



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA ARAÚJO PITTA LIMA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
ANESTESIOLOGISTA NOS CASOS DE REAÇÕES
ANAFILÁTICAS**

Salvador
2013

MARIA ARAÚJO PITTA LIMA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
ANESTESIOLOGISTA NOS CASOS DE REAÇÕES
ANAFILÁTICAS**

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

Orientador: Leonardo Vieira Santos

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA ARAÚJO PITTA LIMA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
ANESTESIOLOGISTA NOS CASOS DE REAÇÕES
ANAFILÁTICAS**

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, ____/____/ 2013

Aos meus pais Raymundo Pitta Lima
Filho e Regina Lúcia Araújo Pitta Lima
que sempre me incentivaram e
estiveram ao meu lado nos melhores e
mais difíceis momentos da minha vida.

AGRADECIMENTOS

À Deus, sempre presente em meus pensamentos, me dando força divina para seguir adiante sempre.

Ao professor Leonardo Vieira Santos, meu orientador, que contribuiu de forma brilhante para a elaboração do presente trabalho. Escolha mais que acertada, uma pessoa capaz, exigente e acima de tudo amiga.

À minha família presente em todos os momentos. Irmã querida com seus conselhos jurídicos pertinentes. Tios e primos pela alegria de sempre.

À Letícia, amiga-irmã, apoio dominical regado à leveza e alegria junto ao meu afilhado Murilo.

À Elis, amiga e companheira diária, sempre me apoiando nas tardes de estudos infindas.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFM	Conselho Federal de Medicina
CREMEB	Conselho Regional de Medicina da Bahia
CREMERJ	Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro
IGE	Imunoglobulina E
Inc.	Inciso
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TEPT	Transtorno do estresse pós-traumático
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto a análise da responsabilidade civil do médico anestesiológista quando se está diante de casos que envolvem reação anafilática. Desta forma, em um primeiro momento procura-se tratar dos aspectos gerais que perpassam a responsabilidade civil e a sua história com o intuito de demonstrar a evolução até os dias atuais. São abordadas questões da ciência anesthesiológica e suas peculiaridades tentando esclarecer parâmetros da prática profissional, deveres e cuidados. Por fim, adentra-se especificamente no campo da responsabilidade civil do médico anestesiológista, examinando o temido choque anafilático e sua ligação com o erro médico. Faz-se necessário avaliar o dever de indenizar decorrente do choque anafilático e o seu enquadramento como uma excludente de responsabilidade civil. Há também a análise da relação profissional existente entre o anestesiológista e o cirurgião-chefe com todas as suas particularidades. Assim, percebe-se a necessidade de estudar também a maneira que a responsabilização civil dos médicos anestesiológistas em caso de reação anafilática vem sendo tratada pelo Direito Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Responsabilidade civil médica. Anestesiológista. Reação anafilática. Excludente de responsabilidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 CONCEITO.....	13
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	15
2.3 VISÃO PRINCÍPIOLÓGICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
2.4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	20
2.5 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	28
2.5.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva	29
2.5.2 Responsabilidade contratual e extracontratual	30
2.6 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO.....	31
2.7 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	33
2.8 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	36
2.8.1 Histórico	37
2.8.2 Responsabilidade civil médica no Código de Defesa do Consumidor	42
3. ANESTESIOLOGIA	44
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ATIVIDADE ANESTÉSICA.....	46
3.2 DEVERES DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA.....	47
3.2.1 Consentimento informado	51
3.3 TIPOS DE ANESTESIAS.....	54
3.4 ESPÉCIES DE CONSEQUÊNCIAS DA PRÁTICA ANESTÉSICA.....	55
3.5 CONCEITO DE REAÇÃO ANAFILÁTICA.....	57
3.5.1 Etiologia, fatores de risco, causas e exemplos	61
4. DEVER DE INDENIZAR DECORRENTES DE REAÇÕES ANAFILÁTICAS	68
4.1 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA.....	68
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA E DO CIRURGIÃO-CHEFE.....	69
4.3 OBRIGAÇÕES DE MEIO OU DE RESULTADO?.....	71
4.4 EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	72
5. CONCLUSÃO	73

REFERÊNCIAS.....	76
------------------	----

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objeto principal de toda a pesquisa o estudo da responsabilidade civil dos médicos anesthesiologistas nos casos de reações anafiláticas. Foram usadas para a análise do problema, fontes antigas por se destacarem devido a sua grande relevância, doutrina atual, jurisprudência, legislações pátrias, resoluções e artigos científicos.

A enorme expansão verificada na área da responsabilidade civil faz-se acompanhar do gradual interesse da sociedade em ir à busca de soluções que tornem efetivamente possível a reparação de todo e qualquer dano, e é possível crer na possibilidade de um restabelecimento do equilíbrio e da ordem social quando o assunto perfaz o dever de indenizar.

Na atualidade o individuo está adquirindo mais acesso à informação e com isso tendo mais consciência acerca de seus direitos o que faz com que recorra frequentemente ao Poder Judiciário a fim de ver satisfeita a sua frustração decorrente de alguma demanda mal sucedida. Neste aspecto verifica-se que casos envolvendo responsabilidade civil médica têm crescido em números de demandas ingressantes nos tribunais.

Através da análise do instituto da responsabilidade civil médica ao longo desta monografia faz acreditar que esta deve ser utilizada com muita cautela e com a intenção de punir apenas quem tenha agido com culpa. Como ensejo desta afirmação sua motivação diz respeito ao restabelecimento do profissional após uma acusação leviana.

Não há um processo de refinamento, uma “peneira” antes de adentrar com causas referentes a erros médicos. Muitas, sem qualquer fundamento jurídico lotam e sobrecarregam os tribunais pátrias em busca de indenizações cada vez maiores alegando erro profissional pela ideia arcaica de que o médico possui o dever de cura. Esse aumento é observado através de dados estatísticos onde nos últimos anos cresce exponencialmente o numero de denúncias e processos.

A situação sócio político econômica do Brasil favorece para este aumento da quantidade de demandas contra profissionais de medicina por conta também da

deterioração dos serviços médicos e suas condições precárias e sub-humanas. O cenário que se encontra é perverso e isso pode parecer desproporcional ou alarmista, mas a verdade é que há uma multiplicação de danos e vítimas.

As precárias condições de serviços de saúde que atraem médicos com dificuldade para realizar sua profissão dignamente com segurança e cuidado favorecem o aumento de processos e queixas. Nesta monta, é mais cômodo e fácil acusar os profissionais por tal prática danosa ao invés de culpar o Poder Público e os empresários que exploram clínicas e hospitais, de fato os principais responsáveis.

No caso dos médicos anesthesiologistas, a situação torna-se de maior importância e complexidade, pois esta especialidade é uma das mais relevantes por trabalhar o tempo todo ponderando riscos com situações inesperadas. Além do mais, tais consequências repentinas na maioria das vezes resultam em acidentes anestésicos graves com lesões extensas e morte do paciente.

O estudo detalhado do papel e desempenho do médico anesthesiologista e da responsabilidade civil se faz importante por decorrer do seu trabalho situações danosas, lesivas e potencialmente letais.

Nenhum médico poderá assumir a obrigação da certeza de cura do paciente, muito menos quando a situação apresentada é grave ou terminal. O anesthesiologista preza por cuidados conscientes e atentos ao paciente não se comprometendo a salvá-lo, mas prestando seus serviços com base nas regras e métodos estabelecidos pela sua especialidade inserindo neste aspecto cuidado e vigilância.

A reação anafilática é um exemplo claro desta consequência grave, severa, repentina, inesperada e que em alguns casos pode ser até fatal. O médico, frente a essas situações deve agir em prol do paciente de modo a esgotar todas as possibilidades para a sua recuperação, além de mantê-lo a todo o tempo sob a sua vigilância, agindo em nome da ética pessoal e profissional.

Esta monografia busca ao final responder questões discutidas pela doutrina: a responsabilidade civil do médico anesthesiologista se enquadra como uma obrigação de meio ou de resultado? É uma responsabilidade objetiva ou subjetiva? Quando existe o dano, a culpa é exclusiva do especialista apenas ou o cirurgião-chefe pode ser responsabilizado solidariamente? A reação anafilática é uma excludente de responsabilidade?

Neste trabalho monográfico será analisado se há ou não a responsabilidade civil do médico anesthesiologista nos casos de reações anafiláticas, avaliando suas particularidades e deveres profissionais. A pesquisa será organizada em quatro capítulos estruturados na forma abaixo descrita.

O primeiro capítulo será destinado à abordagem dos aspectos gerais do instituto da responsabilidade civil, tais como seu conceito, aspectos históricos, uma visão principiológica do Instituto, seus pressupostos de existência, espécies, excludentes do dever de indenizar e a responsabilidade civil médica, capítulo importante por nortear o leitor acerca da estrutura atual com relação à noção da responsabilidade civil para o direito brasileiro.

No segundo capítulo abordar-se-a a atividade da anesthesiologia, seus conceitos, sua ciência, sua história, os deveres deste profissional, os tipos de anestesia existentes, as espécies de consequência das práticas anestésicas e o conceito de reação anafilática com sua etiologia, causas, fatores de risco e alguns exemplos práticos. Desta forma, através destas explanações surge o objetivo de analisar os parâmetros de atuação deste profissional.

O terceiro e último capítulo será destinado a tratar da responsabilidade civil especificamente do médico anesthesiologista onde serão avaliados aspectos cruciais como a divergência existente entre a atuação deste profissional e do cirurgião-chefe, a natureza da obrigação assumida por este especialista, a espécie de responsabilização e a natureza da obrigação quando da ocorrência das espécies de consequências da prática anestésica.

Será feita uma abordagem da responsabilização do médico anesthesiologista nos casos envolvendo as reações anafiláticas, avaliando-se a configuração ou não do dever de indenizar. Para tanto serão tratadas questões referentes às suas implicações médicas e jurídicas, além de também demonstrar ao final do trabalho a excludente de responsabilidade civil decorrente deste fato.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Hoje em dia, com o aumento das demandas no Poder Judiciário, as pessoas informam-se acerca dos seus direitos e levam tais questões frequentemente ao Estado-Juiz, o que passa a tornar mais comuns casos envolvendo a responsabilidade civil decorrente de procedimentos médicos mal sucedidos. Segundo ensina Genival Veloso França (2013, p.217) nem todo resultado diverso do esperado na assistência à saúde é sinônimo de erro médico.

Deve-se começar a desfazer o preconceito que existe em torno dos resultados atípicos e indesejados e focar na premissa que os procedimentos na área médica não garantem 100% (cem por cento) o restabelecimento integral do paciente.

Dar cobertura a todo risco de doença ou morte, em atividade médica, corresponderia a obrigar o médico a dar a saúde ao doente, a prolongar a vida, ultrapassando as potencialidades do médico enquanto homem, para transformá-lo num Deus. (KFOURI NETO, 2002, p.169).

Não se quer através deste posicionamento negar a existência do erro médico, muito pelo contrário, o objetivo é reforçar que além do erro profissional existem diversas outras causas que interferem no seu resultado final que vão desde acidentes imprevisíveis, situações inesperadas como ocorre no caso das reações anafiláticas, a problemas socioeconômicos estatais.

Ninguém também desconhece que muitos destes maus resultados são originados das péssimas e precárias condições de trabalho, numa atenção à saúde cada vez mais decadente e mais anárquica como proposta, mesmo que tenhamos um numero regular de médicos em relação a nossa população. Além de registrarem-se os mais baixos índices de saúde, o profissional sente, em seu dia-a-dia, dificuldades em exercer suas atividades em face dos indigentes meios de trabalho.

Nesse cenário perverso, que pode parecer desproporcional ou alarmista, é fácil entender o que vem acontecendo nos locais de trabalho médico, onde se multiplicam os danos e as vítimas, e onde o mais fácil é culpar os médicos, que ética e legalmente seriam os primeiros responsáveis. Eles não são melhores nem piores que os outros profissionais, mas são os que aparecem no momento da morte ou do desespero, pela natureza do seu próprio ofício. (FRANÇA, 2013, p.218)

A falta de leitos, de profissionais médicos nos ambulatorios hospitalares, de remédios nas farmácias populares são fatores que contribuem em muito para o aumento da taxa de mortalidade. Pode o mau resultado médico ser consequência de alguma falha estrutural, quando os meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta esperada (FRANÇA, 2013, p.218).

Conforme afirmava há 11 anos, Miguel Kfourri Neto (2002, p.18) sobre o crescimento do número de processos judiciais e aumento em 51% das denúncias levadas ao Conselho Regional de Medicina de São Paulo sendo 91% delas referentes a erro médico.

Prezando por dados mais recentes, números divulgados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no ano de 2011 confirmam que milhões de pessoas falecem todo ano vítimas de erros médicos e infecções hospitalares (CAVALIERI FILHO, 2012, p.402). Números que impressionam e justificam o aumento das demandas judiciais.

Para tentar frear essa sobrecarga de processos, a doutrina e jurisprudência trabalham no sentido de assumir que a responsabilidade civil atribuída ao médico em situações como essas apresentadas é de meio, de sorte que, se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado não se pode com isso pressupor um dever de indenizar.

Como afirma Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.45) atualmente a tendência que se observa é de não deixar irressarcida a vítima de atos ilícitos, mas por outro lado atribui-se a subjetividade a esta responsabilidade com culpa provada.

2.1 CONCEITO

A ideia de responsabilidade presente no dicionário Houaiss (2009) remonta ao caráter ou estado do que é responsável. Obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros. Um dever jurídico resultante da violação de determinado direito através da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico. O dever de dar conta de alguma coisa que se fez ou mandou fazer, por ordem pública ou particular.

Tal conceito extenso, adstrito a qualquer análise jurídica aponta a responsabilidade civil como integrante do direito obrigacional. “A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo da violação de outro dever jurídico” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.02).

Segundo Adauto de Almeida Tomaszewski (2011, p.245):

Imputar a responsabilidade a alguém é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo.

Assim como no conceito encontrado no dicionário Houaiss da palavra responsabilidade já se pode observar que a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação em que acarreta, a de reparar o dano. Como prescreve Cezar Fiuza (2011, p.32), há, por conseguinte na ideia de responsabilidade civil uma imposição com compromisso que decorre de algum fato ou ato e que se resolve em perdas e danos.

É importante para tratar o tema se fazer distinção entre obrigação e responsabilidade, sendo obrigação “o dever jurídico originário” e a responsabilidade “um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.2)

A ideia geral da responsabilidade civil é a ideia do dever de indenizar. É um instituto muito importante para o Direito porque se é verdade que o direito tem como uma de suas principais funções a de mantenedor da paz social, o Direito existe para evitar que se tenha o caos social instalado e o dever de indenizar apresenta um pouco deste “papel” trabalhando no sentido de fazer com que as pessoas possam viver com equilíbrio e harmonia (BARROS JUNIOR, 2007, p.45).

Se essa é uma função precípua do Direito não há como negar a existência de um instituto que nasce para disciplinar quando é que deverá existir esse dever de indenizar, quem deverá reparar os prejuízos, como será essa reparação, qual será o valor que o réu deverá em uma ação indenizatória pagar ao autor, se haverá mais de um responsável ou não, dentre outras indagações pertinentes (FIUZA, 2011, p.78).

Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze (2013, p.144) textualmente afirmam que conceituar Responsabilidade Civil gera muita polêmica e controvérsia. Fato que intrigou pesquisadores e estudiosos para o aprofundamento neste tema. O Instituto da Responsabilidade Civil começou a despertar a atenção dos interessados e também de alguns doutrinadores que voltaram suas atenções para o assunto e encontraram divergências no momento em que resolveram conceituá-lo. (BARROS JUNIOR, 2011, p.12).

O estágio atual da Responsabilidade Civil pode ser descrito segundo Anderson Schreiber (2011, p.11) “como um momento de erosão dos filtros tradicionais da

reparação.” Ou seja, a dificuldade está justamente na fluidez do Instituto quando se faz uma análise caso a caso do problema, desta forma, deve-se verificar os pressupostos além de outros fatores importantes que guardam relação com o fato apresentado.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Diz-se que a responsabilidade civil é quase tão antiga quanto o direito e que o direito é tão antigo quanto à própria humanidade na medida em que as pessoas passaram a interagir. A partir daí, os conflitos iniciam-se e surge o direito em uma forma rudimentar e simplória. (VENOSA, 2006, p.44).

Nesta época imperava a barbárie, as comunidades humanas eram muito primitivas e os conflitos eram resolvidos através da violência. Um sujeito destruía a morada de outro, existia igualmente de outro lado a destruição recíproca o qual provocava uma desordem generalizada em toda a tribo. No final, o que havia realmente era um verdadeiro caos. Violência com violência, o dano era respondido com mais dano, com mais agressão. (VENOSA, 2006, p.44).

A vingança coletiva era dominante e não havia regras nem limitações. O dano provocava uma reação imediata, instintiva e brutal do ofendido e de seu grupo contra um ou mais agressores. Com a evolução gradativa partiu-se para uma reação individual, os homens faziam justiça com as próprias mãos (DINIZ, 2010, p.26).

Ainda de forma precária o conceito de responsabilidade confundia-se com vingança e um dano era reparado com a prática de outro dano individual, como preceituado na Lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”. Não havia discussão nem qualquer avaliação de culpa, tal dano era medido através da proporcionalidade causada (LISBOA, 2004, p.48). A responsabilidade surgiu com o início da civilização em um estágio mais avançado.

Com a finalidade de tentar acabar com todos os abusos, o poder público agia de forma a intervir apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa que ocasionou tal dano, prejuízo idêntico ao que experimentou. A partir do momento em que aparece um poder central, antes mesmo

do Estado suficientemente forte para impedir que as pessoas possam deixar aleatoriamente de resolver através da força uma situação ou um conflito derivado de um dano, a situação se reveste de mais organização (DINIZ, 2010, p.27).

