada na razoabilidade, bom senso e no zelo, principalmente em razão de ser, muitas vezes, o diagnóstico genérico sendo permitido também a correção, quando necessário, dos possíveis erros.

4.2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance tem origem Francesa e guarda relação com o lucro cessante, na medida em que a vítima perde a oportunidade de obter uma situação futura melhor, similar ao que ocorre no lucro cessante (Cavalieri Filho, 2014, p. 97). O conceito foi importado pelo Brasil na década de 90 e se caracteriza pela obrigação de indenizar a oportunidade perdida de sucesso. Nas palavras de Sérgio Cavalieri (2014, p. 98), a teoria se aplica quando “ a conduta do agente faz a vítima perder a chance. Há certeza quanto à autoria do fato que frustra a chance e incerteza quanto à extensão dos danos decorrentes desse fato. “ No entanto, não são só às condutas comissivas que se aplica esta teoria. Uma omissão também pode ser fato gerador da obrigação de indenizar, com base na perda de uma chance. Corroborando neste sentido, a omissão na conduta do médico pode privar o paciente de uma chance de cura ou de sobrevivência e isto gera o dever de indenizar pela perda de uma chance. Da mesma forma, um equívoco na conclusão de um diagnóstico pode tirar do paciente a chance de um tratamento adequado e, conseqüentemente, a chance de cura.

Insta salientar, que a chance não deve ser vista como algo certo, mas como a perda da possibilidade de alcançar um resultado. “ Não se exige a certeza do dano, basta a certeza da probabilidade (Cavalieri Filho, 2014, p. 99). Neste mesmo sentido, a indenização deve ocorrer em função da perda da oportunidade obter a vantagem. Necessária também é a análise do caso concreto, verificando se a vantagem esperada pela vítima não passa de mera eventualidade ou suposição. Desta forma, “ a adoção desta teoria exige do julgador lucidez para conseguir diferenciar o improvável do quase certo, assim como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir aos fatos as conseqüências adequadas.” (Cavalieri Filho, 2014, p.99).

Quanto à indenização, seu valor deverá ser estabelecido pelo juiz com razoabilidade. O caso emblemático ocorreu num programa de TV chamado Show do Milhão. Neste jogo, o participante deveria acertar todas as respostas das perguntas feitas para alcançar o prêmio máximo de um milhão. No caso em comento, o participante já havia acumulado, em conseqüência dos seus acertos, o prêmio de

quinhentos mil reais e, caso a última pergunta fosse respondida corretamente, o prêmio dobraria de valor.

Entretanto, de forma intencional, a empresa que promovia o concurso formulou uma questão que não havia uma resposta certa e isto inviabilizou a chance de sucesso da candidata.

Inconformada com o ocorrido, a candidata acionou a justiça, pedindo uma indenização contra a empresa que promoveu o concurso, alegando a teoria da perda de uma chance. O caso chegou ao STJ e o litígio, finalmente foi resolvido conforme REsp n 788.459-BA¹

No que se refere à determinação do valor da indenização, conforme resta evidente no referido recurso especial, ela foi definida conforme um juízo de probabilidade matemática, considerando o número de questões e, com base nisto, a probabilidade de acerto. Ou seja, o objetivo é que a indenização seja justa, refletindo as reais possibilidades de êxito.

Parte da doutrina entende que essa teoria mitiga onexo de causalidade, no entanto não é unanimidade. Apesar disso, Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 100) defende ser a perda de uma chance uma espécie de dano, sendo, portanto, um pressuposto da responsabilidade civil.

Quando aplicada à atividade médica, esta teoria ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência. A falha está em tirar do paciente todas as chances de cura ou de sobrevivida. Neste contexto, há discussão sobre o nexo causal entre a conduta médica e o resultado danoso. Só será possível falar em perda de uma chance nas ações omissivas do profissional que causem algum prejuízo ao paciente. “ A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca a possibilidade” (Cavalieri Filho, 2014, p.104) e, por isso é possível se cogitar a indenização pela perda da chance. Noutro sentido, as condutas positivas do profissional que causem dano, ou

¹ RECURSO ESPECIAL Nº 788.459 - BA (2005/0172410-9) RELATOR : MINISTRO FERNANDO GONÇALVES RECORRENTE : BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA ADVOGADO : JOÃO BATISTA LIRA RODRIGUES JUNIOR E OUTROS RECORRIDO : ANA LÚCIA SERBETO DE FREITAS MATOS ADVOGADO : CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTROS EMENTA RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

seja, o erro médico, não enseja a indenização com fulcro na teoria supracitada porque o dano foi causado diretamente pelo médico. Neste sentido, teceu decisão o STJ, conforme REsp 1.104.665, onde o tribunal não aplicou a teoria porque se tratava de mera possibilidade.

Assim, a teoria da perda de uma chance auxilia na obtenção de uma reparação nos casos que decorrem do sentimento de frustração, de uma oportunidade perdida, sendo relevante destacar que no momento de aplicar esta teoria, o dever de reparar o dano caracterize-se somente após a análise apurada do caso concreto, considerando principalmente a razoabilidade e probabilidade da ocorrência do resultado que a vítima buscava e que alega ter sido perdida.

4.2.1 A possibilidade de indenizar diante de diagnósticos médicos equivocados e imprecisos

A perda da chance acarreta um dano. Convém salientar que o dever de reparar decorre de algum prejuízo sofrido em razão de serviço não prestado de forma eficiente. Ao juiz é atribuída a função de apreciar a chance perdida, conforme o caso apresentado. No tocante a aplicação da teoria supramencionada às atividades médicas, a perda da chance de cura abala a causalidade, o nexos causal é mitigado e a indenização é proporcional a chance perdida, ou seja deve girar em torno a probabilidade que o paciente tinha de cura ou sobrevivência.

Conforme já tratado em tópico anterior, a perda da chance não ocorre no erro médico, já que este gera indenização integral, seja de cunho material ou moral.

