

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

**Responsabilidade Civil Profissional: As intervenções
médicas e a ausência de anuência do paciente.**

Monografia de conclusão de curso de
graduação em Direito desenvolvida
pelo aluno Alexandre Cezar Silva
Gonçalves de França, sob a
orientação do professor Valcir
Gassen, no decurso do primeiro
semestre de 2011.

Brasília, Junho de 2011.

"Nemo nascitur sapiens"

SUMÁRIO

Apresentação

Introdução

1. O Dever da Responsabilidade

- 1.1. A importância do estado *Quo Ante*.
- 1.2. A Responsabilidade Subjetiva e a Responsabilidade Objetiva.
- 1.3. Diferenciando a Responsabilidade Contratual da Extracontratual.
- 1.4. As Obrigações de Meios e as Obrigações de Resultados.

2. Aspectos da Prática Processual em proteção aos Direitos e deveres que decorrem da Responsabilidade Civil.

- 2.1. A independência entre as instâncias Cível, Penal e Administrativa.
- 2.2. As Ações de Responsabilidade Civil – A Ação de Indenização por perdas e danos e a Ação de Danos Morais.

3. A responsabilidade dos profissionais da Área de Saúde.

- 3.1. A responsabilidade pessoal do médico.
- 3.2. O dever de indenizar dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde.

4. A Consequência da utilização de técnica sem o consentimento do paciente.

- 4.1. O Termo de Consentimento
- 4.2. O Direito Vida: Princípio Fundamental Relativo.

Conclusão

5. Referências Bibliográficas.

Apresentação

A atividade médica exercida pelos profissionais da área consolida-se numa inserção mundial de conhecimentos, ou seja, perícia que pode ser aplicada em qualquer lugar do planeta de forma única. O interesse por este projeto surgiu do exato fato de as Ciências Jurídicas serem aplicadas de forma setorial, com regras próprias de cada Estado e disciplinando uma outra profissão que, em oposição, não tem distinção pela geografia.

Apesar de biologicamente sermos todos muito semelhantes, as nossas ideias comportam-se de formas distintas. O tema a ser discutido neste trabalho acadêmico reflete no interesse de demonstrar como a sociedade brasileira trata um tema socialmente fundamental, tal como a atuação dos médicos e sua interação com pacientes.

Certamente é um assunto que circunda as mentes de todos desde as primeiras consultas, quando ao entregar toda a verdade e conhecimento relevantes ao atendimento, contam com a salvação da vida pelas mãos daquele que se comprometeu a prestar toda a assistência possível e necessária, uma espécie de herói, que surge quando todas as outras opções mundanas já desapareceram, e ir ao hospital surgiu, em geral, como última alternativa.

É nesse círculo de confiança que surgem as mais diversas dúvidas para cônjuges, pais, irmãos, familiares e outros responsáveis em geral: Até onde devo seguir as determinações médicas? E se médico estiver errado? A família é sempre a responsável?

Os inúmeros desdobramentos para os fatos cotidianos nos levaram a singularizar o tema - após uma breve porém ampla explicação -, pois, se o assunto é delicado quando falamos em decidir por nós mesmo aquilo que planejamos seguir, imagine o caos que se origina das situações quando temos de fazer escolhas por outros ou ainda que, sem ninguém junto ao paciente, o médico tome todas as escolhas em suas mãos.

As áreas de conhecimento que abarcam esse tema, originado por direitos constitucionais fundamentais como o Direito à Vida, desdobram-se para outros ramos, como o Direito Civil, e foi dessa forma, ao longo do curso de Direito,

que, ao absorver o conhecimento proporcionado pelos saudosos mestres – de diversos ramos jurídicos -, a vontade de debater o tema de forma acessível para profissionais da área médica – incluídos os estrangeiros que atuam no Brasil -, finalmente firmou-se.

Introdução

A presente obra intelectual tem por intuito apresentar fatos jurídicos oriundos do *labor* médico que surgem como desafios concernentes ao Direito. Recentemente, muito se falou sobre o embate sócio-religioso com a postura dos adeptos a religião Testemunha de Jeová, o que trouxe a tona o conflito de diversos princípios constitucionais e sua incidência nos aspectos já firmados de responsabilidade no nível de obrigações de meios e de resultados.

Ademais, a participação do Ministério Público nas investigações hospitalares vem alterando o comportamento médico por receio de que um procedimento padrão e aconselhável seja visto pelas autoridades investigadoras como negligência, imprudência ou imperícia. Muito se deve ao fato de cada vez mais o resultado positivo da intervenção médica passar a ser atrelado como fato provável ou quase certeza.