Neste momento, passa-se a estabelecer qualquer tipo de regra que discipline minimamente o que deve acontecer na hora em que há a ocorrência de um dano. Há a individualização da responsabilidade como um marco importante para a evolução das indenizações (CAVALIERI FILHO, 2007, p.77).

Após a vingança atribuída a uma forma de responsabilidade surge a composição ou autocomposição prevista na Lei das XII Tábuas, substituindo-a pela compensação econômica, onde as partes devem entrar em um acordo. Como contempla Maria Helena Diniz (2010, p.27), previsto na tábua VII, lei 11^a: “*si membrum rupsit, ni cume o pacit, talio esto* (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo)”.

Em tal modo de reparação atribuía-se ao ofendido o estabelecimento de critérios para o pagamento que deveria ser efetuado pelo causador do dano. Há também a composição tarifada onde o poder central vai começar a estabelecer critérios que deverão ser avaliados e ponderados frente à ocorrência de dano. Nesta época a responsabilidade penal também era baseada neste mesmo critério, de pena privada, haja vista que não existia qualquer tipo de diferenciação (LISBOA, 2004, p.44).

Surge, em Roma, com a *Lex Aquilia*, um importante avanço na maneira de se estabelecer a responsabilidade civil. O advento dessa lei que vem a lume durante o império romano é um marco histórico crucial e de fundamental importância para o desenvolvimento deste instituto porque para parte da doutrina ela é precursora no que tange à ideia de culpa, para que se possa ter caracterizada a responsabilidade.

Malgrado a incerteza que ainda persiste sobre se a “injuria” a que se referia a *Lex Aquilia no damnum injuria datum* consiste no elemento caracterizador da culpa, não paira dúvida de que, sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria *Lex Aquilia*. (GONÇALVES, 2012, p. 48).

A *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do indivíduo responsável pela lesão a outrem suportasse sozinho, o ônus da reparação, esboçando-se desta forma a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se houvesse agido sem culpa. (DINIZ, 2010, p.27).

Outra parte da doutrina diz que o que a *Lex Aquilia de damno* carrega em seu bojo ainda não é a culpa que se tem hoje conhecimento, não pode ser tida como precursora da ideia de culpa, mas sim ela serviria de inspiração para norma posterior que realmente delimitou a ideia de culpa. O fato é que a ideia da culpa passa a ser tratada de uma forma imprescindível como requisito essencial para o surgimento do dever de reparar o dano. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente sem qualquer existência de uma relação contratual prévia (CAVALIERI FILHO, 2007, p.79).

Com a evolução dos tempos, na Idade Média, devido a uma maior estruturação e aprimoramento da ideia de culpa e dolo, foi possível realizar a dissociação entre responsabilidade civil e responsabilidade penal (VENOSA, 2006, p. 46).

Durante a revolução industrial, época em que há uma grande atividade de trabalhadores em fábricas surge conflitos mais rebuscados, aumentando com isso a quantidade de dano. Desta forma, repensa-se o requisito culpa e aprimora-se também o instituto da responsabilidade civil. A culpa já não é tão suficiente para responsabilizar o autor do dano, ganhando visibilidade a chamada teoria do risco, que, sem excluir a culpa, confere uma proteção maior às vítimas (STOCO, 2011, p. 564).

Ainda se tratando da revolução industrial, cresceu o número de acidentes com maquinários e com isso, ficava cada vez mais difícil de conseguir provar a culpa dos empregadores. Desta forma, começa a surgir a ideia da responsabilidade independente da culpa, em algumas hipóteses, em virtude do tipo de atividade desenvolvida pelo autor do dano.

2.3 VISÃO PRINCÍPIOLÓGICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como preceitua Felipe Peixoto Braga Neto (2008, p.34), o princípio da dignidade da pessoa humana é comumente utilizado para embasar e fundamentar uma excludente de indenização. No momento em que a pessoa lesante for hipossuficiente e a vítima do dano for uma pessoa bem aquinhoadada, detentora de um patrimônio vasto, o juiz deve se basear no princípio da dignidade da pessoa humana para determinar que a pessoa não esteja obrigada a indenizar.

No atual nível elevado de desenvolvimento da sociedade, deve-se analisar o instituto da responsabilidade civil à luz dos princípios da solidariedade social com o principal objetivo de estabelecer uma amigável e real possibilidade de conciliação entre o interesse do indivíduo que sofreu o dano e daquele que o provocou, além de considerar também a importância do interesse de toda a coletividade.

Seguindo a Constituição Federal de 1988, art. 3º, inciso I “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Este citado princípio possui ampla aplicação no direito civil. É importante salientar que a solidariedade social acaba por inverter o foco da responsabilização civil, que se volta para a vítima do dano em lugar de seu causador. Há de fato uma análise que se aproxima as convicções da coletividade e dos interesses sociais, onde existe uma aceitação da responsabilidade em decorrência da atividade exercida e do risco criado (MORAES BODIN, 2006, p.78).

O princípio da boa-fé encontra-se positivado no Código Civil e é muito pródigo em efeitos no campo da responsabilidade civil. Judith Martins Costa (1998, p.40) exemplifica isto com base no caso emblemático dos produtores tomates e afirma que os princípios vão definir novos contornos para a responsabilidade civil.

O caso dos tomates versa sobre uma empresa que era responsável por distribuir sementes de tomates para pequenos agricultores gaúchos sob a promessa de compra da produção o que ocorria de maneira continuada e por sucessivas vezes, garantindo com isso a expectativa de celebração do contrato de compra e venda da produção. Porém, em certa ocasião, a empresa distribuiu as sementes e não obteve o que foi produzido. Os agricultores então ingressaram demandas indenizatórias, alegando a quebra do princípio da boa fé, mesmo não havendo qualquer contrato escrito, obtendo pleno êxito (COSTA, 1998, p.40).

É a Constituição que serve de fundamento, por exemplo, para que no Brasil, definitivamente, se dê “um salto” em relação ao instituto ora estudado, que deixa de ser exclusivamente um instituto preocupado com relações individuais. Passam a ser admitidas condenações por danos transindividuais, começa-se a admitir dever de indenizar por danos ao meio ambiente, por danos ao consumidor, e ao mercado de consumo em geral (BARROS JUNIOR, 2007, p.70).

A Constituição, além disso, consagrou e sinalizou de forma decisiva no sentido de abrir caminhos e espaços para o desenvolvimento da teoria objetiva da responsabilidade civil. A Carta Magna, seguindo os passos da sua antecessora, manteve no seu art. 37 a responsabilidade civil objetiva do Estado. O foco da constituição passa a ser a ampla reparação dos danos. E pela grande importância do Instituto a constituição no seu artigo 5º, incisos V e X, ao dispor sobre a possibilidade de compensação dos danos morais. Justamente por valorizar a pessoa enquanto ser humano (BARROS JUNIOR, 2011, p.88). Geralmente os danos morais decorrem de ofensa e afronta aos direitos da personalidade.

Fazendo correlação com esta breve análise principiológica da Responsabilidade Civil Anderson Schreiber (2011, p.04) leciona que:

...também os interesses lesados se expandiram consideravelmente. O reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a definitiva consagração da tutela de interesses existenciais e coletivos, conquistas da ciência jurídica contemporânea, ampliaram imensamente o objeto protegido pelo direito em face da atuação lesiva. Entre outros tantos exemplos, os danos a privacidade, à imagem, à integridade psicofísica têm sido prontamente reparados pelas cortes judiciais. E, na esteira do conteúdo inevitavelmente aberto da dignidade humana, novos danos vêm sendo invocados, suscitando acesas controvérsias no que tange a sua ressarcibilidade.

Ainda com base no pensamento de Anderson Scheiber, (2011, p. 05), atualmente o aumento excessivo das responsabilizações têm provocado uma ampliação na vitimização da convivência social e litigiosidade e por este motivo os institutos *Civil Law* e *Common Law* prelecionam a necessidade de controle a fim de evitar uma sobrecarga do Poder Judiciário do número de pedidos de indenização, algumas descabidas.

É sabido, portanto, que os fundamentos teóricos antes usados para embasar os pedidos indenizatórios, após passar por um processo de filtragem até ingressar no Judiciário não mais funcionam com a mesma eficácia.

“Vive-se um momento de erosão dos filtros de reparação, com a gradual perda de importância dos tradicionais critérios de imputação de responsabilidade (a culpa e o nexo causal), a partir dos quais se promovia rigorosa seleção dos pleitos ressarcitórios”. (SCHREIBER, 2011, p.05)

2.4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como preceitua o artigo 186 do Código Civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Tal dispositivo traz em seu bojo o conceito de ato ilícito que engloba também os quatro pressupostos da responsabilidade civil subjetiva. Ação ou omissão; nexos de imputação, relação de causalidade e o dano sofrido pela vítima (GONÇALVES, 2012, p.66).

Conforme pensa Leonardo Vieira Santos (2008, p.39), após análise deste supracitado artigo conjugado com o que aduz o art. 927 do Código Civil é possível afirmar que a culpa e o ato ilícito não se incluem nos pressupostos da responsabilidade civil, eles, em verdade, são elementos acidentais.

O artigo 927, do Código Civil preceitua que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo;

Parágrafo único. Haverá 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.

O indivíduo, neste passo, poderá agir ou deixar de agir provocando dano a outrem e a consequente indenização da vítima pode decorrer da sua ação, omissão de si ou de terceiro como nos casos envolvendo animais, atos de empregados, filhos tutelados, curatelados, hospitais, educadores, farmacêuticos, entre outros. (PEREIRA, 2001, p.265).

A culpa especifica-se na negligência, imprudência ou imperícia dos atos do autor da conduta lesiva, já o dolo, consiste na vontade de cometer uma violação de direito. (TARTUCE, 2011, p.316).

O Código Civil atual mantém a culpa como elemento acidental da responsabilidade civil, porém quando esta se configura insuficiente para explicar algum fato à frente, o legislador impõe, casos especiais, obrigação de reparar, independentemente da sua presença.

A culpa corresponde à falta de diligência quando da verificação da norma de conduta. Há por parte do agente o desprezo do esforço necessário para observá-la,

com resultado que não seja objetivado, mas previsível, desde que o agente se detenha das consequências eventuais da sua atitude (DIAS, 2011, p.45).

E, no que concerne a conduta culposa, é importante ressaltar que a culpa pode ser de vários tipos. Entre eles destacam-se: culpa *in eligendo* é a que decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: quando há ausência de fiscalização; *in comittendo*: decorrente de uma ação, de um ato positivo; *in omittendi*: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster; *in custodiendo*: falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto (STOCO, 2011, p.335).

Com a ampliação do conceito de culpa e relativização da indenização fala-se também em responsabilização por fato de terceiro, animal e coisa sob a guarda ou domínio de outrem. Vê-se comprovada no Código Civil de 2002 em seus artigos 932, 933 e 934:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

Nesse sentido, ressalta Maria Helena Diniz (2010, p. 523), "com o novo Código Civil consagrada está a responsabilidade objetiva do empregador por ato lesivo de empregado, tendo, porém, ação regressiva contra ele para reaver o que pagou ao lesado como prelecionado pelo art. 934 do CC e o art. 462 § 1º da CLT que diz que "em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado",

pouco importando a questão de se apurar se houve, ou não, culpa *in vigilando* ou *in eligendo*.

Dentre os exemplos de aplicação do enunciado da art. 933 do CC, enquadra-se o caso dos hospitais que, em razão da natureza da atividade exercida, na maioria das vezes, ocupam o pólo passivo de demandas indenizatórias (TEPEDINO, 2002, p.94).

Segundo Anderson Schreiber (2011, p. 11), o sistema de responsabilidade civil foi pensado e taxado nas codificações e tinha na base três pilares inquebrantáveis; a culpa, o dano e o nexo causal. Havia aí para se conseguir uma indenização a quebra de barreiras como a demonstração da culpa do ofensor e a prova do nexo de causalidade entre a conduta culposa do ofensor e o dano.

Hoje, já se pensa a responsabilidade civil como um momento em que há a erosão destes filtros tradicionais da reparação (culpa, dano e nexo causal), como a perda da rigidez e importância da prova de culpa e da prova do nexo causal que eram tidos como mecanismos que dificultavam o ressarcimento das indenizações (SCHREIBER, 2011, p.30).

É de se entender que a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa acontece naquelas situações que estejam especificadas em lei e que a própria atividade desenvolvida proporcione, até mesmo de forma mínima, risco para outra pessoa. (PEREIRA, 2001, p.267).

Dano é qualquer afetação na esfera de interesse da vítima, é o prejuízo decorrente da conduta do agente. É o elemento fundamental da responsabilidade civil, pois é a partir dele que surge o dever de indenizar. (TARTUCE, 2011, p.316).

O dano resta configurado quando há uma lesão a um direito suportada por alguém, resultante de um prejuízo que incide sobre a própria pessoa ou sobre os seus bens. Esta lesão pode ser de ordem material ou extramaterial ou ainda cumuláveis. (DIAS, 2006, p.06)

Não há como se falar em reparação ou ressarcimento, fruto de responsabilização civil, sem a ocorrência de um dano. Inclusive, a indenização, nos termos do art. 944 do Código Civil, dá-se proporcionalmente ao *quantum* do dano (STOCO, 2004, p.129). Preconiza o art. 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano” e o seu parágrafo único estabelece que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Conforme, salienta Sérgio Cavalieri Filho (2010, p.73):

O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

O dano para ser indenizável deve preencher determinados requisitos. Primeiramente, deve haver a transgressão de um interesse jurídico, seja este interesse de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. O dano deve ser certo e efetivo, afinal, no ordenamento pátrio, não são admitidos danos hipotéticos. E, por fim, o dano deve subsistir no momento da reparação. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 38).

Cabe atestar que observando o atual espectro de desenvolvimento da responsabilidade civil quando se falar em dano há que se atentar e alertar para o princípio da máxima reparação deste, segundo o qual a reparação ao prejuízo ocasionado deve se dar de forma adequada e total, de modo a restituir-se o domínio da relação. Avalia-se com esta explicação a relação existente entre seguro e segurado.

Cada vez mais o homem resguarda-se, seja profissionalmente, seja em sua vida privada, através de seguros, a fim de tornar menos gravosa eventual responsabilização civil, em seu aspecto pecuniário. Conforme já citado, os danos classificam-se em materiais e extramateriais, ambos tidos como danos clássicos. Os primeiros também denominados danos patrimoniais. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2006, p. 38). Já os segundos são tidos como danos morais e alguns doutrinadores colocam em seu bojo o dano estético.

O STJ, com base no teor da súmula 387 diz ser possível e lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Com base no entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça cabe também a acumulação dos danos quando há identificação separada de cada um deles, embora, decorrente do mesmo fato. (BRASIL, 2013, p.1912).

Os danos morais como assim define Maria Helena Diniz (2002, p.56) são aqueles cujos conteúdos não se pode auferir. Inclui a sensação dolorosa, aflição física ou moral após a situação vivenciada pela pessoa.

Os danos estéticos são classificados como dano autônomo passível de indenização quando comprovada a sua ocorrência. É dano manifestado em qualquer alteração que diminua a beleza que a vítima possuía, ele é verificado através da aparência da pessoa e pode ser decorrente de alguma deformidade, cicatriz, perda de membros ou outra causa qualquer. (CAVALIERI FILHO, 2011, p.113).

Este dano não recebeu imporância no Código Civil vigente porém é possível identificar talvez uma “sombra” deste na última parte do art. 949 CC: ... “O ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”

Para se ver configurado o dano estético, no ramo da responsabilidade civil, e o conseqüente ensejo de uma reparação pecuniária que vise compensá-lo, não existe necessidade de que o dano tenha como característica uma lesão de alta gravidade. Necessita apenas que a pessoa vitimada tenha sofrido alteração que promova com que esta não possua mais a aparência que possuía antes de sofrer a lesão, onde haja um desequilíbrio entre passado e presente.

Em julgamento realizado pela Primeira Turma, o STJ determinou que o município do Rio de Janeiro pagasse cumulativamente os danos moral e estético no valor de R\$ 300 mil a um recém-nascido que teve o braço direito amputado em virtude de erro médico. Segundo dados do processo (REsp 910794), a amputação ocorreu devido a uma punção axilar que resultou no rompimento de uma veia, criando um coágulo que bloqueou a passagem de sangue para o membro superior.

Ao analisar o caso, a relatora, ministra Denise Arruda, destacou que, ainda que derivada de um mesmo fato, a amputação do braço do recém-nascido ensejou duas formas diversas de dano – o moral e o estético. Segundo ela, o primeiro corresponde à violação do direito à dignidade e à imagem da vítima, assim como ao sofrimento, à aflição e à angústia a que seus pais e irmão foram submetidos. O segundo decorre da modificação da estrutura corporal do lesado, enfim, da deformidade a ele causada. (BRASIL, 2009).

Dano extramaterial é aquele que afeta a pessoa humana no seu ânimo psíquico. Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 377), denomina o dano extramaterial de dano moral e o define como sendo:

[...] o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como se infere dos arts. 1º III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

[...]

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.

Os danos extramateriais ganharam maior reparabilidade a partir da Constituição Federal de 1988. Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 77) quando não era admitido o ressarcimento por danos extrapatrimoniais, o conceito de dano versava sobre a efetiva redução patrimonial da vítima. Após a sua aceitação frente ao novo posicionamento jurisprudencial e doutrinário, o conceito perpassa pela diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, patrimonial ou integrante da personalidade da vítima.

Antes, eram tidos como de impossível reparação. Cabe salientar que sua reparação não necessariamente tem que ser em termos pecuniários, mas sim, tem que se dar de forma a atenuar as consequências do prejuízo imaterial (TARTUCE, 2011, p. 409-410).