Afirma Miguel Kfoury Neto (2002, p. 112) que no que se refere a quantificação dos danos, necessário seria a análise do estado anterior da vítima e do dano que resultou a perda da chance para que seja apurado o nexos causal. No entanto, comprovar o nexos de causalidade não é tarefa fácil. Neste caso, será admitido que o elemento prejudicial que determina a indenização é a perda da chance de um resultado favorável no tratamento.

Contudo, para que surja a obrigação de reparar o dano, a conduta médica deverá ser negligente, sobretudo porque o médico lida com as complexidades do corpo humano e as variações de cada organismo.

O direito à proteção da saúde humana não pode se limitar a aplicação estrita do ordenamento jurídico, sem um embasamento ético, individual e social, com

vistas a alcançar o pleno reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Desta forma, é papel da ciência uma forte atuação em busca da cura de diversas doenças, com o comprometimento dos agentes de saúde que devem atuar de forma diligente e prudente.

A possibilidade de indenizar diante de diagnósticos imprecisos ou equivocados ocorrerá quando a atuação do profissional for negligente, imperita ou imprudente, já que a imprecisão ou equívoco quanto à conclusão do diagnóstico podem ser frutos de fatores alheios à conduta médica.

Assim, conforme estabelece Fernanda Schaefer (2012, p. 82), “ ao se analisar o erro de diagnóstico, deve o juiz analisar se o erro foi gritante, como por exemplo, diagnosticar um dente inflamado como tumor maligno sem realizar nenhum exame anterior ou posterior e dar início a um tratamento visando por fim ao câncer e deste tratamento sobrevierem lesões sérias à saúde do paciente. Neste caso, haverá evidente se faz o nexo de causalidade. Já naqueles casos em que houve o erro de diagnóstico, mas este não foi grosseiro ou evidente, deve o magistrado usar de toda cautela possível ao proceder ao julgamento, pois o nexo causal não será tão aparente e, para determiná-lo ou restar comprovada a sua existência , deverá o juiz utilizar-se de critérios até mesmo práticos que o levem a uma decisão justa, deixando de lado as teorias abstratas.”

4.3 IATROGENIA

Novas questões controvertidas surgiram no que concerne à relação médico-paciente, certamente em razão da massificação da medicina e natural distanciamento entre os sujeitos envolvidos nesta relação, conforme já tratado em tópicos anteriores.

Nota-se um crescimento acelerado nas demandas judiciais envolvendo erros médicos e outros fenômenos equiparados. Ocorre que boa parte das vezes o que se considera falha nem sempre o é. Diante deste cenário, torna-se pertinente trazer à baila a iatrogenia. Este é um vocábulo utilizado pela Medicina para indicar o dano causado pelo médico e, pela sua relevância no contexto deste trabalho, será a seguir melhor estudada.

4.3.1 Breves noções conceituais de iatrogenia

Há grande divergência doutrinária na classificação da iatrogenia. Apesar disso, não interferem no cerne do elemento caracterizador da responsabilidade civil do médico: a culpa.

A expressão Iatrogenia deriva do grego, sendo o *iatron* era o local onde os médicos realizavam seus atendimentos e *genu*, aquilo que produz.

Maldonado (2013, p.8), em sua obra específica, chama a atenção para o fato inicialmente citado, quanto ao dissenso entre jurisprudência e doutrina acerca do conceito de iatrogenia.

Rui Stoco (2013,p. 765-766) se filia a idéia de que o dano iatrogênico se resume não apenas aos danos previsíveis, derivados de uma conduta médica prudente, em busca de um determinado resultado, mostrando-se também necessária, como também aqueles danos derivados de uma agir médico falho e, por isso, passível de responsabilização civil. Ou seja, os danos iatrogênicos se equiparam ao erro médico e, por isso são passíveis de responsabilização, segundo este entendimento.

Neste mesmo sentido, Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza (2010, p.21) definem iatrogenia como sendo uma lesão causada pela atuação médica, excetuando a ideia de que o instituto deve ser analisado sob duas dimensões: *lato sensu e stricto sensu*.

O aspecto *lato sensu* entende que todo dano causado ao paciente, seja decorrente de condutas tecnicamente corretas, seja proveniente de falha, será um dano iatrogênico. Segundo este enfoque, o dano iatrogênico se nivela ao erro médico e, por isso, impõe o dever de indenizar.(Couto Filho; Souza, 2010, p. 21)

Em contraponto, o sentido estrito do termo, se consubstancia do dano oriundo da atuação médica tecnicamente correta, em observância a todas as normas éticas e técnicas exigidas. (Couto Filho; Souza, 2010, p.22).

Para Maldonado (2013, p. 7), iatrogenia e responsabilidade civil são institutos totalmente inconciliáveis. Ou seja, o dano provocado por médico em seus pacientes, desde que dentro dos padrões éticos e técnicos estabelecidos não ensejam a responsabilidade civil e, portanto, não dão direito a indenização reparatória.

Deste modo, as lesões iatrogênicas seriam aquelas previsíveis, esperadas ou não, oriundas do próprio caminho procedimental.

Maldonado ainda classifica a iatrogenia em duas espécies: positiva e negativa.

Na primeira, as mudanças no estado do paciente são inofensivas.

Quanto a negativa, o autor afirma que o paciente sofre algum dano originado pela conduta médica e a subdivide em duas subespécies: necessária e desnecessária. Na necessária, o dano é cuidadosamente dimensionado pelo especialista, sendo inclusive, esperado. O risco é assumido em face da necessidade. Na iatrogenia negativa desnecessária o prejuízo causado poderia ser evitado, seja em razão da existência de outras técnicas disponíveis, seja pela inadequação da técnica utilizada ao caso. Quanto a esta última subespécie, doutrina entende ser inadmissível a utilização.

Pelo exposto, e em face da relevância do tema, apropriada se faz a análise acerca dos pressupostos para caracterização do dano iatrogênico e sua situação frente ao ordenamento jurídico pátrio.