Finalmente, o uso, por parte dos médicos, de tratamentos perigosos para atender uma necessidade extraordinária apresenta problemas com a inexistência de desencadeamentos de responsabilidade previstos, de forma que todos os fatos acima citados caem na vala comum de hipossuficiente (Paciente) versus Hipersuficiente (Corpo Médico), quando a realidade não é simples assim.

Dessa forma, a idéia geral almeja desambiguar situações religiosas, médicas e culturais frente as complexas situações, demonstrando o aspecto fático relevante ao problema, a fim de que possa obter respostas úteis ao dia-a-dia de interações entre médicos e pacientes. Logo, o cerne deste trabalho é o *Termo de Consentimento Informado*, os seus desdobramentos na cadeia de responsabilidade civil e a possível aplicação dos artigos 122, 135 e 146 do Código Penal Brasileiro.

No primeiro capítulo nos concentraremos em esclarecer conceitos amplamente conhecidos, como o dever de responsabilizar e a responsabilidade proveniente de um contrato, os quais sempre aparecem informalmente nas conversas de leigos do direito. O objetivo inicial será desambiguar os ramos basilares da responsabilização, para que possamos aprofundar o aspecto nos capítulos seguintes.

Em seguida daremos uma breve explicação sobre o reflexo processual causado pelo direito material que origina a pretensão jurídica de restituir.

Acreditamos ser de suma relevância a compreensão acerca do funcionamento dos institutos processuais que envolvem as partes em juízo. Visamos, dessa forma, apresentar as funções dos órgãos que participam da prestação jurisdicional, esclarecendo os seus papéis, explicando o porque de sua atuação e apresentando outros simples esclarecimentos.

O terceiro capítulo irá tratar das peculiaridades da responsabilização profissional do médicos, ou seja, salientaremos os pontos já “temidos” pelos profissionais da área como a Negligência a Imprudência ou a Imperícia, o Erro Médico, a substituição da manifestação do paciente inconsciente pela escolha do médico e, finalmente, o desdobramento na cadeia de indenizar com relação a participação do local em que houve a intervenção médica.

Após o estabelecimento de todos os pontos essenciais, o projeto adentra o terreno pantanoso das novas possibilidades e aceções ao ramo profissional.

Este último momento culmina com o estudo do termo de consentimento e com apontamentos acerca do conflito principiológico que envolve o tema. Apresentamos o lado de críticas de que diversos profissionais do ramo atuam ignorando algumas das técnicas aprendidas em sala de aula para que estejam mais seguros juridicamente. Perceba que nem sempre é o melhor para o paciente, mas a acirrada jurisdição prestada nestes casos está incentivando uma mudança indesejada de comportamento que não é bem vinda, pois de nada melhora ou facilita, exceto a celeridade da investigação sobre supostos e prováveis acontecimentos médicos.

1. O Dever da Responsabilidade

A responsabilidade é um sentimento, uma sensação. Antes de qualquer consolidação jurídica, podemos ter certeza que até a mais inocente das crianças se sente terrível após cometer uma injustiça com coleguinhas da família ou depois de ultrapassar limites ditados por sua mãe. Tal acontecimento cria uma tolerância pela represália ou incita comportamento reparador, que dentro do possível, seriam pedidos de desculpas, uma oferta de carinho ou uma oferta de reparação.

O dever de atender aos atos de responsabilização a que damos causa é mais que uma obrigação jurídica, um comprometimento com a cidadania. Inúmeras vezes estamos diante de fatos em que o causador do dano – *lato sensu* -, porta “vantagem” comportamental sobre o que pode fazer, podendo escapar da responsabilidade sem chance alguma do prejudicado ser capaz de identificar o causador do prejuízo.

Tal cultura de se extrair, sempre que possível, a vantagem sobre *outrem* é exaustivamente perceptível na sociedade contemporânea, pois cada vez mais as pessoas se conhecem menos e a quantidade de seres humanos nas ruas contribui para o anonimato, logo, muitos vêm tais atributos como incentivos reais para elidir-se das próprias responsabilidades.

Tamanha a importância do dever de responsabilidade, que, se analisarmos o que se passou tempos atrás na evolução do conceito, poderemos perceber que a vingança surgia como alternativa cotidiana, uma forma de represália contra aqueles que causaram danos de qualquer gênero e não eram capazes de repará-los de forma que atendessem as expectativas do prejudicado.