A jurisprudência vem apresentando grande tendência acerca da desnecessidade de prova do dano moral, em face do salutar princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto, há argumentação, em sentido contrário, afirmando que isto poderia vir a gerar enriquecimento sem causa (TARTUCE, 2011, p. 410).

O dano moral *in re ipsa* é aquele em que não há necessidade de provar o dano sofrido, ele é presumido e o fato sozinho leva a conclusão de existir dano moral. O STJ mencionou algumas situações onde se encontra casos de dano moral *in re ipsa* são eles: atraso de voo e *overbooking*, inclusão indevida do nome nos órgãos de proteção ao crédito, diploma de curso superior sem reconhecimento do Ministério da Educação – MEC e inclusão indevida e equivocada de nomes de médicos em guia orientador de plano de saúde (BRASIL, 2012).

Já o dano material é aquele que afeta diretamente o patrimônio da pessoa lesada, podendo incluir tanto bens materiais quanto imateriais. Compreende duas espécies, nos termos do artigo 402 do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele

efetivamente perdeu ou que razoavelmente deixou de lucrar”, em outras palavras, englobam os danos emergentes e os lucros cessantes.

O dano emergente “importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito”. Compreende, por conseguinte, o que efetivamente foi perdido em termos patrimoniais (CAVALIERI FILHO, 2010, p.74).

A teoria da Perda de uma Chance corresponde a uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto, quando o benefício não era certo, era aleatório, mas havia uma chance que foi perdida e esta possuía relevância econômica. (KFOURI NETO, 2002, p.104)

“Conforme Jurisprudência clássica a perda de uma chance torna possível à vítima do dano obter indenização por culpa àquele que a priva de uma chance de obter alguma vantagem.” (KFOURI NETO, 2002, p.104).

É possível fazer uma correlação da perda de uma chance com casos envolvendo profissional da Medicina. Com efeito, quando de um tratamento errado, é possível a aplicação da teoria da perda de uma chance. No entanto, deve-se avaliar chance perdida, se esta era séria e concreta.

A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Em outras palavras, o elemento que determina a indenização, é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. O que se perde é a chance de cura e não a continuidade de vida. (CAVALIEIRI FILHO, 2012, p.413)

O lucro cessante, por sua vez, comporta aquilo que o lesado deixará de auferir pecuniariamente, em momento posterior ao dano e em razão de sua existência, se consubstancia, portanto, “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima” (CAVALIERI FILHO, 2010, p.74).

Deve prioritariamente haver uma relação entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima, relação de causa e efeito, um vínculo que caracterize esta relação de causalidade. A responsabilidade objetiva, embora dispense o elemento culpa, não deixa de exigir o nexo causal.

Esclarece o artigo 927 já citado onde se deixa claro a obrigação de indenizar baseado na teoria do risco criado. Percebe-se também que o legislador juntou as duas teorias, tanto a subjetiva no caput como a objetiva no parágrafo único.

“Em nosso entender, a responsabilidade objetiva prevista no dispositivo em exame só se configura quando a natureza do serviço gerar para o fornecedor uma obrigação de resultado” (SANTOS, 2008, p.100).

Por outro lado a responsabilidade civil objetiva agravada mesmo que os danos derivem de caso fortuito e força maior deverá haver indenização e reparação para os que sofreram prejuízos. Tal modalidade de responsabilidade não está contemplada em nenhum dispositivo legal, esta é fruto de uma construção jurisprudencial (NORONHA, 2007, p.36).

Como ensina Fernando Noronha (2007, p.37) a responsabilidade civil agravada se inclui no final de uma evolução que começou a partir do momento em que se reconheceu que o requisito culpa nem sempre era necessário para fazer surgir o dever de indenizar. Acredita-se que em situações especiais prescindia também do nexo de causalidade, para se passar a exigir que o dano acontecido possa ser considerado risco próprio da situação apresentada.

Reflete-se sobre a possibilidade de se avaliar a situação e de se colocar nos lugares dos envolvidos, como um possível autor do dano. A ideia de que a premissa é de reparar o dano a qualquer custo se tal preceito for levado à risca poderá levar a uma circunstância em que você transfere da condição de vítima àquela pessoa que sofreu o dano para a pessoa que vai ter que pagar uma indenização, à luz dessa ideia de erosão dos filtros (SCHREIBER, 2011, p.44).

Ninguém discorda de que todos os danos possíveis e desejáveis teriam que ser indenizados, mas esse cenário teria que ser ideal e esta possibilidade inexistente. Não há economia no mundo que possa garantir isso, porém haverá situações em que o dano ficará irressarcido mesmo, infelizmente (SCHREIBER, 2011, p.45).

Por outro lado deve-se analisar “o outro lado da moeda”, através da ideia de erosão dos filtros e de alguma maneira a pessoa que sofreu o dano deverá ser indenizada. Percebe-se que pelo menos, algum dano deve ter acontecido, quando você comete um abuso e “força a barra”, e a pessoa atingida que não tem qualquer influência ou culpa não poderá sozinha suportar as consequências (DINIZ, 2004, p.05).

A ideia de forma geral é que todo dano deve ser ressarcido e nesta linha toda vítima que sofre diretamente um dano tem o direito de receber uma indenização, mas ocorre que, no polo oposto da demanda figura a pessoa que foi obrigada a ressarcir

de forma radical a lesada, desta forma, “passa-se por cima” das condições e dos aspectos subjetivos que deveriam ser analisados e ponderados.

Existe uma diferença muito tênue entre efeito punitivo da responsabilidade civil e efeito pedagógico. O *punitive damages* é um instituto Norte Americano onde se admite que você estabeleça na hora de condenar um valor altíssimo para que a pessoa tenha a impressão de que há dano muito grave e só assim para evitá-lo e amedrontar.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 432):

O objetivo originário do instituto é impor ao sujeito passivo a majoração do valor da indenização, com o sentido de sancionar condutas específicas reprováveis. Como o próprio nos indica, é uma pena civil, que reverte em favor da vítima dos danos.

No Brasil, a natureza punitiva restringe-se ao direito penal. No direito brasileiro, punição deve derivar do direito penal, no campo da responsabilidade civil a função precípua é de reparação e o que a define é a extensão do dano. Quando se extrapola os limites estabelecidos pelo dano no caso concreto acaba-se gerando um enriquecimento ilícito.

O fundamento para se implantar os *punitive damages* no Brasil é com relação ao princípio da função social (BITTAR, 2001, p.114). Há aqui um caráter eminentemente compensatório e não punitivo como o americano e a sua consequência jurídica recai sobre a compensação da vítima com a devida punição do autor da lesão.

2.5 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Uma das formas de classificação da responsabilidade versa entre a subjetividade e a objetividade que trabalha com o elemento culpa. Conforme o fundamento que se dê à culpa nos casos que envolvem a responsabilidade civil, ela deverá ou não integrar o dever de reparar o dano (GONÇALVES, 2012, p.543).

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2011, p.15) a responsabilidade civil apresenta como elemento uma conduta violadora do dever jurídico sendo desta forma passível de divisão em diversas espécies. O que irá depender de fatores que estabelecem relação com o dever de indenizar e o elemento subjetivo da conduta.

2.5.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Para Silvio Rodrigues (2002, p.65) “realmente se diz ser subjetiva, a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e objetiva, quando esteeda na teoria do risco”.

No que tange à responsabilidade subjetiva, ela coloca a culpa como fundamento da responsabilidade civil sendo possível conceituá-la como aquela que pressupõe a existência de culpa, em sentido amplo. Para ver surgir o dever de indenizar deve a vítima comprovar a culpa do agente, a menos que a culpa seja presumida, ocasião em que há inversão do ônus da prova.

De modo distinto é a responsabilidade objetiva a qual pressupõe a reparação do dano independentemente de culpa do agente causador, pela atividade perigosa por ele desempenhada.

É dependente de previsão legal, sendo irrelevante a ideia do agir com culpa ou não, bastando que haja a existência de uma conduta, de um dano, e do nexo de causalidade entre conduta e dano (LISBOA, 2004, p.86).

Existem situações em que o motivo para indenizar correlaciona-se com a efetivação de determinados direitos por simples imposição dos dispositivos legais como ocorrem em casos envolvendo estado de necessidade e excludente de ilicitude. Incomuns de ocorrer, excepcionais e raras (SANTOS, 2008, p. 83).

O embasamento da teoria objetiva tem como principal fundamento a teoria do risco e é possível apropriar-se deste conceito mesmo não se permitindo omitir importantes definições como a equidade ou o contido no conteúdo legal, que também justificam, em alguns casos excepcionais, o dever de indenizar sem a verificação da culpa. (SANTOS, 2008, p. 88).

De outro lado muitos são os exemplos de responsabilidade objetiva fundada no risco e a previsão expressa disto está contida no art. 927 do CC. Deste modo, assenta a existência do risco criado e o desejo de extirpar a culpa enquanto pressuposto subjetivo da responsabilidade civil (SANTOS, 2008, p.86).

O direito clássico posiciona-se taxativamente quanto às condições para a caracterização da responsabilidade civil objetiva estando ela embasada na culpa

pessoal ou no risco criado. Decorrente deste conceito surge a real diferença existente entre perigo e risco.

E se entendermos “perigo” como a probabilidade de um evento futuro danoso, resultante do que pode ser imputada a algo externo, colocado fora do poder de opção do agente, será possível falar-se de “risco” quando um dano, qualquer que seja, for passível de ser entendido como consequência de uma decisão, seja ela imputável ao agente ou atribuível a um outro que não ele. (SANTOS *apud* PASSOS, 2001, p.132-133).

Apesar de haver tal subdivisão, é importante a conciliação de ambas as teorias buscando de maneira igualitária a resolução dos conflitos da melhor forma possível, sempre com uma análise crítica e justa em cada caso concreto.

Como afirma Leonardo Vieira (2008, p. 82-83):

Tal abordagem reveste-se de imensa importância, uma vez que se admite a coexistência das duas teorias, como comprovam o art. 927 do CC/02 e o art. 14 do CDC, vislumbra-se, de logo, a relevante tarefa doutrinária e jurisprudencial de analisar as hipóteses em que uma ou outra deverá prevalecer. Aliás, como cediço, o problema eleito nesta dissertação não passa justamente do tratamento desta *quaestio* no que tange à atividade de médicos e hospitais.

2.5.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

O Código Civil elenca as duas espécies de responsabilidade em epígrafe. A contratual advém de um contrato firmado previamente entre as partes e esta é caracterizada quando há um descumprimento total ou parcial de uma obrigação anteriormente pactuada. Ela encontra-se elencada nos artigos 389 a 393 do Código Civil Brasileiro e engloba todas as fases existentes em um contrato.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir

A responsabilidade extracontratual pode ser encontrada nos artigos 186 já citado acima, 187, 188, 927 e seguintes do mesmo *Codex*. À primeira análise, a responsabilidade extracontratual é aquela que não deriva de contrato e ocorre quando algum dever legal é descumprido. Não há existência prévia de nenhum vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito (GONÇALVES, 2012, p.62).

Outro fator diferenciador da responsabilidade contratual e extracontratual perpassa pelo ônus da prova da culpa, onde há uma abordagem diferenciada quando se trata de responsabilidade contratual subjetiva com obrigação de resultados.

Assim, nesta ideia trabalha o professor Leonardo Vieira (2008, p. 92),

De fato, na responsabilidade extracontratual o *onus probandi* atinente à culpa cabe sempre à vítima do dano. Já na responsabilidade contratual subjetiva (na objetiva as discussões em torno da culpa obviamente perdem substância), desde que o contratante tenha assumido a obrigação de atingir determinado resultado, a este caberá provar a ausência de culpa na sua conduta para que não lhe seja imputada a obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes da não obtenção do resultado prometido. Há, portanto, uma inversão do ônus da prova no que tange à culpa, bastando à vítima provar o dano e onexo causal para que se configure seu direito à indenização, que subsistirá salvo a prova da não culpa a cargo do agente.

Como escreve Silvio Venosa (2002, p.20) há uma similaridade entre as responsabilidades contratuais e extracontratuais e na sua existência de fato elas não são distintas, quem extrapola uma conduta e a transgredir com um comportamento antijurídico, com ou sem contrato poderá ser obrigado a ressarcir o dano.

Autores criticam esta dualidade de tratamento e há uma tendência a unificação destas espécies, uma vez que pouco importa os meios que se configurem, o importante para o cenário jurídico são seus efeitos. Além disso, há uma igualdade da configuração dos pressupostos como: a conduta, o dano, o nexode causalidade e a culpa. (NADER 2010, p. 26).

2.6 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

Essa classificação assume muita importância nas discussões sobre responsabilidade civil médico-hospitalar e é de natureza prática em ações

indenizatórias com relação ao ônus da prova da culpa em um processo indenizatório.

Toda relação obrigacional caracteriza-se pela formação de um vínculo patrimonial, onde um indivíduo obriga-se de uma prestação e o outro tem o direito de exigí-la. Desta forma a obrigação de meio não assegura o resultado, há um comprometimento que se refere aos meios empregados para a realização de determinada atividade, tendo em vista a impossibilidade de se garantir a realização do fim a que se destina.

Limita-se, portanto, à utilização de conhecimentos específicos advindos de práticas reiteradas através da máxima diligência como o objetivo de chegar a um fim pretendido. A inexecução da obrigação caracteriza-se pela omissão do devedor em tomar certas precauções sem se cogitar do resultado final. Logo haverá inadimplemento apenas quando a atividade não for desempenhada com a diligência e cuidados devidos (PETROUCIC, 2008, p.44).

Obrigação de meio é, portanto, aquela em que o devedor será adimplente desde que ele tenha adotado tudo que esteja ao seu alcance no sentido de atingir o resultado ainda que não tenha logrado êxito na obtenção daquele resultado (DINIZ, 2002, p.241-242).

Obrigação de resultado é aquela em que o devedor só se libera do liame obrigacional quando ele atinge o resultado que foi pactuado do título de origem daquela obrigação. O cidadão, com efeito, só pode se considerar livre quando ele atingiu o resultado. Na obrigação de resultado, o devedor compromete-se a atingir determinado fim, assegurando o efetivo cumprimento do objeto pactuado (DINIZ, 2002, p.241-242).

A obrigação será de meio na medida em que haja no que tange àquela obrigação, um elemento aleatório que impossibilite o devedor de garantir aquele resultado com seus próprios esforços. O que vai definir se uma obrigação é de meio ou de resultado é a presença de um elemento randômico. Tem-se um elemento aleatório que pode impedir o devedor de atingir o resultado. É certo se falar que a obrigação do médico é de meio quando ele não pode garantir que irá atingir aquele resultado (SANTOS, 2008, p.98)

O médico diante de um paciente assume um plexo de obrigações. Se houver um elemento aleatório ele terá uma obrigação de meio, caso contrário, será uma obrigação de resultado.

Como afirma KFOURI NETO (2002, p.154), a atividade médica através da contratação assegura meios e não resultados, de forma que o resultado não alcançado, não poderá ser rotulado de “defeito”. Tal deformidade somente se caracteriza quando a lesão ao paciente é decorrente de procedimento totalmente desviado dos padrões, com a presença da culpa de seu causador.

Quando a obrigação é de meio o autor da ação indenizatória tem a obrigação de provar a culpa do réu da ação. Se não conseguir provar quem ganha é o réu da ação, o médico no caso.

No caso da obrigação de resultado é o oposto. Se não conseguir provar quem perde a ação é o réu, no caso em questão o médico.

Tem quem sustente que através do princípio da boa-fé, mesmo nas obrigações de meio e de resultados, as partes devem sempre colaborar. A boa-fé faz com que haja este equilíbrio de provas e na ocorrência de uma demanda judiciária quem deve produzir a prova é a parte que apresenta mais facilidade para isto. É o que se chama de teoria das cargas dinâmicas das provas, de origem Argentina, de modo que você poderia inverter o ônus da prova (CAVALIERI FILHO, 2011, p.410).

2.7 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil como visto, necessita da presença de quatro elementos para a sua configuração, deste modo, fazendo surgir o dever de indenizar. Como afirmam GAGLIANO E PAMPLONA FILHO (2003, p.112) qualquer possibilidade de perda de um dos pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil faz romper o nexo causal e fulminar qualquer pretensão indenizatória. A defesa, muitas vezes alia-se à necessidade da sua descaracterização em busca das chamadas excludentes com o objetivo de afastar o dever de ressarcir, por vezes desconstituindo o nexo causal ou por mera disposição legal.

São exemplos de excludentes de responsabilidade civil, o exercício regular de um direito, o estado de necessidade, a legítima defesa, e a remoção de perigo iminente. Estas citadas retiram a ilicitude da conduta. Já, o fato exclusivo da vítima ou de terceiro, o caso fortuito e a força maior suprimem o nexo de causalidade (GONÇALVES, 2012, P.622).

Como assevera o art. 188, I, do Código Civil “Não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. O indivíduo, portanto, atua no exercício regular de um direito quando se pratica um ato no estrito cumprimento do dever legal. Desta forma, quando ocorre a legítima defesa contra um ato praticado ao agressor, não poderá o agente ser responsabilizado civilmente pelo que foi provocado. Neste caso a legítima defesa real.

Já o estado de necessidade apresenta-se regulamentado na legislação brasileira através do art. 188, II, parágrafo único, 929 e 930 do Código Civil. Há situações peculiares para serem observadas após exposição dos artigos:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

É importante verificar que como aduzem os artigos, o ato praticado em estado de necessidade não é considerado ato ilícito, mas nem por isso há uma liberação necessária do dever de indenização. É perigoso atestar que a vítima tenha que sozinha, sem qualquer culpa exclusiva suportar todos os prejuízos. Deve-se averiguar primeiro a situação e somente depois apontar as possibilidades de solução e reparação dos prejuízos gerados (GONÇALVES, 2012, p.622-623).