De acordo com Irany Novah Moraes (apud Maldonado, 2013, p.8), o dano iatrogênico se materializa em três tipos. No primeiro tipo, a lesão restaria apresentada quando, além de previsível, fosse também esperada, pois seria natural do próprio iter procedimental. É o caso, por exemplo, de um procedimento de amputação de uma perna em razão de um tratamento de diabetes, sendo esta a conduta recomendada em virtude de um benefício maior, que supere o mal causado (Santos, 2008, p.164).

Um segundo tipo, vislumbra situações previsíveis, mas inesperadas para o caso, resultantes do risco inerente a todo procedimento médico, em razão da complexidade e incompletude da ciência médica. O dano é fruto das variáveis orgânicas a que se sujeitam os médicos quando no exercício do esculápio. As reações alérgicas em razão do uso de contrastes radiológicos, são exemplos que corroboram esta hipótese de iatrogenia.

No último caso não há exatamente um dano iatrogênico, porque são situações onde o médico age em desacordo com os critérios técnicos estabelecidos pela profissão. Ocorre, portanto, uma conduta desviante e, por esta razão, passíveis de responsabilização.

Tecidas tais considerações, necessário é reconhecer a previsibilidade como uma das características das situações de iatrogenia. Não sendo o dano ao menos previsível, não há como se configurar a lesão iatrogênica.

Sendo a iatrogenia “ meio lícito para se atingir o fim colimado, de acordo com procedimento técnico recomendado pela doutrina e prática médicas” (Carvalho, 2013,p. 9), imperioso é enfatizar que a previsibilidade deve ser analisada conforme o atual estágio de desenvolvimento da ciência médica. Desta forma, importante é que o galeno tenha consciência que determinado resultado, ao final do tratamento, pode ou vai ocorrer.

Além da previsibilidade, deve se analisar também a questão da necessidade de ocorrência da lesão, na medida em que o que se busca é a proteção a saúde do paciente. A conduta médica deve ser sempre guiada pelas normas profissionais e éticas, além da obrigatoriedade de se atualizar com novas técnicas descobertas pela ciência. Nesta toada, só será admitido um resultado adverso, ou seja, o dano só será tolerado, caso a técnica utilizada seja a única existente ou a mais benéfica para o paciente.

Por fim, depreende-se do texto que são dois os requisitos caracterizadores da lesão iatrogênica: a previsibilidade do dano e a necessidade de sua produção.

4.3.2 Iatrogenia como causa excludente de responsabilidade médica

A teoria da culpa, já apresentada oportunamente, traz situações onde, embora haja conduta humana que cause dano a esfera jurídica de outra pessoa, há o rompimento do nexa causal de modo que a esvaziar a pretensão a reparação da lesão causada (Gagliano; Pamplona Filho, 2011, p. 121).

A lei civil, materializada pelo CC/2002, em seu artigo 188 elenca, como causas que excluem este dever de reparar: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de um dever legal, caso fortuito e força maior, exercício regular de um direito, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima.

Posto este cenário, necessária é a adequação das questões iatrogênicas à realidade do nosso ordenamento jurídico.

Superada toda a discussão doutrinária acerca da conceituação da iatrogenia, salutar é, novamente, enfatizar a previsibilidade e a necessidade como pressupostos para a sua configuração, diferente do que ocorre nas causas excludentes de responsabilidade civil, sobretudo em razão da falta de justificativa para a ocorrência do erro.

Segundo, José Carlos Maldonado de Carvalho (2013, p. 7), não há compatibilidade entre a iatrogenia e a responsabilidade, sendo, inclusive, termos excludentes. Portando, uma vez ocorrida a lesão iatrogênica, responsabilidade civil não há. Seria, para Maldonado, a iatrogenia um erro excusável. Desta forma, a iatrogenia seria uma causa excludente de responsabilidade civil.

Rui Stoco (2013, p767) defende ser a iatrogenia um exercício regular de direito. Afirma o autor que o “exercício regular de uma atividade médica ou cirúrgica justifica-se formalmente porque consiste no exercício regular de uma atividade legítima e materialmente porque constitui meio justo para um justo fim ou meio adequado para um fim reconhecido pela ordem estatal.”

Há autores que cogitam a possibilidade de enquadrar as lesões iatrogênicas na hipótese de estado de necessidade, em razão da necessidade da adoção da técnica lesiva em prol de um benefício maior. Assim, tal prática seria considerada totalmente necessária à remoção de um perigo iminente (Santos, 2008, p. 166).

Não obstante o debate doutrinário acerca do enquadramento da iatrogenia nas hipóteses tradicionalmente conhecidas de excludentes de responsabilidade civil, em verdade a iatrogenia é um causa típica de excludente de responsabilidade médica. Não há, portanto, como enquadrar a iatrogenia entre excludentes tradicionalmente conhecidas.

Antônio Couto Filho e Alex Souza (2010, p. 24) consideram a possibilidade, atualmente, de se estender a incidência da iatrogenia a outros segmentos relacionados a área médica; aos que estudam a saúde do indivíduo, acreditando que também se sujeitam aos riscos a ela inerentes.

Contudo, o instituto aqui tratado não pode ser desvirtuado a fim de exonerar de responsabilidade quem, em verdade, age com dolo ou com desídia no exercício de seu ofício. Em razão desta necessária proteção ao paciente é que os fundamentos para a aplicação da iatrogenia devem ser bem alicerçados para que tais situações sejam repelidas pela nossa jurisprudência e, sendo o caso, haja a reparação integral do dano, conforme preceituam o CDC e o CC/2002.

4.3.3 Erro médico e a Iatrogenia

Atualmente, os Tribunais vêm sendo, cada vez mais, sobrecarregados com demandas relacionadas ao exercício da medicina e, usualmente, parte destas demandas são fundadas num falso julgamento do que vem a ser o erro médico.