A evolução da responsabilização passou a incluir conceitos de acordo com a necessidade social. O surgimento da responsabilidade aquiliana – extracontratual -, a subjetivação, a objetivação, a participação do Estado ou ainda o risco, o nexo causal, o resultado, a culpa assumida em nome daqueles por quem se é responsável, tudo, originou o objeto de estudo da Responsabilidade Civil, de forma que podemos observar, explanação sucinta oferecida por CAIO MÁRIO:

Como *sentimento humano*, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a idéia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha à idéia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar.¹

Não apenas as formas de imposição do dever de reparar foram estudadas, mas também o tema que tange ao **dano**, o qual é de fundamental importância para a compreensão do assunto. Inicialmente, poderíamos distinguir entre aqueles patrimoniais e os extrapatrimoniais, mas a nossa Constituição Federal prevê a ocorrência do dano moral. A partir dessa conquista jurídica, outras formas de responsabilização passaram a surgir, as profissões galgaram por especificidades quanto ao nível e forma de responsabilização, o consumidor adquiriu regras mais favoráveis ao consumo e evidenciaram casos especialíssimos como a perda de uma chance. Estes avanços jurídicos podem ser percebidos nos seguintes dispositivos constitucionais:

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

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;²

¹ PEREIRA. (2002, p. 11).
² Constituição Federal, Art. 5º, V e X.

Logo, nesta seara jurídica do século XXI, a luz do Código Civil de 2002, percebemos, como diz ARNALDO RIZZARDO, a predominância das responsabilidades por culpa e por desempenho de atividade de risco³. As especificidades originadas a cada caso, por mais que úteis e válidas, funcionam dentro dos conceitos de responsabilidade subjetiva e objetiva definidas e tangenciadas nos arts. 186, 187 e 927 do CC/2002, verbetes jurídicos que foram o cerne para conceitos importantíssimos para o tema, e que, através da interpretação jurisprudencial e doutrinária contruíram o Direito de Responsabilidade Civil que hoje é palpável.

A importância destes artigos está também na segurança conceitual que foi trazida para termos que caracterizam ou descaracterizam o ilícito reparável, como boa-fé, ato ilícito, dano, risco entre inúmeros outros.

Na ordem dos sentimentos o dever é, às vezes, difícil de ser cumprido, porque se encontra em oposição às seduções do interesse, a consciência livre muitas vezes fraqueja, mas, para tornar possível a vida em sociedade é necessário que se crie limites ao comportamento humano, de sorte a evitar que uma pessoa se prejudique.

Podemos defender, então, que o papel mais importante da Responsabilidade Civil, como disciplinadora jurídica da sociedade é, através de seus conceitos e determinações, potencializar o comportamento positivo da sociedade, contruindo diretrizes que devam ser instintivamente seguidas. A matéria, mesmo que jurídica e de difícil linguagem e acesso para muitos, há de ser difundida entre o conhecimento popular, a fim de que as pessoas possam definir até onde se estende a sua responsabilidade e a partir de qual ponto começa a do próximo, seja este um vizinho, um empregado, um filho ou um profissional.

1.1. A importância do estado *Quo Ante*

Status quo - in statu quo res erant ante bellum -, é uma constante no estudo da Responsabilidade Civil e relaciona-se com o dano, que como percebemos no item anterior, é um dos itens de maior importância no estudo, já que é o elemento que, comumente, proporciona o desequilíbrio da situação fática entre dois ou mais seres humanos. Interpretações diversas deste termo já o levaram a indicar outras idéias menos precisas, tais como a literalidade de sua tradução, de precisamente retornar-se ao estado anterior, mas, a sua maior importância é o reestabelecimento equivalente ao prejuízo e, dentro do possível, prestado pelo autor do dano. Neste momento, faremos uso da definição apresentada por CAIO MÁRIO:

Embora as vias judiciais sejam diversas pois de um lado está a declaração de vontade do devedor criando um direito subjetivo para o credor, de outro lado está o provimento jurisdicional impondo ao *reus debendi*, uma prestação em favor do *reus credenti* – existe um ponto de convergência para as duas vias: no momento da *solution* é mister estabelecer o que efetivamente deve ser pago – *quid, quale, quantum debetur*.⁴

O ato ilícito em sentido estrito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade civil (da obrigação de indenizar): fato, dano, nexo causal e, eventualmente, a culpa.

Assim, a responsabilidade civil teria como função restaurar o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Isto é, restabelecer o *status quo ante*, pelo princípio da *restitutio in integrum*, buscando uma indenização, reparação (dano material) ou uma compensação (dano moral).

A grande preocupação do jurista moderno é extrair do senso comum que o elemento inerente ao dever de indenizar está restrito ao mero desconforto pessoal. Não são raros os momentos em que coisas mundanas tornaram-se munição para exigir do Poder Judiciário que obrigue uma reparação ou indenização devido a um dissabor cotidiano.

4

PEREIRA. (2002. p. 308).