Se o dano é determinado pela culpa exclusiva da própria vítima desaparece a responsabilidade do agente. Neste caso o sujeito causador do dano é tido como mero instrumento do acidente porque não há uma ligação entre a sua conduta e o prejuízo. Se for um fato exclusivo da vítima não existe motivo para a

responsabilização já que não há relação de causalidade entre a ação e a consequência, é a ideia de inevitabilidade (SANTOS, 2002, p. 63).

Pode ainda haver a ideia da culpa parcial ou concorrente da vítima. Neste caso as pessoas dos polos opostos contribuem, em concomitância, para a produção do mesmo fato. Verifica-se tal conceito no art. 945 do Código Civil,

Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Como aduz Leonardo Vieira (2008, p. 64)

O fato de terceiro deriva da conduta de qualquer pessoa que não tenha nenhuma relação com os indivíduos imediatamente envolvidos no evento danoso e que venha, em última análise, a dar causa aos danos.

Quando se fala em responsabilidade civil, há de imediato a obrigatoriedade de responder pelo dano causado ao evento lesivo. A culpa do terceiro não exime o agente direto do dano em ressarcí-lo.

Afirma Sergio Cavalieri Filho (2012, p.70) que o “fato de terceiro somente exclui a responsabilidade quando rompe o nexos causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima”.

Os artigos 929 e 930 do CC já citados anteriormente preconizam sobre a possibilidade de ação de regresso contra o terceiro que criou a situação de perigo.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 632), quando o fato de terceiro ocasiona a quebra de causalidade entre a ação e omissão do agente e dano há uma equiparação ao caso fortuito ou força maior, revestindo-se de características como a imprevisibilidade e principalmente a inevitabilidade. Deste modo é possível a exclusão da sua responsabilidade.

Todas as vezes que a conduta humana redunde no evento danoso de forma inevitável, não há o que falar em nexos causal e, portanto, não se trata de dever de indenizar, por se configurar hipótese de força maior ou de caso fortuito (SANTOS, 2008, p.62).

É possível extrair do conceito dado pelo professor Leonardo Vieira Santos que o caso fortuito e força maior constituem excludentes da responsabilidade porque afetam a relação de causalidade entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima.

Disciplinado pelo artigo 393, parágrafo único do Código Civil desta forma apresentada, o “caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos

efeitos não eram possíveis evitar ou impedir”. É possível distinguir as duas expressões como sendo o caso fortuito um ato ou fato alheio a vontade humana e a força maior como algo decorrente de forças naturais (GONÇALVES, 2012, p. 642).

Deste modo, é forçoso notar que existem critérios para a caracterização do caso fortuito e força maior que perpassam dois elementos, a saber: a inevitabilidade do evento, tido como interno e de caráter objetivo e a ausência de culpa, externo e subjetivo. Há que se atentar que esses elementos dependem do momento e condições da apuração do fato que cause o dano, pois com o avanço da humanidade o que hoje é caso fortuito e força maior, amanhã poderá não ser (STOCO, 2013, p.247).

2.8 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Quando se discute a responsabilidade civil na área médica incumbe ao paciente o ônus da prova. Encontra-se na culpa o seu fundamento jurídico. É necessário que o profissional tenha dado causa sem ter vontade inata de produzir o resultado lesivo. “O limite da culpa é a previsibilidade do dano, isto é, que não seja possível escapar o fato à perspicácia comum” (FRANÇA, 2013, p.217).

Quando se trata de cirurgia plástica estética e não reparadora, há a assunção pelo profissional de uma obrigação de resultado onde o cirurgião plástico deve se comprometer a proporcionar ao paciente o resultado pretendido por ele. Equivocado pensar que obrigações de resultados geram sempre responsabilidade objetiva. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 416).

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.416), “entendo, todavia, que a obrigação de resultado em alguns casos apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida”.

Assevera-se a continuação da aplicação das regras de responsabilidade subjetiva com a prova da culpa quando se está diante de casos em que assumem obrigação de meio e também a responsabilidade subjetiva, porém, com culpa presumida nos casos em que assumem obrigação de resultado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em que pese à divergência dos eminentes Mins. Ruy Rosado de Aguiar e Carlos Alberto Menezes Direito (v. erudito voto na RSTJ 119/294-304) entende que a cirurgia estética

gera obrigação de resultado, conforme indica o julgamento do REsp 81.101-PR, 3ª Turma, do qual foi relator o eminente Min. Waldemar Zveiter: Cirurgia estética ou plástica -Obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva) - Indenização Inversão do ônus da prova. Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. Cabível a inversão do ônus da prova. Em seu voto o douto Relator reportou-se a precedente de sua lavra Resp 10.536-RJ -, merecendo a adesão do Min. Eduardo Ribeiro com as seguintes colocações: No plano do Direito Material pode-se ter como certo que a obrigação do cirurgião plástico é apenas de utilizar-se da melhor técnica, mas isso não afasta que, no plano do Direito Processual, seja lícito atribuir-lhe o ônus de provar que assim procedeu. Ter-se-á em conta, para isso, o que acima ficou exposto (BRASIL, 2012).

Segundo Genival Veloso de França (2013, p.214) são requisitos indispensáveis na efetivação da responsabilidade médica, a presença do profissional devidamente habilitado, o resultado danoso do ato praticado, que o resultado lesivo tenha se dado sem uma conduta dolosa e sem a intenção de prejudicar o paciente, o dano, a sua caracterização concreta e o nexo de causalidade entre o ato médico e o dano resultante.

Importante frisar também que na área médica e mais ainda quando se trata da especialidade da anestesia resultados inesperados não são raros. O simples fato do paciente não sair curado, com vida, saudável ou evoluir satisfatoriamente não implica, por si só, negligência médica.

2.8.1 Histórico

Nos primórdios, os profissionais da área de saúde eram vistos pela sociedade como seres superiores, revestidos de conhecimentos que eram muitas vezes confundidos como uma extensão dos poderes divinos. Nesta época dava-se um enfoque muito grande à questão da cura. Os médicos daquela época eram tidos como místicos e considerados seres superiores, mesmo Deuses, por possuírem tal dom (GORDON, 1996, p.09).

Nesta época citada, não existia qualquer “fumaça” de responsabilidade civil atribuída ao erro médico, pois, o que se entendia era que a vontade dos Deuses prevalecia e justificava as consequências (TEPEDINO, 2002, p.88).

A Medicina surgiu na Babilônia, e nesta época, para o tratamento, eram utilizadas drogas e cirurgias simples. Quando ocorria insucesso em algum procedimento eram severamente punidos (GORDON, 1996, p.10).

Tem-se registro de responsabilidade médica pela primeira vez no código de Hamurabi (1790-1770 a.C) o que baseava basicamente na questão novamente da lei de reciprocidade, “olho por olho, dente por dente”. Assim dispunha o Código de Hamurabi:

Lei nº 196: Se alguém ferir o olho de um igual, seu próprio olho será destruído.

Lei nº 198: Se alguém ferir um olho de um inferior, será multado em uma mina de prata.

Lei nº 200: Se alguém arrancar o dente de um igual, seu próprio dente será arrancado.

Lei nº 201: Se alguém arrancar o dente de um inferior, será multado em um terço de uma mina de prata (KFOURI NETO, 2001, p.12).

Percebe-se com o Código de Hamurabi que não há qualquer pressuposto para a caracterização da responsabilidade civil, somente o fato de que algo errado ocorra. A culpa não é avaliada e surge no médico um receio de arriscar. Esta responsabilidade tinha o molde da responsabilidade objetiva.

É na Grécia, através dos primeiros registros de Hipócrates, em V a.C que a Medicina passa a ganhar uma visão menos empírica, dotada de elementos científicos e racionais. Portanto, é neste momento em que passa a existir um estudo, mesmo precário, da culpa do médico. O simples insucesso não mais se atribuía como culpa exclusiva, apenas a morte do paciente e a desobediências às prescrições tidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária (CAVALIERI FILHO, 1998, p.33).

Os tempos mudaram e com as mudanças ocorridas através da Revolução Industrial, houve um avanço nas técnicas diagnósticas e terapêuticas, assim como uma ampliação do conhecimento do cidadão, que passou a questionar a conduta médica (KFOURI NETO, 2007, p.12).

Embora não seja totalmente nova a repercussão da responsabilidade médica e das demandas por eventos adversos e negligências médicas, nas últimas décadas do século XX houve um crescimento das implicações de erro médico, principalmente pelo aumento do conhecimento público e de processos jurídicos relacionados (CHEHUEN NETO, 2011, p.06).

O Código de Ética Médica de 2010 apresenta alguns princípios fundamentais que regem a sua profissão dentre eles encontram-se como mais importantes os elencados abaixo:

I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

III - Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

XII - O médico empenhar-se-á pela melhor adequação do trabalho ao ser humano, pela eliminação e pelo controle dos riscos à saúde inerentes às atividades laborais.

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Restam também presentes no Código de Ética Médica e logo no primeiro artigo as vedações: “Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida”.

Em relação aos médicos, o entendimento majoritário é de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor porque o paciente é destinatário final dos seus serviços. O médico está de forma habitual e profissional retirando proveito financeiro daquela atividade dele e leva-se em conta, no particular, o parágrafo 4º do art. 14 do CDC “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Tal norma trata da responsabilidade Civil dos profissionais liberais sem excluir os médicos. Então o entendimento majoritário com base nisso tudo é de que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos médicos.

Isso não muda a ideia de que a responsabilidade civil do médico deva ser subjetiva. Justamente por causa do parágrafo 4º do artigo 14 do diploma consumerista. Seja com base no parágrafo 4º do artigo 14 na sobredita norma do CDC ou com base no Código Civil, a responsabilidade do médico será uma responsabilidade civil subjetiva, portanto, dependente de culpa.

O atual Código Civil baliza a responsabilidade civil e médica em basicamente três artigos. O art. 186 cuja redação prescreve que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O art. 951 do código civil realça que:

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

O citado art. 951 do Código Civil pode ser aplicado aos médicos porque ele menciona especificamente o paciente. Atrela a responsabilidade civil médica à questão da culpa. Portanto a responsabilidade civil médica será uma responsabilidade civil subjetiva em regra e como uma obrigação esta não precisa garantir um resultado final, implica desta forma, resultados de meios.

Em regra, obrigação de meios, sobretudo, quando o mesmo estiver lidando com a questão da cura. O médico não pode garantir a cura porque a medicina não é ciência exata.

Apesar do entendimento majoritário, existem situações na cirurgia plástica estética, onde o médico não pode garantir tal higidez, como no caso da reação anafilática em

um paciente submetido a uma intervenção estética ou qualquer outra intervenção (AGUIAR JUNIOR, 1995, p.51).

O profissional médico tem o dever de reparar um dano causado a outrem no exercício de sua profissão somente se provada a sua culpa, se ele agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

O Código Civil atribui o conceito geral da responsabilidade subjetiva para tratar a responsabilidade civil do médico, sendo necessário demonstrar a culpa do profissional na sua atividade. Sendo assim, o profissional de saúde somente será obrigado a indenizar se restar provada a sua culpa pelo resultado danoso.

Além de a responsabilidade ser subjetiva em regra o ônus da prova da culpa caberá ao paciente e a sua família que resolver acionar o médico por conta dessa circunstância. Existe entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante no sentido de que exceção a essa regra seria a ideia da cirurgia plástica meramente estética já citado onde se sustenta o entendimento de obrigação de resultado com culpa presumida (DINIZ, 2011, p.57).

O anesthesiologista também não pode alegar desconhecimento de situações que foram a ele apresentadas como uma possível intolerância medicamentosa, alergias às drogas ministradas no procedimento anestésico. O dever da coleta é inerente a sua profissão (CAVALIEIRI FILHO, 2011, p.410)

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2011, p.410):

Por outro lado, não se olvide que o médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito a disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor.

Segundo preceitua o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor:

A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

A hipossuficiência do indivíduo apresentada pelo artigo supracitado diz respeito não apenas à mera condição econômica fragilizada e sim, também, razões técnicas, de modo que o juiz como dito poderá inverter o ônus da prova dos fatos constitutivos em seu favor.

2.8.2 Responsabilidade civil médica no Código de Defesa do Consumidor

O Direito tratado pelo Código de Defesa do Consumidor apresenta-se como um instrumento a serviço da pacificação social no momento em que se desenvolvem as relações de consumo, e tais relações caracterizam-se pela oponibilidade dos polos consumidor e fornecedor através de uma demanda jurídica onde sempre o consumidor é a parte hipossuficiente. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.133).

A responsabilidade civil médica é tratada no Código de Defesa do Consumidor, importante legislação protetiva que tem por norte o princípio da vulnerabilidade do consumidor, de forma diferenciada, basicamente no seu artigo 14, onde inclui a classe médica no rol dos profissionais liberais e aduz que:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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

Claramente, a regra geral da responsabilidade civil estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor é ser objetiva fundada no dever e segurança do fornecedor quanto aos seus produtos e serviços postos no mercado de consumo. Essa é a regra geral. O parágrafo 4º do art. 14, todavia, estabelece como exceção a responsabilidade civil dos profissionais liberais. Uma exceção dentro do sistema porque a regra é que não se discute culpa (SANSEVERINO, 2010, p.339)

Tal conduta preventiva, tida como excepcional escolta a sua explicação em face da relação existente entre paciente e médico ser de forma especial e possuir muitas peculiaridades onde há neste caso a presunção de confiança recíproca personalizada. A opção do legislador encontra-se respaldada também na própria

proteção do profissional liberal, em face do mercado massificado (TARTUCE, 2011, p.335).

Quando o paciente vai a busca do serviço médico, tratamento para o que lhe atinge, este é cuidado como o destinatário final do serviço de saúde prestado pelo médico. Ao mesmo tempo, o profissional revela-se o fornecedor, visto que oferece um serviço necessário para seu cliente. Desta forma, importante é reconhecer a natureza consumerista da relação médico-paciente.

De acordo com Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010, p.339), ele diz que o princípio da boa-fé tem que ser respeitado, não só pelo fornecedor como pelo próprio consumidor. Quando o paciente demanda o médico em uma lide aventureira ele está ferindo a boa-fé objetiva porque ele quer forçosamente o serviço que ele demandou. O médico não pode garantir um resultado e quando ele não tem um resultado esperado ele quer que o médico lhe pague “uma fortuna”.

3 ANESTESIOLOGIA

A anestesiologia, uma especialidade médica que possui uma abrangência ampla em todas as fases de vida do indivíduo, desde a vida intra-útero até a senilidade em muitos procedimentos médicos existentes, representa um conjunto de medidas tomadas pelo especialista, que visa permitir a realização da cirurgia através da retirada da consciência e da dor (MORAES, 2003, p.442).

A anestesia é um procedimento, cuja palavra é de origem grega e significa “ausência de sensação”, inclusive ausência de dor (YAMADA, 2010, p.01). Consiste na administração de medicamentos que agem bloqueando ou minimizando a dor, reduzindo total ou parcialmente a consciência, abolindo os reflexos, assistindo a respiração, bem como outras medidas que buscam proteger o organismo das alterações decorrentes da cirurgia. (COTRAN; KUMAR; COLLINS, 2010, p.567)

A especialidade que envolve a aplicação de anestésias é uma das áreas da medicina em que o profissional tem que lidar com um número grande de fatores de risco decorrentes da moléstia acometida e da incerteza da Medicina. Neste aspecto o profissional ainda convive com a imprevisibilidade de resultados inesperados que podem levar o paciente a morte. Além disso, o anestesiológico trabalha com uma diversidade de pacientes com variadas situações sempre vinculadas às atividades de outros profissionais. Há na técnica anestésica o emprego e uso de numerosos tipos de drogas, que variam na sua periculosidade, com potencialidade letal. (PETROUCIC, 2008, p.45)

A atividade desempenhada pelo médico anestesiológico é considerada segundo Irary Novah Moraes (2006, p.443), muito estressante e a cada momento seus conhecimentos são postos em jogo, durante todo o tempo em que presta assistência ao paciente.

Os momentos que decorrem da aplicação da anestesia são críticos, o antes, o durante e após o ato anestésico devem ser observados com muito cuidado. O perigo perdura até o último momento, que vai além do período pré-anestésico até o pós-anestésico. É claro que apesar da constância há uma grande variabilidade, o que depende do envolvimento de muitos fatores.

A atuação do médico anesthesiologista hoje em dia é estratificada em fases a depender do momento de conduta médica.

A fase pré-anestésica, considerada a primeira do processo de anestesia consiste na avaliação adequada do paciente na véspera de uma cirurgia programada, ou antes, de qualquer intervenção operatória de urgência. Esta etapa é importante, pois o médico irá verificar o estado de saúde, histórico médico, exame físico e as condições para que se realize a cirurgia da melhor forma possível, condições de jejum ou a plenitude gástrica para a posterior escolha da anestesia mais adequada (HERRERO; REINA, BLASCO, 2010, p.75).

É de suma importância atentar-se nesta fase à condição de estresse à qual o paciente está se submetendo ante a vigência de uma cirurgia, às vezes de alto risco. Desta forma, a atenção deve estar redobrada para a elevação da pressão arterial.

Caso não haja essa etapa de verificação do estado geral do paciente o médico anesthesiologista apresenta a possibilidade iminente do dever de indenizar decorrente da falta de verificação das condutas essenciais que revestem a sua profissão.

Após a fase pré-anestésica, há a indução medicamentosa, caracterizada como o primeiro momento após a administração da anestesia ao paciente. Nesta etapa, os níveis e concentração das drogas encontram-se muito elevados na corrente sanguínea e vai se ter uma especial atenção às reações que poderão ser apresentadas pelo pacientes. (HERRERO; REINA, BLASCO, 2010, p.75).