Neste sentido, Elias Farah (2010, p. 62) ao abordar o assunto, afirma que a busca excessiva pelas demandas indenizatórias contra os médicos se consubstanciaram com a previsão na CF/88 da indenização por danos morais e ganham forças com o surgimento do CDC, ao trazer o senso dos direitos do consumidor. Neste contexto, os Tribunais foram surpreendidos com reivindicações indenizatórias exorbitantes, induzindo-os a decisões falaciosas. Atualmente, o judiciário, ciente desta realidade abusiva, vêm atuando de forma mais moderada e atenta, em razão, sobretudo da falibilidade humana da qual o médico não escapa.

Afirma o citado autor, sobre a pretensão sem fundamento dos pacientes, incitada pela onda da reparação integral:

A profilaxia do erro profissional está em debate. O paciente insatisfeito com o tratamento médico, correto que tenha sido, é um demandante judicial potencial. No relato, que faz ao causídico constituído para a demanda, o paciente dramatiza os fatos eivados de rancores e distorções. O paciente ou interessado tende a inculcar no interlocutor desavisado uma imagem do médico como um desafeto. Se faltar ao causídico escrúpulo ou se embriagar com os acenos de uma sucumbência judicial polpuda, capitulará à tentação da aventura judicial. (Farah, 2010, p. 62)

Neste contexto, em razão da deturpação do instituto da iatrogenia, de grande relevância é distinguir erro médico, de iatrogenia, já que esta última vem sendo alegada na tentativa de eximir os profissionais médicos da responsabilidade civil em decorrência das falhas cometidas no exercício de seus ofícios. (Carvalho, 2013, p.9)

Diferenciar erro médico de iatrogenia é essencial, principalmente porque, um é passível de responsabilização civil e a outra não, em razão de tudo já explicado até aqui.

Inicialmente, algumas considerações sobre culpa e erro médico são essenciais. Embora possuam conceitos diferentes, estão intimamente ligados, o erro médico e o elemento culpa, na medida em que a culpa é o elemento subjetivo da conduta negligente, imperita ou imprudente, em outras palavras, é determinante para apurar o erro médico. Este último, por sua vez, não encontra um significado pacífico na doutrina.

Segundo Priscila Ramos (2001, p.245), o erro médico pode ser definido conforme três pontos de vista. O primeiro é extremamente genérico ao conceituar erro médico como sendo qualquer conduta médica contrária ao disposto no CEM. O segundo entendimento afirma que erro médico se configura sempre que as expectativas do paciente não forem atendidas, ou seja, sempre que houver um “resultado diverso ou frustrante em relação ao desempenho do médico”, sem considerar outras variáveis. Por fim, um terceiro ponto de vista, afirma que haverá erro médico quando o dano for causado em razão de conduta médica negligente, imperita ou imprudente.

Alguns doutrinadores dão o título de erro médico a qualquer resultado de insucesso no exercício do esculápio, independentemente de culpa (Santos, 2008, p. 155-156). Assim, não sendo a culpa elemento intrínseco ao erro médico, possível seria vislumbrar o erro sem a obrigação de indenizar.

Em contraponto a este entendimento, mais coerente é dizer que nem todo resultado adverso da prestação de um serviço médico é considerado um erro. Em consonância com este pensamento está Leonardo Santos (2008, p. 156) ao admitir o uso da expressão “erro médico” para as condutas evitadas de negligência, imprudência ou imperícia. Nesta mesma linha de raciocínio leciona Kfoury Neto (2002, p. 64) que “ erro médico é aquele culposo em razão de procedimento com negligência, imprudência ou imperícia”. Ainda nesta linha de interlecção estão Maria Helena Diniz (2011, p. 738) e Genival Veloso de França (2013, p. 253), declarando que o erro médico é um resultado adverso causado ao paciente por uma conduta quase sempre culposa. Genival Veloso de França (2013, p. 253) explica a conduta profissional culposa como aquela que contraria os preceitos de lei, capazes de produzir danos ao cliente, em razão da imprudência ou negligência.

Via de regra, a conduta imperita também acarretaria o dever de indenizar. No entanto, minoritariamente, entende Genival Veloso de França (2013, p. 262) que não existe a possibilidade de aferir a culpa do médico através da imperícia, conforme transcrição abaixo:

Nosso pensamento é que o médico habilitado – profissional e legalmente – não pode ser considerado imperito em nenhuma circunstância, por mais palpável que seja essa situação, uma vez que consideramos imperícia a falta de habilidade no exercício de uma tarefa, ou ausência de conhecimentos necessários para desempenhar uma atividade. Consiste ela justamente na incapacidade para determinado ofício. É a falta de prática rudimentar exigida numa determinada profissão, pois sabemos que todas

elas possuem alguns princípios primários, os quais devem ser conhecidos por todos aqueles que a ela se dedicarem.

Ora, se um homem tem nas mãos um diploma que lhe confere um grau de doutor e uma habilitação legal, será extremamente difícil a alguém provar que essa pessoa seja incapaz. Ou se é capaz, ou não. Não é lógico atribuir-se imperícia, em uma situação isolada, a um profissional habilitado e com provas de acerto em outras tantas situações.

Para França, uma falha médica que cause dano ao paciente, em decorrência da inobservância de norma técnica restaria, a depender do caso, configurada como imprudente ou negligente, considerando que o dever de atualização está entre as obrigações do médico enquanto perito.

O galeno age com imprudência quando não observa as cautelas necessárias na execução de ofício; quando atua com desídia .

Importante dizer que a capacidade de previsão do resultado da ação é necessária à caracterização da imprudência. Esta previsibilidade deve ser avaliada conforme o instante da conduta e considerando o atuar de um homem médio, nas mesmas condições (Carvalho, 2013, p. 06).

A negligencia, por sua vez, se caracteriza pela conduta omissiva que viola um dever de cuidado. Como afirma Maria Helena Diniz (2011, p. 741), ocorre quando o médico não faz o que deveria ser feito. A título exemplificativo, pode-se citar o abandono de paciente, o esquecimento de objetos no corpo do paciente ao final de um procedimento cirúrgico.