É necessário agir com cautela quando ouvimos justificativas infundadas sendo atiradas ao Poder Judiciário na tentativa de uma superestimada indenização, numa tentativa de tirar proveito de um acontecimento constrangedor. Muitos leigos do direito acreditam que o Dano Moral é uma fábrica de dinheiro, uma vez que milhares de pessoas já foram indenizadas por conta de problemas muito menores que a maioria da população brasileira vivencia diariamente.

Estamos tratando da deturpação do *status quo ante*, no momento em que se transforma em *enriquecimento sem causa*.

LIMONGI FRANÇA, ao defender essa idéia, conceituando o enriquecimento sem causa, assim se expressa:

Enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico.⁵

Tal instituto nada mais é do que o locupletamento a custo alheio, o qual, ao revés de buscar a volta do equilíbrio termina por arruiná-lo por completo. As disputas que envolvem o tema são nucleares a problemas sociais de mesmo calão, que se originam quando um indivíduo aproveita da oportunidade de reclamar um único problema para exaurir tudo ao que tem e o que não direito, atrapalhando ao máximo a prestação jurisdicional e deixando ao magistrado o papel de pária, aquele que buscará a menor das injustiças. Este possível ilícito é bem esclarecido por WASHINGTON BARROS:

Os Romanos já consagravam o pagamento indevido como modalidade de enriquecimento ilícito, cujos requisitos eram o pagamento, ser este devido, o erro do "solvens", a boa fé de quem recebeu e que o indevido não fizesse incorrer na pena do dobro aquele que o negasse. Ainda sobre os requisitos exigidos pelos Romanos, cabe observar que no caso de má fé por parte do "accipiens", o caso era de "condictio furtiva".⁶

⁵ FRANÇA. (1987, p. 189).

⁶ MONTEIRO. (1997, p. 63).

O enriquecimento sem causa surge como antagônico ao equilíbrio buscado pela responsabilização, pois tratar-se-á de uma nova irregularidade em meio ao já prejudicado relacionamento social para o qual se efetuava o pagamento em primeiro lugar.

Precisamos ter em mente que a lesão prévia a um Direito é, na maioria das vezes, irreversível, de forma que torna-se impossível a perfeita reparação, o sentido do termo está exatamente na busca por algo que amenize a dor ou prejuízo sofrido na vida de alguém.

A indenização é, quase sempre, meramente representação dessa busca pelo estado anterior, pois, por mais que se substitua a coisa perdida ou danificada por réplica exatamente idêntica a olhos técnicos, nunca é possível quantificar a estima e representação extrapatrimonial que existia para com o seu dono. A simples entendimento, esta é a razão de porque uma cópia da Mona Lisa não traria tanto prazer a um colecionador quanto a original.

É deste raciocínio que decorrem as principais problemáticas do tema quando falamos das intervenções sem anuência do paciente, visto que o objeto de trabalho da medicina sendo o corpo humano, a saúde, o bem estar social é por vezes injustiçado quando surge o *status quo* contra o enriquecimento sem causa, sendo este último, por vezes, legitimado em razão da impossibilidade de se quantificar o dano ao corpo ou a saúde. NERI TADEU CÂMARA SOUZA se manifesta no seguinte sentido:

Não se importa se o médico errou, mas, sim se esse erro vem acompanhado pela culpa na conduta do médico. O julgador não busca um diagnóstico equivocado – inerente ao desempenho da medicina, pelas imprevisões de comportamento do organismo humano. Busca, ele, um agir culposos do profissional, para que, aí sim, este possa ser responsabilizado pelos eventuais danos causados ao paciente.⁷

No entanto, apesar do entendimento legal-interpretativo e a despeito dos apontamentos doutrinários, temos na nossa jurisprudência casos assim:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. EXAMES RADIOLÓGICOS. DANOS MORAIS E MATERIAIS.

I - O diagnóstico inexato fornecido por laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, dá direito à indenização. A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (art. 14 c/c o 3º do CDC).

II - Danos materiais devidos, tendo em vista que as despesas efetuadas com os exames posteriores ocorreram em razão do erro cometido no primeiro exame radiológico.

III - Valor dos danos morais fixados em 200 salários-mínimos, por se adequar melhor à hipótese dos autos.

IV - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.⁸

Com tantas especialidades distintas aos profissionais dos mais diferentes ramos, chega a ser estranha a abordagem interpretativa que considera o médico que exarou o laudo do exame como fornecedor de serviços, ora, radiologia não é nada mais que ramo específico da medicina, não é possível que a sua incidente de responsabilidade esteja enquadrada no mesmo diapasão que fornecedores de produtos mercantis, ou seja, como atividade de consumo.

⁸

REsp 594.962. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ. 17.12.2004.