Estão neste momento, sendo postas à prova a sensibilização e a reação do paciente aos medicamentos. Qualquer ausência do médico implica graves consequências jurídicas

A fase per anestésica é o momento que ocorre durante o período da cirurgia propriamente dito. São utilizados recursos para garantir a segurança e o conforto do paciente anestesiado. O doente deve ser mantido sob atenção permanente do especialista o qual deve controlar suas condições cardiovasculares e pulmonares sempre que necessário. É inadmissível a sua retirada da sala de cirurgia (LOPEZ, 2004, p.43).

O anesthesiologista deve constantemente avaliar, em pequenos intervalos de tempo os sinais vitais do paciente, que indicam precocemente quando o seu organismo não

está funcionando dentro da normalidade. Esta conduta permite tomar as medidas necessárias para tratar tais alterações e prevenir complicações ou riscos.

Após a cirurgia, há a chamada fase de recuperação anestésica ou pós-anestésica e consiste no restabelecimento do paciente às condições prévias a anestesia, o paciente, vai vagarosamente, readquirindo a consciência, os reflexos e a sensibilidade. É muito comum acontecerem episódios de náuseas, vômitos e agitação. (LOPEZ, 2004, p.46).

Esse momento de recuperação é tão crucial que foram criadas especialmente para essa fase as chamadas salas de recuperação anestésica, onde vários pacientes são monitorados permanentemente por médicos especializados além de equipe de enfermagem. Somente após o restabelecimento integral é que se deve liberar o paciente.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ATIVIDADE ANESTÉSICA

Durante muito tempo, passar por uma cirurgia significava ter que suportar muito sofrimento, pois não era possível realizar tal procedimento invasivo sem eliminar a dor.

As primeiras técnicas anestésicas que têm registro advém de antigas civilizações, de forma precária e incipiente. Os povos utilizavam mistura de folhas e plantas medicinais para atingir tais objetivos. Substâncias como papoula, folha de coca, torniquetes, pressão e até pancadas na cabeça eram utilizadas para este fim. (LUCINO FILHO, 2010, p.04).

Dois grandes acontecimentos com repercussões mundiais ganharam importância para a evolução das técnicas anestésicas, as guerras mundiais e um aumento na necessidade da complexidade dos mecanismos cirúrgicos. Diante de tal quadro precisou que técnicas fossem descobertas para amenizar a dor dos machucados e lesionados pós-guerra.

Em 1846, um dentista, nos Estados Unidos, denominado William T. Morton utilizou o éter para redução da dor e a novidade rapidamente se espalhou pelo mundo, permitindo a realização de cirúrgicas que até então eram impensáveis. De lá para

cá, muita coisa mudou e a anestesia tornou-se cada vez mais uma técnica avançada.

De acordo com os ensinamentos de Miguel Kfoury Neto (2010, p.144) a anestesia, até a metade da década de 50 não era constituída como uma atividade autônoma, pois cabia ao cirurgião responsável pelo procedimento, a aplicação da anestesia. Após, com a especialização dos médicos anesthesiologistas, a aplicação do medicamento anestésico ficou a cargo do seu especialista e conquistou posição de realce equiparando-se ao ato cirúrgico.

3.2 DEVERES DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA

Conforme atesta Genival Veloso França (2010, p.208), qualquer que seja a maneira de avaliar a responsabilidade do profissional médico é indispensável que sejam observados os seus deveres de conduta presentes em normas éticas e legais. No cumprimento do exercício da atividade desempenhada, deve o especialista cumprir uma série de obrigações a que está sujeito. Caso não sejam respeitados, sofrerá consequências previstas normativamente.

Como estabelecido na Resolução do Conselho Federal de Medicina 1802/2006 com a finalidade de estabelecer os deveres e encaminhamentos do médico anesthesiologista, dada à primeira análise precisa-se determinar que:

I – Antes da realização de qualquer anestesia, exceto nas situações de urgência, é indispensável conhecer, com a devida antecedência, as condições clínicas do paciente, cabendo ao médico anesthesiologista decidir da conveniência ou não da prática do ato anestésico, de modo soberano e intransferível.

O médico anesthesiologista precisa estar atento ao cumprimento de todas as suas etapas, quais sejam a pré-anestésica, a anestésica propriamente dita, e a pós-anestésica.

Na etapa pré-anestésica com base na resolução 1802/2006 Art. 1º, I, a “para os procedimentos eletivos, recomenda-se que a avaliação pré-anestésica seja realizada em consulta médica antes da admissão na unidade hospitalar”. Como já tratado o médico deve colher todas as peculiaridades do paciente, examinar detalhadamente o quadro clínico e a história pregressa bem como seus antecedentes, com o intuito

de descobrir eventual doença até então desconhecida, medicamentos utilizados ou mesmo alguma restrição que o paciente possa ter.

“Na avaliação pré-anestésica, baseado na condição clínica do paciente e procedimento proposto, o médico anesthesiologista solicitará ou não exames complementares e/ou avaliação por outros especialistas” (HERRERO; REINA, BLASCO, 2010, p.75).

Cumpra-se ainda como dever de cuidado avaliar o risco do paciente antes da cirurgia em função de cardiopatias existentes, anemia, alergia a medicamentos, estado geral, funções renal e hepática, etc.

Deve-se também informar com clareza ao paciente sobre os procedimentos a serem realizados, isto é, qual o tipo de anestesia e drogas que serão utilizados, bem como os seus riscos, pois sendo bem informado, pode o paciente dar o seu consentimento, aperfeiçoando, assim, o contrato entre ambas as partes. Inclui-se ainda o dever de obter tal consentimento do paciente, conseqüente lógico do dever anterior.

A educação médica pode contribuir substancialmente para a formação de profissionais mais bem informados, preparados e qualificados, fazendo aprimorar suas competências e habilidades técnicas lapidando-o. Importante também incluir valores éticos e morais com a finalidade de agir sempre de forma proba e honesta. Desta forma, molda-se o estudante de Medicina com visão humana aprimorada e responsável pessoal e profissionalmente, com plena consciência de seu compromisso social, extremamente importantes para o bom exercício da medicina. (CHEHUEN NETO, 2011, p.07).

De acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina, para a realização do ato anestésico é necessário que estejam presentes na sala de cirurgia alguns equipamentos imprescindíveis, tais como, o esfigmomanômetro, mais conhecidos como o estetoscópio e o cardioscópio, aparelhos que permitem a monitoração da pressão arterial e do funcionamento do coração do paciente. São também de fundamental importância a presença de outros equipamentos cruciais para uma intervenção rápida, como por exemplo, o desfibrilador, o sistema ventilatório, tubos traqueais, secção de fluxo contínuo de gases, entre outros.

Como se pode atestar no anexo da resolução:

1. Em cada sala onde se administra anestesia: secção de fluxo contínuo de gases, sistema respiratório e ventilatório completo e sistema de aspiração.
2. Na unidade onde se administra anestesia: desfibrilador, marca-passo transcutâneo (incluindo gerador e cabo).
3. Recomenda-se a monitoração da temperatura e sistemas para aquecimento de pacientes em anestesia pediátrica e geriátrica, bem como em procedimentos com duração superior a duas horas, nas demais situações.
4. Recomenda-se a adoção de sistemas automáticos de infusão para administração contínua de fármacos vasoativos e anestesia intravenosa contínua.

O médico responde também por esses equipamentos já citados na sala de cirurgia, a falta deles implica responsabilização por falta de cuidado e atenção, constituindo uma conduta negligente.

Assim, em virtude da periculosidade que envolve os fármacos utilizados no ato anestésico, assume destaque o dever do anestesiológico em acompanhar ininterruptamente o ato operatório monitorando atentamente as reações vitais do paciente para saber exatamente o grau que a anestesia atingiu, verificando, dessa forma, as reações nervosas, perturbações cardíacas ou respiratórias e a pressão sanguínea.

Como aduz nesse sentido a já citada resolução nº1.802/2006 no seu inciso II, art. 1º do Conselho Federal de Medicina que impõe ao especialista que “para conduzir as anestésias gerais ou regionais com segurança, deve o médico anestesiológico manter vigilância permanente a seu paciente”.

A simples ausência da sala de cirurgia, sem relação de causa e efeito entre a conduta e o dano, não dá ensejo à responsabilização civil do anestesiológico, embora constitua atitude temerária que, fosse hipótese de verificação do nexo causal, agravaria a responsabilidade do infrator.

É cabível ressaltar que uma cirurgia e conseqüentemente a anestesia não acabam propriamente na sala de operação. Todos os pacientes, graves ou não, após terem recebido anestésias, devem ter acompanhamento pós-anestésico.

Como encontra disciplinado no art. 4 e seguintes parágrafos da resolução nº1.802/2006 do CFM

Art. 4º Após a anestesia, o paciente deve ser removido para a sala de recuperação pós-anestésica (SRPA) ou para o/a centro (unidade) de terapia intensiva (CTI), conforme o caso.

§ 1º Enquanto aguarda a remoção, o paciente deverá permanecer no local onde foi realizado o procedimento anestésico, sob a atenção do médico anesthesiologista;

§ 2º O médico anesthesiologista que realizou o procedimento anestésico deverá acompanhar o transporte do paciente para a SRPA e/ou CTI;

§ 3º A alta da SRPA é de responsabilidade exclusiva do médico anesthesiologista;

§ 4º Na SRPA, desde a admissão até o momento da alta, os pacientes permanecerão monitorados quanto:

- a) à circulação, incluindo aferição da pressão arterial e dos batimentos cardíacos e determinação contínua do ritmo cardíaco, por meio da cardioscopia;
- b) à respiração, incluindo determinação contínua da oxigenação do sangue arterial e oximetria de pulso;
- c) ao estado de consciência;
- d) à intensidade da dor.

Ademais, ainda fazendo uma análise dos deveres do anesthesiologista considera-se “ato atentatório à ética médica a realização simultânea de anestésias em pacientes distintos, pelo mesmo profissional”, como tratado no artigo 1.º, IV, da Resolução nº1.802/2006.

Cumpra ao especialista permanecer ao lado do paciente até que este se recupere de todos os efeitos da anestesia ministrada, evitando dessa maneira acidentes, como a obstrução das vias respiratórias e as manifestações de choque anafilático bem como para lhe administrar líquidos fisiológicos.

Segundo afirma Genival Veloso França (2013, p.201) “a forma mais comum de negligência é o abandono do paciente.” É omissa do dever de vigilância o profissional que prescreve e medica sem ver o paciente.

É dever do médico também atentar pela segurança como estabelecem os arts. 1º, 2º, 3º e incisos da Resolução nº1.802/2006:

V - Para a prática da anestesia, deve o médico anesthesiologista avaliar previamente as condições de segurança do ambiente, somente praticando o ato anestésico quando asseguradas as condições mínimas para a sua realização.

Art. 2º É responsabilidade do diretor técnico da instituição assegurar as condições mínimas para a realização da anestesia com segurança.

Art. 3º Entende-se por condições mínimas de segurança para a prática da anestesia a disponibilidade de:

I – Monitoração da circulação, incluindo a determinação da pressão arterial e dos batimentos cardíacos, e determinação contínua do ritmo cardíaco, incluindo cardioscopia;

II - Monitoração contínua da oxigenação do sangue arterial, incluindo a oximetria de pulso;

III - Monitoração contínua da ventilação, incluindo os teores de gás carbônico exalados nas seguintes situações: anestesia sob via aérea artificial (como intubação traqueal, brônquica ou máscara laríngea) e/ou ventilação artificial e/ou exposição a agentes capazes de desencadear hipertermia maligna.

IV – Equipamentos (ANEXO II), instrumental e materiais (ANEXO III) e fármacos (ANEXO IV) que permitam a realização de qualquer ato anestésico com segurança, bem como a realização de procedimentos de recuperação cardiorrespiratória.

É dever do anestesiólogo manter um aprimoramento continuado, uma atualização referente ao que há de mais moderno na profissão por meio de congressos, cursos, publicações especializadas, artigos e pesquisas recentes que tratam do assunto e técnicas (FRANÇA, 2013, p.212).

Desta forma, pode-se admitir a imperícia caso observe a inobservância de normas técnicas e o despreparo profissional, além do uso de métodos ultrapassados que deixe evidente o seu desconhecimento científico e falta de atualização. Fica difícil de comprovação pelo magistrado a imperícia e este precisa de auxílio de um experiente perito. Desta forma, a culpa profissional apresenta para a sua apreciação certa dificuldade, já que, nem sempre há consenso no uso da melhor técnica e conduta. (FRANÇA, 2013, p.212).

3.2.1 Consentimento Informado

Constitucionalmente é assegurado o direito do cidadão brasileiro à autonomia e liberdade individual o que se vê no art. 5, II, da Carta Magna. Com efeito, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Quando se aborda a questão do tratamento médico, há neste tocante a sua recusa estabelecido e respeitado também por envolver questões relacionadas a crenças, convicções morais, filosóficas ou religiosas como apontam os incisos, VI e VIII do art. 5 da Constituição Federal.

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

É assegurado, portanto, ao paciente o direito de escolha da opção terapêutica apresentada pelo profissional competente (DANTAS, 2009, p.83). Para que o paciente exercite essa liberdade e autonomia de escolha ele deve exigir do médico responsável o consentimento esclarecido ou informado.

Segundo Leonardo Vieira (2008, p. 182):

O consentimento informado do paciente é o que se exige para que o galeno possa proceder a qualquer intervenção médica que ofereça algum risco. Diz-se “consentimento” porque o paciente ou seu responsável, por opção do primeiro ou quando este não puder se manifestar, precisará concordar com o tratamento que o médico pretende ministrar. Fala-se em “esclarecido” porque o aludido consentimento deverá ser obtido após as informações detalhadas a respeito, de forma acessível e individualizada, levando-se em conta as particularidades daquele que deverá consentir.

O consentimento esclarecido compreende a aprovação expressa do paciente para permitir a participar de determinado procedimento diagnóstico ou terapêutico.

Nesta linha, Genival Veloso França (2013, p.210) entende que o consentimento deva ser muito bem esclarecido e que o indivíduo capaz de recebê-lo seja civilmente apto para o entendimento. Caso não seja capaz, o paciente pode se fazer substituir pelo seu responsável legal. Por meio de uma linguagem de fácil compreensão, acessível para qualquer nível de escolaridade e que exija um tempo hábil para a sua leitura como assim trata o princípio da informação adequada.

É possível extrair que atualmente é deveras importante a coleta do consentimento informado no contexto da responsabilidade civil do médico. Houve uma mudança de comportamento da população e o profissional da medicina deixou de ser decisivo para nortear e opinar pelo melhor tratamento a ser escolhido. O paciente, mais esclarecido, deve ponderar acima de tudo sua condição, valores, preferências e necessidades (DINIZ, 2002, p.580).

O paciente deverá ser detalhadamente informado sobre sua condição, tratamento e prognóstico da enfermidade que o aflige, porém de outro lado, Leonardo Vieira (2008, p.143) remete ao privilégio terapêutico, no qual o médico pode em alguns momentos justificados na perturbação psicológica sonegar informações que poderão lhe ser prejudicial agravando seu quadro e reduzindo as chances de cura.

O Código de Defesa do Consumidor é claro ao demonstrar nos seus artigos 6º, III e 31 que a informação deve conter todas as características do serviço apresentado como aduz abaixo:

Art. 6º São 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;

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Nesta mesma linha de raciocínio o Código de Ética Médica traz no bojo do seu artigo 22 que é vedado “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”.

O médico anesthesiologista deverá ter a mesma preocupação em coletar o consentimento livre e esclarecido do paciente para informa a cerca de todas as etapas do sua conduta anestésica.

De modo que apesar do paciente ter concordado e consentido formalmente na realização de procedimento que implique em anestesia, não é pedir demais que o médico do procedimento, possa contar com um documento específico. Desta forma, há uma prova incontestável de que o paciente ou seu responsável legal foi devidamente informado sobre as possíveis técnicas anestésicas e prováveis riscos eventuais, além de dúvidas que surjam.

Para o consentimento esclarecido do médico anesthesiologista é preciso apenas algumas informações como expõe CALLEGARI (2010, p.233) como a identificação do paciente, explicação sobre o procedimento, tipo de anestesia ou tratamento recomendado, alternativas possíveis ao procedimento proposto, riscos e benefícios previsíveis, necessidade e alternativas à transfusão de sangue ou de seus componentes, assinatura do paciente ou responsável legal, aceitando a realização do procedimento; assinatura da testemunha e por fim a assinatura do anesthesiologista.

3.3 TIPOS DE ANESTESIAS

A característica da anestesia que o médico irá optar dependerá de uma série de fatores, como as condições do organismo, jejum adequado, o tipo de cirurgia, entre outros fatores que fazem relação com o estado geral do paciente. Existem algumas técnicas anestésicas e as mais conhecidas são as anestésias locais, bloqueios periféricos, anestesia peridural, raquianestésias e as anestésias gerais.

A anestesia local é assim denominada porque atua bloqueando exatamente o local de desejo, a condução nervosa ocasiona com isso a perda da sensibilidade e dor. Ela é efetivada quando se aplica localmente medicamentos no tecido capazes de impedir transmissão de impulsos nervosos. Apesar da sua nomenclatura, as suas implicações são sistêmicas, podendo repercutir em pequenas intensidades nos sistemas respiratórios e cardíacos, porém sem afetar o nível de consciência.

A escolha pela anestesia local se dá pela abrangência da operação, geralmente alguma intervenção simples, pequenas cirurgias superficiais e rápidas, como a retirada de um sinal, uma verruga e causa a perda da sensibilidade temporária. (COTRAN; KUMAR; COLLINS, 2010, p.766)

Por outro lado, quando necessita da utilização de uma anestesia geral, se está diante de um quadro que precisa de uma ampla intervenção, uma cirurgia invasiva com a indicação de sedação total do paciente. Tal técnica compreende um estado inconsciente reversível caracterizado por hipnose e sono, ausência de dor e bloqueio dos reflexos, obtidos pela inalação, ou via endovenosa. Eles podem ser líquidos, gasosos ou endovenosos (SMELTZER; BARE, 2002, p.362).