Sob um outro aspecto, o erro médico pode decorrer de questões de cunho estrutural ou de cunho pessoal. Os erros de ordem pessoal são os decorrentes da negligencia, imprudência ou imperícia, já tratados aqui. Os de ordem estrutural, derivam das condições de trabalho do galeno e dos meios ineficazes para o alcance dos bons resultados (França, 2013, p. 253-254).

Impende estabelecer ainda os fundamentos distintivos entre os institutos do erro médico, resultado incontrolável e o acidente imprevisível. No erro médico, o resultado adverso foi fruto de uma falha na conduta do profissional; no acidente imprevisível, o dano ocorre em razão de caso fortuito ou força maior, não havendo, portanto, qualquer previsibilidade do resultado (Diniz, 2011, p. 746). Quanto ao resultado incontrolável, seria “aquele resultado danoso proveniente de sua própria evolução, para o qual as condições atuais da ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem solução” (França, 2013, p.253). Nas três hipóteses acima, não

há que se falar em responsabilidade civil do médico, já que inexistente o nexo causal entre a conduta e o dano.

Rui Stoco (2001, p.109) diferencia, ainda, o erro médico do erro de técnica ou erro profissional. O erro médico se caracteriza, para o autor, pela conduta negligente, imperita ou imprudente que cause dano a alguém, conforme o exposto até aqui. Entretanto, para ele, para além do erro médico, pode ocorrer o erro de técnica. Seria a hipótese onde, em casos duvidosos, o médico tem que escolher dentre as técnicas procedimentais disponíveis, a melhor, sem saber de pronto se esta geraria o melhor resultado. Sendo este resultado final, danoso, estaria caracterizado o erro médico. Portanto, nos erros de técnica, o erro está na técnica escolhida, e não na conduta do galeno. Em razão da incompletude da medicina e desde que a técnica utilizada tenha sido conhecida, este erro será justificável, conforme justifica Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 344).

Por todo o exposto, nota-se que não há um conceito unificado no que se refere ao erro médico. Para fins deste trabalho, o erro médico será caracterizado quando a conduta médica culposa, seja por imprudência, negligência ou imperícia, no exercício regular do seu ofício, causar dano ao paciente.

Da mesma forma, restou claro também que não há consenso na doutrina sobre a definição de iatrogenia. Inclusive, muitas vezes os institutos da iatrogenia e erro médico são confundidos.

Inicialmente, a iatrogenia é entendida como qualquer alteração que o médico provoque no seu paciente, ainda que evidente seja o erro médico. Não obstante, essa a obrigação de reparar o dano causado é imposta ao médico.

Corroborando esta ideia inicial, de que as lesões iatrogênicas são passíveis de responsabilização civil, da mesma forma que os erros médicos, existem algumas decisões. Num primeiro caso, um paciente se submeteu a um procedimento cirúrgico para a retirada de nódulos no pescoço e em seguida, passada a cirurgia, notou uma possível lesão motora no nervo espinhal, consubstanciada por fortes dores que prejudicavam seus movimentos de pescoço e ombro. O laudo pericial confirmou o que denominou “lesão iatrogênica”, pois decorrente de ato médico, e a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em razão das lesões iatrogênicas, manteve a indenização fixada em primeiro grau, por conta dos danos causados ao paciente.

Outra situação semelhante se depreende da decisão proferida onde o Desembargador asseverou ser a iatrogenia uma alteração física no paciente provocada pela atuação médica e a equiparou ao erro médico e, por isso, passível de indenização. Foi um caso onde o paciente teve seu intestino perfurado após um procedimento para a retirada de um cálculo renal. Não restou dúvidas de que o fato decorreu de um erro médico grosseiro. No entanto, em decorrência do fato, foi mantido o entendimento de que caberia a indenização pelo dano sofrido pelo paciente, em razão do que o tribunal denominou lesão iatrogênica. Mais uma vez, foram colocados no mesmo patamar, o erro médico e o dano iatrogênico, ambos como sendo passíveis de responsabilização civil, desconsiderando a previsibilidade e necessidade exigidas para a configuração do dano iatrogênico.

Existem situações, porém, onde se discrimina o erro médico e a iatrogenia, mas que a justificativa para que haja ou não a obrigação de indenizar se funda em argumentos diversos dos expostos até aqui, desconsiderando um dos pressupostos para a caracterização das lesões iatrogênicas: a previsibilidade. Para elucidar esta situação, há a Apelação APL 00032874320098260361 SP 0003287-43.2009.8.26.0361 ², onde a autora alega ter sofrido lesões em decorrência de um procedimento cirúrgico e pede reparação civil em razão do suposto erro médico. O laudo pericial indica não ter havido erro profissional e, com base nisto, foi provido o recurso dos réus para julgar improcedente o pedido de indenização, sob o fundamento de que realmente não houve o erro médico e que o perito “adotou o conceito de iatrogenia, muito comum na medicina. Acidente imprevisível. Erro escusável”, desprezando a previsibilidade necessária do resultado danoso para que seja caracterizada a iatrogenia.

Sem embargo, verificam-se outras diversas decisões que corroboram o entendimento aqui esposado. Neste sentido, decide a 2 Turma Cível do Tribunal de

² RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. ERRO MÉDICO. LESÃO IATROGÊNICA.1. Afirmou a autora que o réu, médico, na primeira cirurgia executada, causou lesão de "colédoco com ligamento de ducto hepático direito" e, por isso, a razão da grave infecção abdominal sofrida pela autora. Pede reparação por danos morais, materiais e estéticos.2. Realizou-se prova pericial a fim de que fosse apurado o alegado erro médico. O perito examinou a gravação da cirurgia realizada por videolaparoscopia. Afirmou que não verificou ter o réu cometido a lesão alegada e, por isso, confirmou não ter havido erro profissional no ato cirúrgico. 3. Diante deste quadro, não se viu erro profissional que poderia conduzir à pretendida indenização. O perito adotou conceito de iatrogenia, muito comum na medicina. Acidente imprevisível. Erro escusável.4. Recurso dos réus provido para julgar improcedente o pedido de indenização.