1.2. A Responsabilidade Subjetiva e a Responsabilidade Objetiva.

Desde as mais antigas traduções Romanas pode-se perceber a necessidade da presença da culpa nos atos de responsabilização, não só isso, mas sempre houve a necessidade de comprovar-se o **nexo causal** entre a **culpa** e o **dano**. Estas são características que definem a ocorrência da responsabilidade subjetiva. CARLOS ROBERTO GONÇALVES explica o papel da culpa:

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “ubjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.⁹

No entanto, com o desenvolvimento da complexidade social, o simples agricultor, o leiteiro ou o cocheiro passaram a estar organizados em meio a um conglomerado de prestadores de serviços cada vez maior. Não apenas isso, mas, de forma geral, a diferença que passava a surgir tanto em um aspecto econômico quanto organizacional, dificultava a luta das partes mais frágeis pelos seus direitos, de forma que a doutrina transcendeu o conceito de Responsabilidade Subjetiva para auxiliar efetivamente a vítima lesada. Surge, dessa maneira a Responsabilidade sem culpa, ou a Responsabilidade Objetiva, asseverada nas seguintes palavras de CAIO MÁRIO:

Raciocinando assim, em torno das disposições do código Civil de 1804, Saleilles chega a uma conclusão diametralmente oposta à Doutrina legal perfilhada pelos autores do Código; argumentando com preceitos que originariamente teriam vista a responsabilidade *fundada na culpa*, desenvolve uma teoria face da qual o dever de ressarcimento *independe da culpa*.¹⁰

⁹

GONÇALVES. (2009, p. 22).

¹⁰

PEREIRA. (2002. p. 16).

Note-se que a inexigibilidade da demonstração de culpa do agente causador do dano constitui seu elemento diferenciador, essencial, daí ser chamada de objetiva, em oposição à responsabilidade civil subjetiva, tradicional, regida, primordialmente, pelo nosso Código Civil, que pressupõe culpa “*lato sensu*”.

O Código Civil em vigor, em seus artigos 186 e 927, caput, conservou a regra geral da responsabilidade civil subjetiva, fundada na teoria da culpa, mas foi preciso em ressaltar a Responsabilidade Objetiva no Parágrafo Único do mesmo art. 927:

Art. 927 (...)

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.¹¹

Esta é uma autêntica ressalva a exigência da culpa para a comprovação do titular do dever de indenizar, tal aspecto inova no sentido de acolher a teoria do risco criado, ou seja, a obrigação de indenizar ainda que a conduta não seja culposa – *lato sensu*.

Neste sentido a responsabilidade incide nos casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem. É necessário, portanto, que estejam presentes os demais requisitos, quais sejam: nexo de causalidade e dano.

Importante lembrar que tamanha a influência jurídica desde apontamento jurídico, que o Legislador tomou o cuidado de frisar o fato de que apenas ocorrerão casos objetivos nos eventos estabelecidos em lei. O requisito da demonstração legal surge, como podemos extrair das palavras de CAIO MÁRIO, pois a incidência da Responsabilidade Objetiva proporciona enorme vantagem a uma das partes que virá a pleitear o direito de indenização, de forma que, ninguém mais que o próprio legislador para avaliar as situações casuísticas em que tal instituto se faz necessário. Logo, o procedimento veta a possibilidade das partes, em juízo se degladiarem por um benefício legal de acordo com as descrições fáticas inerentes aos seus casos, deixando facilmente detectáveis pelos casos legalmente taxados.

¹¹ Código Civil 2002. Art. 927.

A *teoria do risco* ganha grande força a cada momento. Atualmente algumas estão completamente inseridas no nosso cotidiano e as vemos como normais, tais como a responsabilidade do dono pelos danos do seu animal, da construtora pela sua ruína ou ainda do empregador pelo dano causado pelo acidente de trabalho.

A responsabilidade civil objetiva caracteriza-se com a demonstração de três requisitos: conduta (ação ou omissão), dano e nexo de causalidade, não sendo exigido, portanto, a demonstração da culpa do agente. No entanto, há de ser analisar cuidadosamente estes elementos, **uma vez que a parte que assume o risco não deve ser explorada pela atividade que engloba o risco, senão pelo próprio risco causado.** É muito comum na sociedade brasileira, ao menor sinal de vantagem jurídica, analisarmos com olhar crítico aqueles que detém mais poder de barganha, mas não haveremos de criar injustos ou ilegalidades por conta disso. A exemplo, o dano causado pelo empregador, se não previsto em lei, há de enquadrar-se na Responsabilidade Subjetiva, reaparecendo a necessidade de culpa atrelada ao nexo e ao dano.