Esse tipo de anestesia exige uma atenção, vigilância e zelo do profissional especializado, devendo este permanecer acompanhando o doente durante todas as etapas do processo cirúrgico, antes, durante e depois até o seu total restabelecimento. A sua potencialidade em suprimir a consciência é deveras relevante já que é através de estímulos cerebrais que são controlados o sistema cardíaco e respiratório (SEBASTIÃO, 2003, p.98).

Deve-se atentar que um fato em questão é a compatibilidade da anestesia a ser utilizada e o outro podendo ter ou não qualquer relação é a reação do organismo humano após longos períodos sob a ação do medicamento. Juridicamente, difícil de

valorar a conduta do anestesiologista, a não ser pelos cuidados prévios, empenho durante o ato e perícia no tato com instrumentos. (COTRAN; KUMAR; COLLINS, 2010, p.766)

As anestésias raquidiana e peridural consistem em métodos anestésicos para bloqueio regional. Há a aplicação de anestésico local no interior do espaço subaracnoideo e peridural da coluna vertebral. A raquianestesia é indicada para punções lombares, cirurgias abdominais e extremidades inferiores, sendo usualmente conhecida como a anestesia do parto. Já a peridural poderá ocorrer nas regiões cervicais, torácicas e lombares (MORAES, 2003, 778).

Há nestes procedimentos bloqueio nervoso reversível das raízes anteriores e posteriores, dos gânglios das raízes posteriores e de parte da medula espinhal, sendo uma técnica seletiva e pontual, resulta somente na perda da atividade autônoma, sensitiva e motora. A consciência do individuo fica preservada, perdendo apenas alguns estímulos localizados (HERRERO; REINA, BLASCO, 2010, p.75).

O profissional deve ser bem cauteloso na escolha destes métodos e técnicas de aplicação da anestesia porque existem particularidades do paciente que inviabilizam uma ou outra técnica. É possível se ter uma noção quando realiza a consulta pré-anestésica. (CARVALHO, 2013, p.43).

3.4 ESPÉCIES DE CONSEQUÊNCIAS DA PRÁTICA ANESTÉSICA

Existem várias condições clínicas que podem ser desencadeadas pelo processo anestésico, e exigem do profissional muita cautela e sabedoria para reverter tal situação. De acordo com Rogean Rodrigues Nunes (2012, p.365), o despertar intraoperatório após cirurgia sob anestesia geral é pouco frequente, porém bem descrito pelo paciente e pelo anestesiologista como um efeito adverso e indesejável. As causas deste evento são, frequentemente, consequentes da técnica anestésica inadequada, falha de equipamentos, uso de bloqueadores neuromusculares em quantidades excessivas e monitoração inadequada. Situações específicas, como grandes traumas, intercorrências obstétricas e *bypass* cardiopulmonar são consideradas risco para o despertar intraoperatório. Nos dias atuais podem ser bem

conduzidas, dado o arsenal terapêutico de fármacos específicos e potentes, além da qualidade na monitoração disponível (MACHADO, 2011, p.361).

O despertar intraoperatório é uma condição rara, descrita na anestesiologia onde o paciente permanece consciente durante toda a sua cirurgia, ouvindo a conversa dos médicos e, principalmente, sentindo a maior parte das dores que lhe são infringidas.

“Quando essas questões vem a baila querendo atribuir ao médico culpa que não lhe cabe pelo fato de a medicina não ser ciência exata e ter limitação torna-se muito difícil fazer entender ao leigo a linha divisória da verdade” (MORAES, 2003, p.443).

O objetivo da anestesia é induzir inconsciência por meio da administração de fármacos e é, portanto, fundamental prover ao paciente analgesia, ansiólise, amnésia e supressão das respostas hormonais, cardiocirculatórias e motoras frente ao estresse cirúrgico. O despertar durante a anestesia, com memória intraoperatória, ocorre quando o paciente é capaz de processar informações e emitir respostas específicas a vários estímulos (NUNES, 2012, p.365).

Alguns pacientes que vivenciaram a experiência do despertar no intraoperatório podem evoluir sem transtorno psicológico. A mais temida complicação do despertar é o transtorno do estresse pós-traumático (TEPT). É um tipo de transtorno psíquico que pode se manifestar diante de uma situação de estresse específica, havendo assim um comprometimento psíquico, funcional e social que pode persistir por vários meses ou, quando não tratado adequadamente, evoluir para um distúrbio psíquico crônico em 25% dos casos (NUNES, 2012, p.365).

Os anestésicos gerais, atualmente, são os mais potentes depressores da atividade do sistema nervoso, e, em decorrência dessa depressão afetam também a regulação das funções respiratória e cardíaca. Conseqüentemente, possuem uma margem de segurança relativamente estreita e há uma diferença tênue entre a dose terapêutica e a dose tóxica. Há ligado a este nível de drogas, de um lado a preocupação pela preservação das funções cardiovasculares e em contrapartida a necessidade de perda de consciência, deve-se então encontrar um meio termo que faça dormir, perder a consciência e a sensibilidade além de também preservar as funções vitais (SOARES, 2001, p.109).

Entre as conseqüências de uma aplicação anestésica elencam-se efeitos colaterais graves que podem atingir desde a perda do controle das vias respiratórias, a

problemas cognitivos com o também, comprometimento da memória devido à grande influência que os anestésicos atuais exercem sobre o sistema nervoso central (OSER, 2009, p.59).

É importante destacar, que todos os momentos de uma anestesia são críticos, os riscos perduram durante o ato até a fase de recuperação pós-anestésica. (MORAES, 2003, p.443). Neste período é crucial a presença do profissional ao lado do paciente, caso contrário poderá sofrer decorrente de um dever de indenizar por ter agido de forma negligente.

Os efeitos neurodepressores destes medicamentos fazem com que eles tenham mais probabilidade de causar a morte durante uma operação do que o próprio procedimento cirúrgico. Embora avanços radicais na anestesia geral tenham estabelecido os alicerces para procedimentos complicados como transplante de órgãos e cirurgia cardíaca a céu aberto (OSER, 2009, p.59).

3.5 CONCEITO DE REAÇÃO ANAFILÁTICA

Frente à importância clínica decorrente da gravidade do choque anafilático, às vezes fatal, e o aumento do número de casos observados surgiu a preocupação em atribuir maior atenção para esse assunto.

O choque anafilático é uma reação alérgica aguda grave, de início súbito e evolução rápida, e que é potencialmente fatal de hipersensibilidade imediata e severa denominada de hipersensibilidade do tipo I ou hipersensibilidade anafilática, que afeta o corpo todo. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALERGIA E IMUNOPATOLOGIA E SOCIEDADE BRASILEIRA DE ANESTESIOLOGIA, 2013, p. 09).

É uma alergia que é desencadeada após administração de drogas. Melhor definida como uma síndrome, a anafilaxia é a manifestação clínica mais grave das doenças alérgicas. Ocorre após exposição do organismo a determinado antígeno específico, podendo algumas vezes ser de causa idiopática (HERRERO; REINA, BLASCO, 2010, p.74).

Ela é tida como uma reação do tipo I, assim denominada imediata. Mediada pelo anticorpo Imunoglobulina E (IgE), a reação anafilática exige que haja uma exposição prévia à droga para ocorrer uma sensibilização, o que leva desta forma a ligação do IgE a receptores específicos em células denominadas mastócitos tissulares e basófilos circulantes (COTRAN; KUMAR; COLLINS, 2010, p.678).

O choque anafilático constitui a forma de alergia mais danosa, grave e potencialmente letal. Essa reação alérgica exacerbada precisa que haja formação de anticorpos IgE e combinação antígeno-anticorpo em células como os mastócitos e basófilos que pertencem ao sistema imunológico do ser humano. Há após essa ligação ao receptor na superfície da célula uma liberação de uma substância farmacologicamente ativa denominada histamina e outras que são leucotrienos, serotonina e bradicinina chamados de mediadores químicos envolvidos na resposta imediata. (MORAES, 2003, p.678).

Para haver a reação anafilática é preciso um contato anterior com o antígeno para só após esse primeiro momento desencadear a posterior reação. (WYNGAARDEN, 2010, p.1102).

Essa informação é importante juridicamente, pois mais uma vez reforça a informação de que o evento anafilático é imprevisível e acidental. O paciente pode já ter administrado em uma cirurgia anterior a mesma substância anestésica sem contudo apresentar qualquer reação e na segunda ou terceira aplicação desenvolver o choque.

Diferentemente de outros tipos de reações alérgicas, a anafilaxia se apresenta sob a forma sistêmica e ocorre de forma instantânea logo após a administração do antígeno, independente da quantidade apresentada.

A sua manifestação mais grave é quando provoca inchaço e obstrução de vias aéreas superiores e/ou hipotensão, que pode ser fatal. A anafilaxia constitui uma reação de hipersensibilidade potencialmente grave, mediada por imunoglobulinas E (IgE) e G (IgG), que ocorre após exposição a um antígeno em pessoas previamente sensibilizadas (FERRAZ, 2009, p.76).

A suspeita clínica, aliada à identificação da etiologia, é ponto fundamental para abordagem segura e adequada dos pacientes durante episódio agudo.

(ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALERGIA E IMUNOPATOLOGIA E SOCIEDADE BRASILEIRA DE ANESTESIOLOGIA, 2013, p. 09)

Ela que pode ser desencadeada por vários agentes etiológicos. São variáveis e dependentes da faixa etária do paciente. Medicamentos, alimentos e veneno de insetos (*Hymenoptera*: abelhas, vespas, marimbondos e formigas) são os principais desencadeantes de anafilaxia. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALERGIA E IMUNOPATOLOGIA E SOCIEDADE BRASILEIRA DE ANESTESIOLOGIA, 2013, p. 09)

Julgado do Tribunal de Santa Catarina na apelação Cível: AC 358029 SC 2010.035802-9 constata que:

SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS. FALECIMENTO DO SEGURADO. CHOQUE ANAFILÁTICO DECORRENTE DE PICADA DE ARANHA. SITUAÇÃO QUE SE ENQUADRA NO CONCEITO DE MORTE ACIDENTAL.

Acidente é o acontecimento externo, súbito e involuntário. Por isso, em contrato de seguro, configura morte acidental o evento em que o segurado falece em razão de choque anafilático desencadeado por uma picada de aranha (BRASIL, 2011).

A hipersensibilidade do tipo I, tida como a forma desencadeada pelo choque anafilático, pode ser definida como o desenvolvimento de uma reação imunológica rápida, que ocorre dentro de minutos após a combinação de um antígeno com anticorpo ligado a mastócitos ou basófilos, em indivíduos previamente sensibilizados ao antígeno. (REZENDE, 2003, p.55).

A reação anafilática cuja consequência seja um distúrbio sistêmico, geralmente sucede uma injeção intravenosa de um antígeno, como no caso seria a anestesia, ao qual a resposta imune já se tornou sensível. Com frequência, dentro de minutos, um estado de choque é produzido, sendo às vezes fatal.

Deve-se investigar a ocorrência de evento semelhante no passado e alergias prévias; exposição aos agentes mais comuns e relação temporal entre o contato e as queixas, medicamentos usados; fatores de risco e comorbidades associadas. Exames complementares pouco contribuem para a determinação diagnóstica e são mais importantes no controle clínico das complicações. O aumento do hematócrito é comum, porém bastante inespecífico. (WYNGAARDEN, 2010, p.1095).

O diagnóstico do choque anafilático é essencialmente clínico. Devido as suas múltiplas manifestações, a reação anafilática nem sempre é reconhecida como

sendo a causa do choque. Podem passar despercebidas a presença de hipotensão em crianças, jovens e naqueles que fizeram uso de epinefrina (adrenalina). (AMORIM, 2010, p.621).

Devido às dificuldades no diagnóstico, justifica-se a procura por marcadores da anafilaxia. Infelizmente, os testes já desenvolvidos têm utilidade limitada. As dosagens de histamina e triptase total e frações, desde que disponíveis, podem ser úteis nos casos duvidosos. Entretanto, as elevações são transitórias e a manipulação da amostra requer cuidados especiais. Alterações nos níveis de histamina são mais frequentes do que as da triptase total, sendo estas mais prováveis diante de hipotensão arterial (ROMANELLO NETO, 1998, p.57).

Como visto através de pesquisas, o choque anafilático é uma condição difícil e perigosa de ser atestada anteriormente à aplicação da anestesia, portanto, como se pode enquadrar tal fato como caso fortuito e força maior, ausência denexo causal, pode-se falar em excludente de responsabilidade. Tal excludente só pode ser confirmada se o anestesiolegista agiu com todos os seus deveres éticos e morais que a legislação e o conselho atestam. (WYNGAARDEN, 2010, p.1099).

Portanto, não há do que se falar na responsabilização do médico anestesiolegista frente a reações anafiláticas, se o médico agiu dentro de suas competências e habilidades. Trata-se nestes casos de uma excludente de responsabilidade, haja vista, que não há forma de previsão do acontecimento das reações anafiláticas. Alguns julgados tratam sobre isso.

DIREITO CIVIL. ERRO MÉDICO - CRIANÇA QUE FALECE POR CHOQUE ANAFILÁTICO. AUSÊNCIA DE CULPA NA CONDUTA DA MÉDICA. ANESTESIA - PROCEDIMENTO DE RISCO. ATENDIMENTO MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE MEIO - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO (BRASIL, 2003).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL HOSPITALAR. ERRO MÉDICO. NÃO VERIFICAÇÃO. CHOQUE ANAFILÁTICO EM PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE CIRURGIA NASAL. ANESTESIA. REAÇÃO IMPREVISÍVEL. INVESTIGAÇÃO PRÉVIA REALIZADA, ASSIM COMO INSTITUÍDO IMEDIATAMENTE TRATAMENTO RECOMENDADO PARA A REVERSÃO DO QUADRO, O QUAL ENTRETANTO NÃO SURTIU EFEITO. ÓBITO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO QUE SEGUIU O NORMALMENTE OBSERVADO PELA CULTURA MÉDICA. INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR.

A responsabilidade civil das instituições hospitalares é, em regra, objetiva, fundada no Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, ao oferecer no mercado de consumo serviços de assistência médica e hospitalar mediante remuneração, os hospitais se sujeitam às disposições da legislação consumerista, enquadrando-se no conceito de fornecedor de serviços da

área de saúde, nos termos do art. 14 do CDC. Não obstante isso, se a pretensão da parte autora se baseia na falha na atuação dos médicos, não poderá o hospital responder objetivamente, pois o art. 14, § 4º do CDC, impõe aos profissionais liberais responsabilidade subjetiva. O certo é que a perícia foi conclusiva no sentido de endossar os procedimentos médicos instituídos, tratando-se de evento imprevisível, tendo sido dispensado à paciente todos os cuidados possíveis para a reversão do quadro e imediatamente. Investigação pregressa que não evidenciava sensibilidade prévia a fármacos, inexistindo testes prévios hábeis à identificação de reações anafiláticas ou alérgicas graves. Nesse passo, não há como imputar responsabilidade aos réus. Improcedência do pedido mantida. Agravo retido desprovido, a unanimidade. Apelação desprovida, por maioria (BRASIL, 2011).

Desta forma destaca-se a maneira como atualmente os tribunais têm tomado o entendimento de forma a considerar como excludentes de responsabilidade situações em que ocorre reação anafilática como uma fatalidade em procedimentos anestésicos. Deve-se considerar, portanto, a forma de agir do profissional, se este foi prudente e observou todos os cuidados precisos.

3.5.1 Etiologia, fatores de risco e causas

Inicialmente qualquer reação alérgica poderá causar uma reação anafilática, porém é muito mais provável que a via parenteral venha a induzi-la mais comumente. Administrações de fármacos pela corrente sanguínea e picadas de insetos diretamente nos vasos são deveras invasivos e aumentam a chance de desencadear essa reação (HERRERO; REINA, BLASCO, 2010, p.74).

A patogenia da anafilaxia é explicada primeiramente pelo inicial contato do agente com o indivíduo, situação normal do sistema imunológico de qualquer pessoa (PRADO, 1999, p.68). Após a penetração do alérgeno pela corrente sanguínea, onde este é absorvido por uma célula pertencente ao sistema imunológico capaz de realizar a fagocitose chamada macrófago, que leva até um linfócito B, este reconhece, sensibiliza e multiplica transformando em plasmócitos (NORA, 2006, p.100).

Os plasmócitos produzem em grandes quantidades imunoglobulina E (IgE) a qual se liga à parede celular dos mastócitos presentes em todas as partes do corpo. Ocorre que, quando um indivíduo apresenta um organismo já susceptível a alergias, há um aumento na produção de IgE o qual provoca a sensibilização dos mastócitos em

muitas partes do corpo, onde há exposição do antígeno. (COTRAN; KUMAR; COLLINS, 2010, p.666)

Esses mediadores indicados acima reforçam a incerteza do acometimento de uma reação anafilática (MACHADO, 2011, p.67). São liberações orgânicas que indicam a imprevisibilidade da reação a droga injetada. Atesta-se e confirma a tese do evento ser considerado acidental e se incluir como uma excludente de responsabilidade.

Após a exposição, uma série de eventos são ativados e com isso liberados mediadores químicos que vão ser responsáveis pelos sinais e sintomas provocados pela reação anafilática. Cada mediador tem um papel específico, age em determinado órgão e provocam diferentes reações, são eles: histamina, prostaglandinas, leucotrienos, fator ativador plaquetário, bradicinina e proteases neutras. (POTERIO, 2009, p.199).