Justiça do Distrito Federal³ e afasta o dever de indenizar do profissional em razão da verificação do dano iatrogênico, caracterizado pela previsibilidade do resultado lesivo e necessidade da adoção do procedimento que poderá acarretar a lesão.

Assim sendo, notória é a divergência jurisprudencial, de sorte que se revela essencial um estudo mais aprofundado para que se imputar um conceito adequado a iatrogenia.

4.4 CRITÉRIOS QUE JUSTIFICAM A MARGEM DISCRICIONÁRIA DA MEDICINA NA ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Atualmente, à atividade médica, em razão do contexto vivenciado pela sociedade, sobretudo por conta do crescente aumento nas demandas envolvendo erros médicos, vem sendo impostas cada vez mais regras rígidas, estabelecidas em preceitos éticos e jurídicos, em busca de uma maior eficiência na prestação dos serviços médicos, em face da necessária proteção ao paciente.

³ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – REPARAÇÃO DE DANOS – CIRURGIA PARA RECONSTITUIÇÃO DE MAMA EM paciente submetida à mastectomia para retirada de neoplasia maligna – NECROSE DE PELÉ E EXTRUSÃO DE EXPANSOR – RISCO INERENTE E COMPATÍVEL COM O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO – ERRO MÉDICO NÃO CARACTERIZADO – DANO IATROGÊNICO EVIDENCIADO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – AGRAVO RETIDO – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL POR MÉDICO CIRURGIÃO-PLÁSTICO E NÃO POR ESPECIALISTA EM MASTOLOGISTA E GINECOLOGIA – DESPROVIMENTO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – RESSARCIMENTO DE VALOR JÁ REEMBOLSADO – REJEIÇÃO.1. O médico, em sua arte, deve ser conhecedor da ciência para dar segurança ao paciente, sendo a sua obrigação de meio e não de resultado, relativamente à terapia e tratamento do enfermo.2. Mostrando-se o ato cirúrgico levado a cabo (cirurgia plástica reconstrutora de mama submetida à mastectomia em decorrência de tratamento de neoplasia maligna) como reparador, mas não estético, e que os danos suportados pela paciente (necrose de pele e extrusão de expansor) estão compreendidos entre 15% (quinze por cento) a 40% (quarenta por cento) dos casos, não há que se falar em reparação por danos morais.3. Ausente comprovação de erro médico, resultante de negligência, imperícia ou imprudência, e caracterizado tão somente o dano iatrogênico, definido como lesão previsível ou sequela decorrente do próprio tratamento a que foi submetido o paciente, afasta-se a pretensão de reparação por danos morais.4. Não merece prosperar agravo retido interposto contra decisão que determinou a produção de prova pericial por médico especialista em mastologia e ginecologia ao invés de cirurgião plástico, pois o magistrado é livre para escolher o profissional de sua confiança que possui os conhecimentos científicos necessários para elaboração da prova técnica. Ademais, se ao fim e ao cabo, vislumbrar-se que a prova pericial não se revela apta para elucidar os questionamentos postos nos autos, pode-se designar outro profissional para complementar a prova técnica, porquanto “o juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida” (artigo 437 do [Código de Processo Civil](#)).5. Não caracteriza litigância de má-fé o pleito de ressarcimento de valor já reembolsado quando não comprovada a existência de ato doloso da parte requerente nem prejuízo experimentado pela parte contrária.6. Recursos conhecidos. Agravo retido desprovido, recursos de apelação dos réus providos e apelação da autora prejudicada.

O profissional médico, antes reverenciado, considerado um ser supremo e infalível, passou a ser questionado pelos seus atos e, portanto, alvo de investigações e demandas judiciais.

Em razão desta mudança de paradigma, surgem diversos direitos e deveres recíprocos na relação entre médico e paciente que deverão ser observados para que esta necessária ligação entre ambos, ainda que temporária, seja harmoniosa, e que seja preservada a integridade de ambos os lados.

Neste contexto, surge a necessidade de se aplicar o princípio da autonomia do paciente. Sendo assim, o médico, no exercício do *esculápio*, deverá observar, dentre seus deveres, o de informação, desde a concepção do tratamento, até a obtenção do consentimento livre e informado, conforme já tratado em tópico anterior. A informação deve ser clara e precisa, levando em conta as particularidades de cada caso e de cada indivíduo. A comunicação entre os atores desta relação deve ser facilitada através de expressões claras, que favoreçam o entendimento do paciente para que, ciente dos riscos, possa consentir ou não com o tratamento indicado; de forma que este consentimento seja, de fato, livre e esclarecido.

A inobservância deste dever, seja pela falta de informação, ou pela forma inadequada acerca das peculiaridades de cada caso, ofende ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, na medida em que priva a parte vulnerável na relação em se autodeterminar. Além de tolir a possibilidade de escolha do paciente, a falta da informação pode sugerir uma intervenção não autorizada. Desta forma, estaria também vulnerável o profissional médico, porque suscetível a responder pelos danos oriundos do procedimento realizado sem o legítimo consentimento, mesmo nos casos de lesões iatrogênicas (Pereira, 2011, p.177).

Convém dizer ainda que a obtenção do consentimento informado do paciente não exonera por completo o médico de sua responsabilidade de agir de forma prudente, em observância as normas técnicas, sob pena de ser obrigado a reparar eventuais danos que vier a causar em decorrência de sua má conduta (SANTOS, 2008, P. 189). Ou seja, sendo a conduta médica, imperita, imprudente ou negligente e, como consequência, causar dano ao cliente, acarretará a responsabilização do profissional.