Constitui uma questão de socialização dos riscos, pois, o dano decorrente da atividade de risco recairá, sempre, ou no seu causador sendo forçoso reconhecer ser injusto que a parte prejudicada seja aquela que não teve como evitá-lo. Nesse sentido, RIPERT alega que:

Não é por ter causado o risco que o autor é obrigado à reparação, mas sim porque o causou injustamente, o que não quer dizer contra o direito, mas contra a justiça.¹²

Finalmente, é fundamental esclarecer que a “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano”¹³ deve ser habitual e reiterada e, a expressão “por sua natureza”¹⁴, delimita a que o labor dessa pessoa natural ou jurídica, é, por se só, um risco, que independe de acontecimentos outros, ora, deve ser potencialmente ofensiva.

¹² RIPERT. (2002, p. 102).
¹³ Código Civil 2002. Art. 927.
¹⁴ Idem.

É válido observar que existem incontáveis atividades que originam riscos para os seus usufrutuários. Além do legislador, a jurisprudência e a doutrina vêm auxiliando no desenvolvimento ao tema, criando ou excluindo gêneros que se enquadram na situação.

O *risco* profissional está, em diversos ramos ocupacionais, enquadrado na situação que gera legitimidade na Responsabilidade Objetiva, determinando o dever de indenizar sempre que o dano decorre da profissão do lesado, mas válida exceção se aplica aos casos médicos, que em virtude da fixação de contrato, lavratura de termo de consentimento ou ainda por valer-se de ramo de obrigação pautada nos meios e não nos resultados, enquadra-se impreterivelmente na responsabilidade subjetiva.

Por fim, válida consideração para discernirmos teoria do risco e teoria do risco integral, já que esta última requer apenas a ocorrência do dano e não considera a existência dos outros elementos.

1.3. Diferenciando a Responsabilidade Contratual da Extracontratual.

Outra diferenciação pertinente ao estudo está no dever de indenizar que surge das relações contratuais ou extracontratuais. Não é incomum nos depararmos com pacientes que acusam seu médicos do descumprimento do contrato firmado, com ênfase no alto valor pago, no sucesso parcial da intervenção ou, finalmente, na demora para que o sucesso se apresente.

Tais aceções são decorrentes da rotina humana de cobrar prestações firmadas em contrato, verbais ou escritos, que precisamos pactuar para realizar as atividades rotineiras de nossas vidas. Embora o tema deste tópico seja bastante conhecido, pelo fato de muitas pessoas lidarem com negociação ou atos de compra e venda em geral, não são raros os casos em que a desinformação ainda é grande.

Até então, quando inserimos a culpa como elemento da responsabilidade, estávamos falando sempre da extracontratual, ou *Responsabilidade Aquiliana*. Em oposição, surge a responsabilidade por descumprimento de obrigação prevista em contrato firmado entre as partes, ou a Responsabilidade contratual. Por mais que as soluções para ambas sejam semelhantes, em virtude da proximidade entre os elementos que as compõem, os ritos probatórios e alegações iniciais de descumprimento incitam diferenciações que caracterizam cada uma.

No nosso código civil a responsabilidade contratual está prevista nos artos. 389 e s. e 394 e s., os quais discorrem acerca do descumprimento de obrigações. Por meio da leitura dos dispositivos, podemos detectar que há diferenciação cerne entre as duas espécies. No elemento da culpa que decorre do descumprimento do contrato, examina-se o “descumprimento da obrigação” como seu fundamento, enquanto que do elemento da culpa que extrai-se da Responsabilidade Aquiliana, considera-se a inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém. PEREIRA esclarece com precisão:

Nesta conformidade, se a *culpa* implica um procedimento que contravém ao disposto em uma norma jurídica, dir-se-á que procedimento

antijurídico se qualificará como culposos, ou constituindo conduta culposa, dê que afronte o disposto em qualquer norma jurídica. A culpa tanto pode configurar-se como infração ao comando legal, quanto ao arrepio da declaração de vontade individual. Em qualquer das duas hipóteses existe uma norma de comportamento estabelecida, de um lado pela lei (em sentido genérico) e de outro lado pela declaração de volitiva individual.¹⁵

Embora evidente essa relação que a culpa desempenha como elemento, não podemos acreditar que ambas são ontologicamente diferentes. Nas duas modalidades o contraventor irá responder civilmente pelos prejuízos causados, ou seja, os efeitos são semelhantes, mas, os aspectos de prova são completamente opostos.