A histamina, um vasodilatador periférico, provoca dilatação de veias e artérias, além de aumentar a permeabilidade vascular e provocar uma queda na pressão arterial. Os leucotrienos são vasoconstritores e determinam constrição da circulação arterial periférica e coronariana, causando broncoconstrição e diminuição da complacência, também dilatação venular, e aumento da permeabilidade vascular. O Fator Ativador Plaquetário causa dilatação de veias e aumento da permeabilidade vascular cutânea, profunda hipotensão, aumento da resistência pulmonar hipertensão pulmonar e por fim a bradicinina provoca contração de músculos lisos, vasodilatação e aumento da permeabilidade vascular, levando a hipotensão sistêmica e constrição de vasos coronarianos. (JEVIER, 2007, p.410).

Todos esses mecanismos provocados pelos mediadores químicos acima elencados provocam todos os sinais e sintomas que estão envolvidos na reação anafilática afetando os sistemas do corpo humano, tais como: cardiovascular, pulmonar, circulatório, hematológico, gastrointestinal, cerebral entre outros.

Para a prevenção contra o choque anafilático já se recomendou testes dérmicos com a finalidade de verificar quais seriam as substâncias que o paciente teria sensibilidade, porém observou-se que muitos pacientes com teste prévio negativo apresentaram reações alérgicas durante a cirurgia. Os testes são de baixa especificidade e sensibilidade. Além de que há igual risco, pois, a reação anafilática

é qualitativa e não quantitativa dependendo do tipo de droga e não da sua quantidade. (WYNGAARDEN, 2010, p.1099).

Os pacientes podem apresentar inicialmente reações tóxicas como: edema em face, membros, olho, laringe, coceira generalizada, vermelhidão, tontura, falta de ar, náuseas, vômitos, erupções em todo o corpo. Quando atinge o sistema respiratório as consequências já se tornam mais sérias e há um súbito aumento da possibilidade de morte começando com uma rouquidão, falta de ar, asma com sibilo e evoluindo para um edema súbito de glote até um sufocamento com baixa na quantidade de oxigênio do órgão envolvido (HUNGRIA, 2000, p.38).

Eventos cardiovasculares também são frequentes podendo ocorrer isquemia miocárdica e arritmias ventriculares, culminado em parada cardíaca. Pode ainda interferir em outros sistemas causando náuseas, vômitos, diarreia e cólicas, ainda, delírios e convulsões (HOBAlKA, 2007, p.99).

É preciso agir com rapidez para intervir no quadro de anafilaxia, pois é uma condição severa que poderá levar o indivíduo à morte em poucos minutos. O seu tratamento é o mesmo independentemente do que ocasionou a reação e consiste primeiramente em posicionar o paciente de maneira a deixá-lo mais livre para facilitar a sua respiração, colocar um suporte ventilatório e observar os sinais vitais e coloração, monitorá-lo frequentemente com a aferição da pressão, pulso e frequência cardíaca.

Após essas medidas iniciais aplicar-se-á injeção de adrenalina com a finalidade de atrasar a resposta imunológica e ganhar tempo para agir com mais tranquilidade. Caso haja piora deve-se injetar diretamente na área da língua a adrenalina e posterior intubação orotraqueal para facilitar a respiração comprometida. Corticoides também poderão ser utilizados e por fim, com o real objetivo de salvar a vida do paciente, traqueostomia e massagem cardíaca. (WYNGAARDEN, 2010, p.1099).

Se o profissional agir conforme exemplificado acima, ele esgotou todas as possibilidades de cuidado e prestação no atendimento de primeiros socorros do doente em processo de acometimento da reação anafilática. Desta forma não cabe a ele qualquer tipo de responsabilização sobre este fato haja visto se tratar de uma condição acidental e imprevisível, uma excludente de responsabilidade.

Pode-se para exemplificar a ocorrência da reação anafilática alusão três casos em que foram vitimados pessoas públicas e com grande repercussão. O caso de Clara

Nunes, em 1983, cantora brasileira que faleceu em decorrência de reação anafilática em consequência de uma cirurgia estética para correção de varizes e o outro, o jogador de futebol revelação do Clube de Regatas Flamengo nos anos 70 Geraldo Cleofas Dias Alves, também em decorrência de uma anafilaxia após ser submetido a cirurgia de amígdalas.

Uma das cantoras que dispontava no auge do Brasil à época, Clara Nunes foi vítima de uma reação apresentada após uma simples cirurgia. Este fato foi relevante devido à notoriedade e sucesso momentâneo da artista o qual proporcionou muitas especulações da imprensa e dos fãs e posterior análise detalhada do caso. Foi realizada no Conselho Regional de Medicina da Bahia a investigação ja que o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro estava impossibilitado de seguir com a investigação por estar sob intervenção do Conselho Federal de Medicina.

Ao final desta averiguação chegou-se à conclusão de que Clara Nunes não fora vítima de erro médico. A *causa mortis* apresentada no atestado de óbito da cantora foi hipersensibilidade ao halotano, gás administrado durante a cirurgia como anestésico (FERNANDEZ, 2007, 44).

Antes de vir a falecer Clara Nunes havia permanecido por 28 dias em estado de coma, tendo sido acometida por morte cerebral após sofrer uma anafilaxia durante uma cirurgia para retirada de varizes nas pernas em 5 de março de 1983. A sua morte teve como causa principal a insuficiência cardíaca e ocorreu no dia 2 de abril do mesmo ano, na Clínica São Vicente, no Rio de Janeiro, quando a cantora tinha 40 anos de idade. (REVISTA VEJA, 1983, p. 24).

A saga hospitalar da cantora teve início a partir da marcação da cirurgia para o dia 05 de março do ano de 1983 com o médico cirurgião Antonio Vieira de Mello chefe da equipe cirúrgica. A cantora pediu sigilo total, a fim de evitar alardes na imprensa. E para o anestesiológico Américo Salgueiro Autran Filho. A cantora informou de maneira incisiva a opção pela anestesia geral, mesmo após o médico tentar lhe convencer das vantagens da anestesia peridural, e prejuízos além de consequências e possíveis complicações advindas da anestesia geral (FERNANDEZ, 2007, p.45)

Ao iniciar os primeiros preparos para a cirurgia, o médico anestesiológico aplicou a anestesia que continha uma mistura de halotano, protóxido de azoto e oxigênio, a operação ocorria normalmente e já estava próxima do fim quando o cirurgião notou

uma diferença na coloração do sangue da paciente. O médico de logo requisitou a aferição da pressão arterial pelo anestesiológista que constatou estar em queda brusca.

Após análise da pressão arterial, o quadro respiratório da paciente começou a declinar, com falta de ar e evoluiu para uma parada cardíaca. O primeiro ato do profissional foi exigir, de imediato, a cessação do anestésico, aumento em 100% da entrada de oxigênio no tubo traqueal e massagem reanimadora cardíaca inicialmente manual. Após o coração fibrilar foi necessário o uso de um desfibrilador mas não havia resposta voluntária aos estímulos o que como consequência houve a formação de edema cerebral com posterior morte cerebral (FERNANDEZ, 2007, p.56)

Neste momento as especulações começaram a surgir e suspeitas de que o anestesiológista ausentara-se da sala durante a cirurgia, que houve erro médico no atendimento à cantora e de que teria ocorrido uma falha no equipamento que liberava oxigênio vinham à tona com força.

Na madrugada de 2 de abril de 1983, as funções vitais de Clara Nunes começaram a desaparecer e pouco depois, às 4:30 da manhã, veio a falecer.

No final de abril de 1983, o Cremerj estimulado pelo clamor público decidiu averiguar as causas que levaram à morte da cantora, abrindo uma sindicância. No entanto, o julgamento não poderia ser realizado por este órgão, já que se encontrava sob intervenção do Conselho Federal. Foi então que assumiu o Conselho Regional de Medicina da Bahia liderado pelo então presidente Aristides Maltez Filho. (VEJA, 1983, p.26).

Os documentos asseguraram a visão do anestesista para a ocorrência do choque anafilático. Houve para isso coleta dos depoimentos de cada um dos membros da equipe que atuou na cirurgia e também das testemunhas mencionadas em reportagens, além de fazer avaliação dos prontuários indicando quais medicamentos foram ministrados à cantora nos 28 dias em que esteve internada na Clínica São Vicente. Sob o registro CFM 33/83, a sindicância começou em 14 de março de 1983, a pedido do Cremerj. (VEJA, 1983, p.26)

Segundo revista Veja (1983, p. 24) por falta de indícios de infração médica, foi dado por encerrado no dia 28.07.1983 nos arquivos do Conselho Regional de Medicina da

Bahia (CREMEB), o inquérito aberto para apurar a responsabilidade do Anestesiologista Américo Salgueiro Autran Filho e do cirurgião Antonio Vieira de Mello na morte da cantora Clara Nunes, em consequências de complicações provocadas por uma cirurgia aparentemente simples de varizes, na clínica São Vicente, Rio de Janeiro.

Para as acusações haveria um defeito na aparelhagem de oxigênio o qual fazia a produção de uma mistura indevida de gases que compõem o coquetel anestésico. Além disso, no momento da parada cardíaca e perda da atividade elétrica cerebral o anestesiologista estaria ausente da sala atendendo a um telefonema.

Segundo Revista Veja (1983, p.24)

Para o Cremeb, Clara Nunes morreu realmente em decorrência de um “choque anafilático irreversível, agudo, sem que tenha para isso concorrido nenhum tipo de negligência, falha humana ou técnica” – exatamente o que vinham alegando os médicos envolvidos no caso. O inquérito concluiu ainda que os equipamentos da sala de cirurgia da clinica estavam em perfeitas condições, de acordo com a perícia realizada pelo Instituto Médico Legal e pela empresa White Martins, que cuida da manutenção do equipamento de oxigênio. Os boletins requisitados à clínica teriam comprovado, ainda, a perfeita dosagem dos gases. E, através de depoimento dos funcionários do hospital, o Cremeb concluiu que o anestesista não se afastou “nem 1 minuto” da sala de cirurgia.

Ao anunciar, com indisfarçável nervosismo, a decisão do Cremeb, seu presidente Aristides Maltez Filho, disse que os quinze membros do conselho que participaram do julgamento acompanharam por unanimidade o parecer do relato Artur Ventura de Matos. O relator se debruçou durante três meses nas milhares de páginas do inquérito e não encontrou provas que incriminassem os três médicos indiciados. A decisão do Cremeb sobre o caso de Clara Nunes é passível de recurso. Se os parentes da vítima assim o quiserem, poderão reabrir o caso no Conselho Federal de Medicina. No Rio de Janeiro, o compositor Paulo César Pinheiro, que foi casado com Clara, diz que não irá recorrer: “ Não adianta”, afirma. “Não acredito nesta Justiça.”

Outro caso com repercussão pública foi o do então jogador revelação do Flamengo Geraldo Cleofas nos anos 70, que atuava ao lado de Zico, Junior, PC Caju e Afonsinho. Perdeu a vida após uma simples cirurgia de retirada de amígdalas. No ano de 1972, Geraldo sob indicação e orientação do setor médico do Clube de Regatas Flamengo precisava submeter-se à retirada das amígdalas por conta de infecções recorrentes (PIZZI, 2011, p.01).

No dia 26 de agosto de 1976 foi internado e operado pelo otorrinolaringologista com uso de anestésico local. Por volta de 20 minutos após a cirurgia Geraldo sentiu-se mal e teve uma súbita parada cardíaca. Tentou-se a reanimação, mas sem sucesso.

O atleta jovem, de apenas 22 anos, veio a falecer vitimado pelo choque anafilático causado pela anestesia (PIZZI, 2011, p.01).

Se faz necessário também relatar um caso mais recente que vitimou a modelo Cláudia Liz no ano de 1996. Ela se submeteu a uma cirurgia de lipoaspiração da qual resultou sérias complicações advindas da aplicação da anestesia. A paciente permaneceu hospitalizada na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) da Clínica Santé por quatro dias com edema cerebral e em coma induzido. Após esse período a modelo teve seus sinais vitais recuperados saindo deste quadro sem qualquer seqüela (MENDONÇA, 2010, p.01).

Nesta ocasião, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo abriu uma investigação que teve como responsável o médico neurologista Célio Levyman para apurar o caso. Ao final, chegou-se a conclusão que não houve qualquer imperícia ou irregularidade na conduta e na administração das drogas pelo anestesiológico Francisco Minan Neto, que Cláudia Liz sofreu uma reação anafilática decorrente da aplicação da medicação utilizada para a sua anestesia. (FELTRIN, 1996, p.01).

Levyman declarou ainda que:

O CRM não vê qualquer falha no atendimento prestado à modelo no Hospital Albert Einstein e afirmou que, "se estivesse no lugar do (Jorge Roberto) Pagura", também teria sido um pessimista.

"Nesses casos, o melhor é ser uma espécie de 'pessimista dialético': se o paciente piora, você já tem uma estrutura clínica e o espírito preparado. Se melhora o estado do paciente, você fica duas vezes mais feliz." (FELTRIN, 1996, p.01).

4. DEVER DE INDENIZAR DECORRENTE DE REAÇÕES ANAFILÁTICAS

Pode-se ressaltar que nem todo resultado adverso na assistência à saúde individual ou coletiva é sinônimo de erro médico.

É possível, ao final chegar a um posicionamento e entender que se observados todos os cuidados de maneira prudente dentro dos padrões de vigilância do Conselho Federal de Medicina não há como se falar em dever de indenizar decorrente de reações anafiláticas.

Não existe uma causa que responsabilize o médico anesthesiologista frente a casos em que se deu a reação anafilática. O organismo humano responde de forma exagerada a um medicamento apresentado e não há como antever tal consequência.

4.1 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA

Dentre as especialidades médicas onde há importante discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da responsabilidade civil é a anesthesiologia. Hoje, já é sabido em todo o ordenamento acadêmico e jurídico através de nomes como Genival Veloso França, Sérgio Cavaliere Filho e Irary Novah Moraes que não se pode falar em responsabilidade objetiva em hipóteses que envolvam médicos anesthesiologistas. Eles não precisarão prever um resultado positivo, apenas trabalhar com diligência e observância aos deveres éticos da sua profissão.

O que existia era um pensamento que advinha de um processo histórico desta especialidade que não passava de mera atividade acessória da cirurgia e, quando não ficava ao encargo do próprio cirurgião, poderia ser aplicadas por qualquer um, estudantes de medicina, auxiliares de hospitais, irmãs de caridade (FERRAZ, 2009, p. 58).

Atualmente ela não mais se enquadra como uma especialidade acessória da cirurgia e já ganhou autonomia e destaque na Medicina.

Hoje em dia apesar de existirem posicionamentos contrários, o que prevalece é que a obrigação do médico anestesiológico é de meio, porque o objeto do contrato é a assistência ao paciente, onde o médico compromete-se a prestar todos os recursos disponíveis ao seu alcance, sem, portanto, garantir sempre o sucesso. Já decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná no ano de 1999 que:

A anestesia implica vigilância médica até o paciente despertar completamente. Durante a realização da anestesia, incumbe ao anestesiológico o dever fundamental, como integrante da equipe cirúrgica, de permanecer todo o tempo junto do doente até a total recuperação dos efeitos do medicamento ministrado. Desse modo, a responsabilidade do profissional não se restringe ao ato de aplicar a medicação, mas se estende por toda a cirurgia, com o fito de monitorar o paciente sob seus cuidados (BRASIL, 1999).

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ANESTESIOLOGISTA E DO CIRURGIÃO CHEFE

Discute-se na aludida questão apresentada à divergência existente da responsabilidade civil quando se está trabalhando em equipe no momento da ocorrência de um erro médico. O médico anestesiológico atua sempre assessorando outro profissional e existe entendimento no sentido de que o chefe, por estar na direção da equipe, é o responsável, sendo os outros médicos seus subordinados, auxiliares executando atos sob suas ordens (CAVALIERI FILHO, p.277, 2011)

Esta visão existia no passado, hoje já se sabe que cada profissional é responsável pelo ato que pratica. E através do aprimoramento de técnicas em face da moderna Medicina é possível fazer nítida divisão de tarefas entre as diversas especialidades que atuam conjuntamente em uma mesma intercorrência cirúrgica.

A cada avanço da medicina a atividade anestésica adquire maior importância no cenário fazendo com que o paciente, muitas vezes, permaneça mais tempo sob os cuidados do anestesiológico do que sob o controle do próprio cirurgião-chefe. O especialista possui autonomia científica em relação ao cirurgião o qual torna a responsabilidade do cirurgião independente (KFOURI NETO, p. 161).

O anestesiológico, diante desse novo cenário, não mais atua de maneira submissa ao cirurgião-chefe, ao tempo em que detém liberdade até mesmo para propor a

interrupção ou até a suspensão da cirurgia, em razão de alguma complicação que possa comprometer a vida do paciente (GIOSTRI, 2003, p. 155).

Para tomar o entendimento mais claro, a responsabilidade conjunta, de ambos os médicos, não equivale a uma responsabilidade coletiva. Existe no meio da equipe uma área de competência comum, obrigação geral de diligência e prudência, mas a responsabilidade de cada um continua a ser pessoal, relativamente às próprias obrigações. Em princípio, o médico-chefe é o responsável pelos atos de outros profissionais que atuam sob seu comando (MATIELLO, 2006, p. 162).

A regra é clara, trata-se de profissionais com responsabilidades independentes autonomia laboral e técnica. Eventualmente o cirurgião-chefe poderá ser responsabilizado por culpa *in vigilando*, jamais pela aceitação do anestesista, profissional qualificado e preparado.