O dever de informação também reflete nas situações de iatrogenia. Como já exposto, as lesões iatrogênicas são oriundas do próprio *iter* procedimental, não

decorrem, portanto, de culpa do médico. O profissional saberá que determinada conduta, apesar de necessária, poderá causar um dano (CARVALHO, 2013, P. 09). Por esta razão, nestas situações de iminente risco de um dano iatrogênico, o profissional deverá alertar o paciente sobre estes riscos existentes na adoção de determinada conduta e, neste contexto, obter seu consentimento livre e esclarecido para seguir o protocolo recomendado. Assim, a iatrogenia será causa excludente de responsabilidade médica, desde que o consentimento livre e esclarecido tenha feito parte do contrato.

Ainda nesta linha de interlecção, em face da autonomia do paciente, o galeno, no exercício de seu ofício, deverá adotar uma postura menos paternalista.

Beuchamps e Childress (2002, p. 298) definem a ação paternalista como aquela que substitui a vontade do outro, com base no princípio da beneficência. Entretanto, como já tratado no primeiro capítulo, nas relações atuais entre médicos e pacientes, este princípio da beneficência, focado estritamente nas ações paternalistas, entram em choque com o princípio da autonomia do paciente, sendo necessária a ponderação para saber como proceder em cada caso. Na medicina paternalista não há espaço para diálogos, tampouco para a tomada de decisões em conjunto. Em nome da autonomia do paciente, o papel do médico atual é fornecer informações acerca do caso clínico de seu paciente e os possíveis riscos na adoção de cada medida com a finalidade de ajudar seu paciente a fazer a melhor escolha.

O ponto sensível, portanto, é “ atribuir exatamente a especificação e o equilíbrio corretos à beneficência do médico e a autonomia do paciente na relação entre os dois.” (BEUCHAMPS; CHILDRESS, 202, p. 309)

A autonomia é uma evolução irreversível que deve ser respeitada na relação médico-paciente atual.

Em síntese, o descumprimento do dever de informação poderá ensejar uma responsabilização civil médica, ainda que não acarrete um dano, ou que as lesões causadas sejam as iatrogênicas. Isto porque a falta de informação vicia ou impede o exercício da autonomia da vontade, que tem uma estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, uma afronta a preceitos constitucionais pode possibilitar uma responsabilização por ofensa aos direitos da personalidade.

Vencidos todos os argumentos relacionado ao dever de informação que acarretam a responsabilização médica, passemos agora à questão do erro médico e do erro de diagnóstico.

O erro médico, em regra, é causa de responsabilização civil médica. No entanto, em algumas situações, o profissional médico poderá se isentar responder por eles. Inicialmente, necessário é relembrar o conceito de erro médico, conforme Pablo Stolze e Pamplona Filho (2012, p.274), como sendo o acontecimento danoso, fruto da conduta médica culposa. Desta forma, para que se atribua a responsabilidade civil ao médico, necessário será o exame do elemento anímico CULPA. Portanto, a responsabilidade civil será atribuída ao médico na medida de sua culpa. No entanto, está isento de responder perante seu paciente o médico que, observando seu dever de cuidado, causar dano ao seu paciente, desde que este resultado danoso seja fruto de um evento incontrolável, como por exemplo, reações adversas do próprio organismo humano. Desta forma, Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.247) afirmam que seria injusto o profissional responder por estas incertezas.

Fernanda Schaefer (2012, p.63) denomina estes erros incontroláveis, de erros escusáveis e, por isso, isentos de responsabilização.

Quantos à responsabilização relacionada ao erro de diagnóstico, essencial, de início, é esclarecer que o erro de diagnóstico é uma espécie do gênero erro médico e, assim como eles, pode ser evitável ou inevitável. Só haverá a responsabilização civil atribuída ao médico quando cometerem o erro evitável. Não será responsabilizado o profissional que emitir diagnóstico cercado dos cuidados exigidos, considerando todas as variáveis possíveis, pois qualquer erro neste momento poderá comprometer a possibilidade de cura ou acarretar danos irreparáveis ao paciente.

Portanto, os critérios utilizados para isentar de responsabilidade o profissional médico são: obediência ao dever de informação e respeito ao consentimento livre e esclarecido, em face da autonomia privada e a exigência da conduta profissional de acordo com os preceitos jurídicos e éticos, buscando a efetivação do dever de cuidado e diligência no exercício da profissão.

Por fim, as lesões iatrogênicas, em regra, isentam de responsabilidade o galeno, desde que as condutas sejam praticadas em obediência ao consentimento livre e esclarecido.

5 CONCLUSÃO

A proposta deste trabalho foi tratar o instituto da responsabilidade civil aplicado à atividade médica, a fim de entender cada elemento que compõe a relação entre médicos e pacientes e estabelecer os limites aceitáveis, com base em regras e princípios impostos pela ciência médica e o Direito, na condução da intervenção médica.

Inicialmente, mostrou-se essencial o estudo da relação médica estabelecida na atualidade, bem como o estabelecimento dos princípios que norteiam esta relação. Daí, percebeu-se que, as mudanças havidas na relação refletiram na interpretação destes princípios, sobretudo com o surgimento e fortalecimento do princípio da autonomia privada. Neste sentido, o médico atual, deverá adotar uma postura menos paternalista, na condução de seus trabalhos, em respeito ao mencionado princípio, a fim de possibilitar ao paciente uma maior participação com relação a decisão do seu tratamento. Ou seja, em razão desta autonomia privada, o médico, em regra, deverá obter o consentimento do paciente para iniciar ou prosseguir o tratamento. Importante ressaltar que este consentimento deverá ser livre e esclarecido, de forma que, ciente da situação, o paciente possa, sem interferência externa, optar pelo tratamento ou não.

Mostrou-se ainda indispensável o instituto da responsabilidade civil e seus pressupostos para se definir as possíveis causas de responsabilização médica, bem como as situações onde o dever de indenizar deverá ser afastado, estabelecendo critérios justificadores desta isenção de responsabilidade, principalmente em razão da necessária proteção ao paciente.