Na Responsabilidade Aquiliana cabe a vítima demonstrar a incidência dos elementos que caracterizam a necessidade de indenização e identificar o causador do prejuízo. Por outro lado, a responsabilidade que decorre do contrato concede as partes o benefício de, se prejudicada, alegar apenas a existência do dano, a fim de que a outra parte providencie a justificativa para o acontecimento, podendo assim, provar algumas das excludentes de responsabilidade – culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior – ou, finalmente, assumindo a titularidade do prejuízo e pagando o dano.

Por mais que pareça evidente que a modalidade em que se enquadram os profissionais da área médica seja a *Aquiliana*, não é bem assim. Caio Mário afirma muito bem que a caracterização jurídica da responsabilidade médica é posta em termos controvertidos¹⁶ pois embora o nosso Código Civil a enquadre como extracontratual diversos doutrinadores defendem que os termos do contrato firmado para prestar o serviço é que realmente definem o acerto jurídico.

A multiplicidade de interpretações possíveis aos jurisdicionados não cessa por aqui. Além do embate entre as modalidades de responsabilidade, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1991, o seu § 4º do art. 14 foi adotado pelos julgadores como passível de aplicação aos casos de erro médico:

¹⁵ PEREIRA. (2002, p. 246-247).

¹⁶ Ibidem, p. 150.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO.

1. (...)

2. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, **devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis**. Precedentes deste Tribunal.

3. A verificação da presença dos requisitos estabelecidos art. 6º, VIII, do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência), implica reexame de matéria de fato vedado pela Súmula 7.

4. (...)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁷

Tal fato cria uma séria contradição evidente na matéria. Em primeiro lugar sabemos que o nosso Código Civil prevê as hipóteses de negligência, imprudência e imperícia juntamente com a responsabilidade aquiliana, a qual exige que a vítima prove o nexo do dano com a culpa do autor do prejuízo. Por outro lado, a relação de consumo definida pelo CDC está sendo interpretada no sentido de que o médico tem o dever de provar que agiu dentro do nível de cautela exigida, demonstrando de fato que haveria um certo enquadramento na modalidade contratual.

Acreditamos que haverá responsabilidade contratual quando for violada uma cláusula de vínculo jurídico pré-existente que decorre da convergência bilateral de vontades – o contrato –, mas é difícil acreditar no sucesso da aplicação prática do enfoque do dispositivo supracitado do Código de Defesa do Consumidor. Logo, pedimos vênias para discordar da Corte Superior e nos manifestar-mos pelo sentido de que, em virtude das diferenciações evidentes aplicáveis aos profissionais da área de saúde, não prospera o argumento de aspecto contratual que decorre do CDC.

¹⁷

AGRG no AG 969015/SC Min. Maria Isabel Gallotti Quarta turma. DJe 28/04/2011

1.4 As Obrigações de Meios e as Obrigações de Resultados.

O ônus de indenizar surge em virtude de alguém ficar sujeito as consequências oriundas de atos próprios, estando incluídos os elementos constitutivos debatidos nos tópicos anteriores, como o *Dano*. Dessa forma, virtualmente tudo que desempenhamos em nossas vidas, está sujeito a causar algum tipo de problema para outros, podendo daí, surgir uma represália. Não é por outra razão que os profissionais se acautelam tanto na hora de prestar os seus serviços, com assinaturas de contratos e termos, no quais, em geral, a clientela geralmente sujeita-se a abrir mão de alguns direitos – são as chamadas cláusulas de irresponsabilidade.

Neste ponto do estudo da Responsabilidade Civil aparecem fatos interessantes que, embora não sejam pertinentes ao tema, precisam ser citados a nível de exemplo. Ocorre que diversos termos e contratos, na maioria das vezes editados de forma unilateral, obrigam as partes a abrir mão de direitos indisponíveis ou ainda obriga o contratante a cláusulas sem considerar a opinião de ninguém mais que o contratado, são os casos de contrato de adesão, cirurgias para amputações voluntárias, entre outras.

Estão presentes no ordenamento vigente dois tipos básicos de obrigações entre pessoas que desempenham um contrato – *lato sensu* -, as obrigações de meio, nos quais os profissionais desenvolvem o melhor que conseguem mas não tem metas a atingir, e as obrigações de resultado, nas quais a falha em alcançar o bem da vida contratado implica no completo descumprimento contratual.

A obrigação contratual evidencia o compromisso quase sempre pautado em contrapartes objetivas, por exemplo, um quantidade de reais em troca de uma parede branca, um assentamento de 20 metros quadrados de piso ou duas passagens aéreas, enfim. Além disso, pelo fato o descumprimento da obrigação gerar o inadimplemento do contrato, há o direito da parte prejudicada demandar pelo prejuízo sem ter que provar nada, pois existe a presunção da culpa pelo inadimplente, o qual deverá provar que nada fez ou o porquê da impossibilidade de atingir o acertado contratualmente.