Dependendo de cada caso concreto e suas peculiaridades, o cirurgião-chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sobre sua ordem. Existem hipóteses em que o cirurgião-chefe não somente escolheu o auxiliar, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele paciente. É preciso, portanto, para o reconhecimento do vínculo de preposição a suficiente relação de dependência ou a prestação de serviços sob o comando de outrem, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho, formal e engenhoso (MATIELLO, 2006, p. 163).

O cirurgião pode ser excepcionalmente responsável pela culpa do anestesista hipótese em que o paciente recorre ao cirurgião com a finalidade de realizar uma dada cirurgia.

A indicação do anestesista é feita pelo próprio cirurgião que esclarece ao paciente ser o especialista indicado, integrante da sua equipe médica além de que, este é o único preposto em que ele cirurgião, deposita confiança. (KFOURI NETO, p. 166).

Se um anestesista é escolhido pelo cirurgião por delegação da família ou do paciente, nenhuma responsabilidade recairá sobre o cirurgião diante de dano surgido em decorrência da anestesia. Se, por ventura, o cirurgião impõe o anestesista ao doente, quando este tinha um de sua confiança, não dando assim ao paciente nenhuma condição de escolha, fica claro que entre esse doente e o anestesista não há nenhum vínculo de natureza contratual. E, se do ato anestésico surgir um dano ao paciente, quem é o responsável? O cirurgião ou o anestesista? Se o paciente não contratou diretamente com

o anestesista parece-nos que toda a responsabilidade é do cirurgião, por *culpa in eligendo*. (FRANÇA, 2013, p.220).

Reafirma-se o princípio geral da especialização médica que apenas por exceção, o chefe da equipe cirúrgica responde solidariamente, seja em caso de acidente anestésico ou dano cirúrgico.

Em regra, cada um dos médicos é individualmente responsável pelos seus atos. Sendo possível examinar minuciosamente a atuação de cada qual, afastando-se a culpa *in eligendo*. Quando se trata de culpa *in eligendo*, o médico-chefe responde de forma solidária com o anesthesiologista no dever de indenizar, não se lhe negando, porém o direito de regresso contra o culpado pelo ato ilícito.

Quanto à culpa *in vigilando*, configurar-se-á somente quando no ato médico considerado, exigir-se do chefe atenta fiscalização sobre o ato individualizado de seu auxiliar. Em qualquer hipótese, vale dizer, com ou sem contrato vinculando membro da equipe ao paciente, não foge de vista que o chefe da equipe, independentemente da obrigação específica que contratou, tem um dever de supervisão geral da intervenção, a fazer atrair sobre ele a responsabilidade em paralelo com a do colega diretamente responsável pelo ato faltoso.

4.3 OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO?

Circunscrito à responsabilidade subjetiva, consolidou-se na doutrina e jurisprudência a obrigação de meio, ou seja, ao médico não lhe é imposto no seu ofício o resultado único de curar o paciente, mas sim a certeza de prestar cuidados de acordo com cada caso da ciência.

Cabe ao médico ser diligente, utilizando os recursos que lhe são colocados para garantir a recuperação da saúde do paciente, e mesmo que por algum motivo este venha a óbito, não pode imputar responsabilidade se agiu dentro dos padrões da ciência médica (GONÇALVES, 2012, p.66).

4.4 EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Para falar de excludente de responsabilidade civil é preciso tratar da diferença existente entre erro médico e acidente imprevisível.

A reação anafilática apresenta como consequência um resultado lesivo e algumas vezes provoca a morte do paciente, supostamente oriunda de caso fortuito ou força maior e se enquadra como um acidente imprevisível.

Há neste caso, um comprometimento da integridade física ou psíquica da pessoa lesada durante o ato médico ou decorrente dele, porém esta condição não pode ser prevista nem evitada pelo profissional ou por qualquer outro que estivesse em seu lugar naquele momento. (FRANÇA, 2013, p. 217).

Por outro lado o erro médico ocorre quando há uma conduta médica inapropriada, quase sempre na presença do elemento acidental da culpa e pressupõe a inobservância técnica da conduta, descaso ou motivos ocasionais diversos o que gera consequências lesivas à saúde e/ou à vida do paciente.

5 CONCLUSÃO

Como já estudado no decorrer da monografia, a responsabilidade civil é um importante instituto jurídico que permanece em evolução, influenciada sempre pelas peculiaridades das sociedades. O seu conceito perpassa a ideia do dever de indenizar e reparar prejuízos, porém hoje em dia existe o entendimento da erosão dos filtros tradicionais da reparação, devendo ser analisado e ponderado cada caso em específico. São quatro os seus pressupostos, ação ou omissão, dano, nexo de imputação e relação de causalidade.

A responsabilidade civil médica é enquadrada na espécie de responsabilidade subjetiva inspirada na ideia de culpa adotada como regra pelas legislações cível e consumerista brasileiras. Para a responsabilização é necessária a análise da culpa individual do médico e o ônus da prova é do ofendido, com possibilidade de inversão pelo juiz.

Os médicos são enquadrados como profissionais liberais e assumem uma relação contratual com o paciente, estabelecendo, em regra uma prestação obrigacional de meio. Não há uma garantia da cura, mas sim a certeza da prestação do serviço de acordo com as regras e métodos da ciência da Medicina. Neste mesmo pensamento insere-se também o especialista em anestesia.

O anestesiológico, quando da realização de sua atividade profissional através da sua contratação, assegura meios, de forma que o resultado não alcançado não poderá ser necessariamente rotulado de erro. O dever de indenizar, neste caso, somente se personifica quando a lesão ao paciente é decorrente de procedimento desviado dos padrões científicos, agindo de forma negligente, imprudente e/ou imperita.

O médico anestesiológico deverá ter grande preocupação em coletar o consentimento livre e esclarecido do paciente para informar a cerca de todas as etapas de sua conduta anestésica. O documento contém a aprovação expressa do paciente para permiti-lo a participar de determinado procedimento diagnóstico ou terapêutico sob a sua livre e espontânea vontade.

Desta forma, há uma prova inequívoca de que o paciente ou seu responsável legal foi devidamente informado sobre as possíveis técnicas anestésicas e prováveis

riscos eventuais, além de dúvidas que surjam e mesmo assim, o paciente aceitou se submeter aos riscos.

A função principal da anestesia é proporcionar a ausência ou alívio da dor durante a realização de qualquer procedimento médico. Para isto é necessário o uso de drogas específicas por meio da sua aplicação endovenosa, local ou através da medula espinhal, a depender da técnica escolhida.

Deve-se atentar ao fato de que enquadrada como uma especialidade científica inexata, a anestesiologia lida constantemente com fatores de risco. Deste modo cabe ressaltar que mesmo agindo de acordo com os parâmetros estabelecidos, resultados inesperados e imprevisíveis podem acontecer.

Como resultados imprevisíveis da atuação do médico anestesiológico é possível citar a reação anafilática que se caracteriza como uma reação alérgica aguda grave, de início súbito e evolução rápida, potencialmente letal. Resta configurado portando uma excludente de responsabilidade civil se agido o profissional com a devida diligência antes, durante e após a intercorrência médica.

A anafilaxia é desencadeada após administração de medicação anestésica. Melhor definida como uma síndrome é a manifestação clínica mais grave das doenças alérgicas. Quando ocorre este tipo de intercorrência configura-se uma excludente de responsabilidade civil pelo fato de ser um caso fortuito, alheio à vontade humana. Desta forma, é imperioso notar que existem critérios para a sua caracterização e estes perpassam pela inevitabilidade do evento e ausência de culpa.

Através desta análise chega-se a conclusão de que não é precisa a indenização pelo médico anestesiológico nos casos em que ocorrem a reação anafilática.

A aferição do dever de indenizar exige comprovação dos pressupostos acima explanados e a prova em juízo é imputada ao paciente, nos termos do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, podendo o juiz inverter conforme a teoria dinâmica do ônus da prova.

Portanto, a responsabilidade civil médica do anestesiológico, quando envolve casos de reação anafilática, merece atenção e cuidado. Para isto é preciso avaliar criteriosamente o regulamento médico ao qual este está submetido e o caso em si. É indispensável que sejam observados os seus deveres de conduta presentes em

normas éticas e legais provenientes do exercício da atividade profissional, devendo o especialista cumprir uma série de obrigações a que está sujeito.

Ao final deste trabalho pôde-se concluir que o evento específico da reação anafilática é enquadrado como uma excludente de responsabilidade civil. Nestes casos não existe para o médico o dever de indenizar, pois não há como garantir um resultado. Para tanto, para ser configurado como uma excludente, é preciso uma análise do caso em concreto. Alguns requisitos devem ser rigorosamente analisados como a situação em si, a postura do profissional e o seu comportamento diante do ocorrido. Observar se este agiu dentro dos padrões e normas estabelecidas pela ética e pelo regramento dos médicos anesthesiologistas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**. [S.l.], v. 718, p. 33-53, ago. 1995.

AMORIM, Jane Auxiliadora et. al. Hematoma Subdural Intracraniano Pós-Anestesia Subaracnóidea: Relato de Dois Casos e Revisão de 33 Casos da Literatura. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. Pernambuco, v. 60, n. 6, p.620-629, nov./dez. 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALERGIA E IMUNOPATOLOGIA E SOCIEDADE BRASILEIRA DE ANESTESIOLOGIA. Anafilaxia: diagnóstico. **Revista da Associação Médica Brasileira**. V.59, n. 01, [S.l.]; Editora Elsevier, p.07-13, 2013.

BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **A Responsabilidade Civil do Médico – Uma Abordagem Constitucional**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Médico – Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil: Teoria e Prática**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRAGA NETO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF; Senado, 2013.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo; Saraiva, 2013.

_____. **Código Civil**. 5. ed. São Paulo; Saraiva, 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - Embargos Infringentes Cível : **EI 1370023 PR Embargos Infringentes Cível (Gr/CIInt.) - 0137002-3/01**. 16 ago 2001. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4395830/embargos-infringentes-civel-ei-1370023/inteiro-teor-11185493>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - **Apelação Cível AC 358029 SC 2010.035802-9**. 02 jun 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=MORTE+POR+CHOQUE+ANAFIL%3%81TICO>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Paracatu – Sentença do **processo Cível nº 0470 01 1931-8** 03 dez 2003. Disponível em: http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/cpc/index.php?option=com_content&task=view&id=2435&Itemid=323. Acesso em: 20 maio 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul– **Apelação Cível Nº 70037342565**, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, 20 out 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/26699235/pg-319-judicial-diario-de-justica-do-estado-do-rio-grande-do-norte-djrn-de-12-05-20113>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – inteiro teor - julgamento do **REsp 81.101**, 3 Turma. relator o eminente Min. Waldemar Zveit. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/34843009/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-iii-01-03-2012-pg-719>. Acesso em: 20 maio 2013.

CALLEGARI, Carlos; OLIVEIRA, Reinaldo. Consentimento livre e esclarecido na anestesiologia. **Revista Bioética**. São Paulo. v.18, n.2. 2010.

CARVALHO, José Carlos M. **Iatrogenia e Erro médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil**. 4.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____._____. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____._____. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CHEHUEN NETO, José Antônio et. al. Erro Médico: A Perspectiva de Estudantes de Medicina e Direito. **Revista Brasileira de Educação Médica**. Minas Gerais, v. 35, n. 1, p.05-12, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COTRAN, Ramzi S; KUMAR, Vinay; COLLINS, Tucker. Robbins, **Patologia Estrutural e Funcional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1802 de 20 de dezembro de 2006. **Dispõe sobre a prática do ato anestésico**. Revoga a resolução do CFM n. 1363/1993. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1802_2006.htm Acesso em: 05 mar. 2013.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos. **Direito médico**. 1.ed. São Paulo: GZ editora, 2009.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 7.

_____. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FELTRIN, Ricardo. **CRM deve arquivar o caso Cláudia Liz**. 1996. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/12/02/cotidiano/32.html>. Acesso em: 26 set 2013.

FERNANDES, Vagner. **Clara Nunes: Guerreira da utopia**. 1.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

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

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso completo**, 15.ed, São Paulo: Del Rey, 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Anestesia: Obrigação de meios ou de resultados? Anestesiologia: a sua fonte de consulta na rede**. Disponível em: <http://www.anestesiologia.com.br/artigos.php?itm=30>. Acesso em: 17.03.2013.

_____, **Direito Médico**. 12.ed. São Paulo: Editora Forense Jurídica, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo F. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

_____. _____. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HERRERO, José L.; REINA, Carmen; BLASCO, Lucrecia; et. alli. Erros farmacológicos na prática anestésica: quatro casos de morbidade não fatais. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. Campinas, v. 60, n. 1, p. 70-79, jan/fev. 2010. Disponível em: [70-74<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-70942010000100008>](http://dx.doi.org/10.1590/S0034-70942010000100008) Acesso em: 11 out 2013.

HOBAlKA, Adriano Bechara de Souza et. al. Instabilidade Hemodinâmica Grave durante o Uso de Isoflurano em Paciente Portador de Escoliose Idiopática: Relato de Caso. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. Minas Gerais, v. 57, n. 2, p.177-181, mar./abr. 2007.

HUNGRIA, Hélio. **Manual de Otorrinolaringologia** . 8.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

JEGIER, Mário Alberto. Avaliação pré-operatória. In JEVIER, Mário Alberto; LEONE, Fernando José. **Manual de anestesiologia: conceitos e aplicações para a prática diária**. 3.ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Culpa Médica e Ônus da Prova**.1.ed. São Paulo: RT, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 2.

LOPEZ, Tereza Ancora. **O dano estético**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MACHADO, Jean Abreu et. al. Reação Anafilática Induzida por Látex em Paciente Submetido à Apendicectomia Aberta: Relato de Caso. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. Santa Catarina, v. 61, n. 3, p.360-366, mai./jun. 2011.

MARTINS, Alexandre dos Santos. **Responsabilidade civil do médico**. 1.ed. São Paulo: ed. Doc, 2003.

MARTINS, Judith Costa. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. [S.l.], v.867, p.11-51, jan. 1998,.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. 3.ed. São Paulo: LTR, 2006
MELO, Nehemias Domingos. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDONÇA, Marta. **Um adeus inesperado**. 2010. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,ERT137732-15228-137732-3934,00.html>. Acesso em 23 out 2013.

MORAES, Maria celina bodin de. O principio da dignidade humana. In Moraes, Maria Celina Bodin de (coord.) **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

MORAES, Celina Bodin de. **O Princípio da Solidariedade**. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2011.

MORAES, Rany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5.ed. São Paulo: RT, 2003.

HOUAISS. **Dicionário de língua portuguesa**. Disponível: <http://dicionario.cijun.sp.gov.br/houaiss>. Acesso em: 14 mar. 2013.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

NORA, Fernando Squeff et. al. Atitudes Atuais de Anestesiologistas e Médicos em Especialização com Relação à Anestesia Venosa Total. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. Santa Catarina, v. 56, n. 4, p.362-369, jul./ago. 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos dos direitos das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. 2.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Rogean Rodrigues et. al, Fatores de Risco para o Despertar Intraoperatório. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. Ceará, v. 62, n. 3, p.365-374, mai./jun. 2012,

OSER, Beverley. Por trás da Anestesia. **Scientific American Brasil**. Disponível em: http://www2.uol.com.br/sciem/reportagens/por_tras_da_anestesia.html. Acesso em: 22 set. 2013.

OSER, Beverley. Desvendando a anestesia. **Mente e cérebro**. São Paulo. V.195 p.58-63, abr, 2009

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

PETROUCIC, Mariana Z. **A Responsabilidade Civil do Médico Anestesiologista**. 2008. Monografia apresentada como requisito para obtenção de grau em bacharel em Direito – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente – São Paulo, 2008

PIZZI, Marcelo. **A história de Geraldo, revelação do Fla nos anos 70 que morreu aos 22 anos**. 2011. Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/programas/esporte-espetacular/noticia/2011/08/historia-de-geraldo-revelacao-do-fla-nos-anos-70-que-morreu-aos-22-anos.html>. Acesso em: 30 mai 2013.

POTÉRIO, Glória Maria Braga et. al. Reação Anafilática durante Transplante Renal Intervivos em Criança Alérgica ao Latéx: Relato de Caso. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. São Paulo, v. 59, n. 2, p.210-218, mar./abr. 2009.

PRADO, Felício Cintra. **Atualização terapêutica**: manual prático de diagnóstico e tratamento. 19.ed. São Paulo: Artes Médicas, 1999.

REZENDE, Joel Massari. Apnéia na Sala de Recuperação Pós-Anestésica: Relato de Caso. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. São Paulo, v. 53, n. 3, p.377-381, mai./jun. 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

SANTOS, Leonardo Vieira, **Responsabilidade Civil Médico Hospitalar e a questão da culpa no Direito Brasileiro**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica, criminal e ética**: comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES, Luiz Fernando et. al. Alterações Transitórias do Exame Neurológico Durante o Despertar da Anestesia com Enflurano, Isoflurano ou Sevoflurano. **Revista Brasileira de Anestesiologia**. Santa Catarina, v. 30, n. 6, p.465-473, nov./dez. 2001.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil** – doutrina e jurisprudência, revista atualizada e ampliada com comentários do código civil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STF. **Súmula número 341**. Disponível em:http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em: 19 mar. 2013.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil**: Direito das obrigações e responsabilidade civil. 2.ed. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: ARRUDA ALVIM *et al* (Coord.). **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Teoria e prática das obrigações**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VEJA. **Versões Contraditórias**. 23 mar 1983. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>. Acesso em: 03 nov. 2013.

VENOSA, Silvio de salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 6.ed. São Paulo: Atlas. 2006.

WYNGAARDEN, James. **CECIL**: Tratado de Medicina Interna. 23.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

YAMADA, Aurélio. **Derrubando mitos sobre a anestesia**. 2010. Disponível em: <http://www.cecmi.com.br/blog/?p=48>, acesso em: 04 dez 2011.