O médico, no exercício da profissão, deverá agir com zelo e diligência, além de se manter sempre atualizado. Sua conduta, portanto, não pode ser negligente, imprudente ou imperita, sob pena de responder por eventuais danos que venha a causar. Nota-se, desta forma, que a apuração da responsabilidade civil médica é baseada na culpa. Não seria razoável atribuir a responsabilidade de forma objetiva ao profissional liberal, principalmente em razão das peculiaridades que diferenciam os serviços de saúde dos demais, como a importância máxima de seu objeto. Seria temeroso!

Não se pode partir do pressuposto que o profissional habilitado comete erros em razão de negligência, imprudência ou imperícia.

Ademais, com relação aos erros cometidos, vale frisar que no que tange ao erro médico, haverá a obrigação de indenizar quando a conduta que causar o dano for culposa ou, ainda, subsistirá a obrigação de reparar um possível abalo em razão de uma conduta médica paternalista, que ignore totalmente a autonomia da vontade do paciente.

Quanto ao erro de diagnóstico, outras variáveis devem ser analisadas antes de se atribuir a culpa, na medida em que o médico trabalha com fatores

extremamente complexos e reações muitas vezes imprevisíveis. Na apuração da responsabilidade médica, fatores subjetivos do profissional, bem como fatores relacionados as limitações inerentes ao organismo humano devem ser considerados.

Sobre a relação obrigacional da relação, se entender ser, na maioria dos casos, uma obrigação de meio. Evidente que cabe ao médico se utilizar de todos os meios disponíveis e necessários para solucionar o problema de seu paciente. Mas, em razão da incompletude da ciência, nem sempre o resultado será satisfatório.

Diante disso, apesar de toda a tecnologia existente, pode-se afirmar que o diagnóstico preciso também não é uma obrigação assumida pelo médico.

Não menos importantes são as lesões iatrogênicas. Estas são lesões previsíveis, decorrentes de condutas médicas necessárias em prol de um benefício maior. Apesar da divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do conceito, é sabido que os danos iatrogênicos não são passíveis de responsabilização, desde que observado o dever de informação por parte do médico e o consentimento livre e esclarecido do paciente.

Por fim, o trabalho ainda analisa a aplicação da teoria da perda da chance de cura, derivada da teoria da perda de uma chance civil. Na seara médica, vislumbra-se a possibilidade de indenização no momento em que, por conta de uma falha médica, o paciente perder a chance de cura de uma enfermidade ou até mesmo de sobrevivência. Só será possível falar em perda de uma chance nas ações omissivas do profissional que causem algum prejuízo ao paciente. A perda da chance acarreta um dano. Convém salientar que o dever de reparar decorre de algum prejuízo sofrido em razão de serviço não prestado de forma eficiente. Ao juiz é atribuída a função de apreciar a chance perdida, conforme o caso apresentado.

A possibilidade de indenizar diante de diagnósticos imprecisos ou equivocados ocorrerá quando a atuação do profissional for negligente, imperita ou imprudente, já que a imprecisão ou equívoco quanto a conclusão do diagnóstico podem ser frutos de fatores alheios a conduta médica.

Desta forma, na relação em análise, médicos e pacientes são vulneráveis, por motivos distintos. O médico em razão da incompletude da ciência médica e complexidade do seu objeto de estudo. O paciente, em razão do conhecimento técnico. Por este motivo é que o Direito em harmonia com a medicina, busca tutelar os direitos de cada um. Assim sendo, a confiança e o respeito devem ser resgatados

através da correta e recíproca observância dos direitos entre as partes. De um lado, o médico deve atuar de forma diligente e com perícia, solicitando todos os exames necessários para se chegar num diagnóstico ideal, além de observar o dever de informação, de forma a oportunizar uma maior participação no maior interessado em sua cura, ou seja, o próprio paciente. De outro lado, paciente, ciente de sua vulnerabilidade técnica, deverá fornecer ao médico subsídios para que seja investigada com propriedade a sua queixa, a fim de se chegar num diagnóstico correto e proceder conforme for conveniente e necessário.

REFERÊNCIAS

_____. **Código Civil: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

_____. **Resolução CFM nº 1246/98.** Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246_1988.htm>.
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

ALMEIDA, Maria Clara Lucena Dutra, A parametrização da indenização por dano estético, 2013 – artigo

BEAUCHAMPS, Tom L.; CHILDRESS, James F., Princípios de ética biomédica, São Paulo, edições Loyola, 2002

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM 1081/82 (DOU, 23/03/1982:4.966)**. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/cfm1081.htm>

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1451/95**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451_1995.htm>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.931/09. Código de Ética Médica**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de Direito Médico: iatrogenia, teoria da perda de uma chance, filtragem constitucional, perícia médica judicial, legislação**. 2 ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DANTAS, Eduardo. Diferenças Entre o Consentimento Informado e a Escolha Esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (Coord.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2009,

FACCHINI NETO, Eugênio. O maior consenso possível – O consentimento informado sob o prisma do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 2, v. 4, jul./set. 2015

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, v.3.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 11 ed. Rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro Forense, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá Editora, vol. único, 2014,

GOMES, Júlio César Meirelles. **Erro médico: Reflexões**. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/459/342>. Acesso em: 30 out. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013,

MATOS, Gilson Ely Chaves de. Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica. **Revista Bioética**. v.15 (2). 2007

RAMOS, Priscila Chaves. Responsabilidade Civil do Médico. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mario Veiga (coords.). **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001

REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014
SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009,

SANTOS, Leonardo Vieira. Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro. Salvador, Editora jus podivm ,2008

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil do Médico & Erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas. 2013

SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: O direito do paciente à informação, o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 2.ed. Editora Jus Podivm, 2011.

STOCO, Rui. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.784, ano 90, p. 105-110. Fev. 2001

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 3 ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Cap.8