Por outro lado, a obrigação de meio demanda do profissional o melhor que ele pode desempenhar sem estar compromissado com um objetivo determinado, ou seja, para uma mesma tarefa dois profissionais podem ter resultados bem adversos sem que nenhum dos dois precise ser responsabilizado e, o fato de não ter uma meta, não implica que o trabalho será realizado com foco menor, na verdade, o médico poderá até fazer mais do que o que foi contratado sem anuência do paciente por achar fundamentalmente necessário que assim seja realizado. Perceba que não haverá consulta prévia de adimplemento financeiro ou quaisquer outras vantagens, no caso, o resultado seria simplesmente melhor que o esperado.

É natural que o lado da moeda também aparece na mesma quantidade, pois um advogado pode não ter o mesmo sucesso em causas ganhas que o seu rival, mas tal resultado não implica numa quantificação de perícia ou preço inerente ao serviços prestados.

Mesmo nos casos em que se aplica a obrigação de meio, existem contratos específicos chamados de **Mistos**, os quais inserem a um profissional que rotineiramente lida com obrigações de meios uma certa exigência no resultado. Tal tema, ainda muito pantanoso. Os Ministros Rui Rosado Aguiar, Carlos Alberto Menezes Direito e Humberto Gomes Barros discordam quanto a existência desta espécie jurídica, e defendem que as exceções, como Cirurgias Plásticas ou um Contrato de Compra e Venda confeccionado por advogado podem fazer incidir uma espécie de responsabilidade contratual de resultado.

No entanto, para este graduando, parece pouquíssimo possível tal afirmação. Ao contrário do que se percebe nas obrigações de resultado, as obrigações de meio sustentam-se em preceitos quase sempre subjetivos, evidenciados nos exemplos da cirurgia estética e do contrato de Compra e Venda. Isso quer dizer que não resta qualquer justificativa existir *culpa presumida* nos casos acima, em especial porque é um serviço prestado extremamente de acordo com as idéias manifestadas por aquele único cliente, aos seus próprios caprichos.

Na prática o que geralmente ocorre é apuração natural de culpa, nexo causal e dano, de forma que a mera insatisfação com o resultado não pode vir a implicar no direito a responsabilização. Na relação íntima desenvolvida entre clientes de médicos e advogados, por vezes, a falta de sintonia entre contratado e contratante gera lacunas de insucesso por conta de falta de confiança. Isso ocorre quando não se

relata algo fundamental ao seu representante em juízo, ou ainda, quando não são obedecidas as recomendações médicas.

A insatisfação que decorre de um serviço prestado pode ser tida como mero dissabor social, o qual vivenciamos diuturnamente ao procurar pessoas qualificadas para nos atender. Admitir que em virtude da seriedade do ramo ou do preço que se paga a responsabilização *deveria* ser diferente é um argumento injusto e impreciso para aqueles que se comprometem em assumir um trabalho que lida com altos níveis de riscos em todos casos.

Afinal, nas profissões que desempenham obrigação predominantemente de meios, algo mal executado marca permanentemente a carreira, pois o serviço que todos querem contratar dever ser probo e competente, ora, existe uma reputação! Mas, ainda mais importante, é que a maioria destes profissionais jamais deixaria de fazer um pouco a mais já que inexistente parâmetro para se comparar, especialmente se isso implicasse na saúde, sucesso ou zelo dos contratantes, razão pela qual, mesmo nos casos em que se afirma a possibilidade de obrigação de resultado, apurar-se-á, **culpa, nexa e dano**, e, iniciada a apuração, são alegações que devem ser produzidas pelo prejudicado, pois, na pior das hipóteses, excluindo-se a hipótese de atuação criminosa, haverá negligência, imprudência ou imperícia numa conduta culposa.

Os conceitos apresentados neste capítulo constroem a base estrutural do nosso projeto, sem as quais os debates posteriores não poderiam ser completamente realizados.

A utilização dos termos oferecidos nos tópicos deste capítulo carregam conceitos jurídicos que serão vastamente utilizados ao especializarmos o tema mais a frente, sendo necessário que o leitor esteja familiarizado com os tipos de responsabilidade, gêneros de obrigações e, mais importante, dê o devido apreço a função maior que a adequada aplicação da Responsabilidade Civil traz a este grande sujeito passivo indeterminado que é a sociedade.

No entanto, antes de aprofundarmos a complexidade temática, realizaremos breves e concisos apontamentos processuais no seguinte capítulo, de forma que a abstração, sobre a qual falamos dentro deste ramo do Direito, torne-se mais palpável.

2. Aspectos da Prática Processual em proteção aos Direitos e Deveres que decorrem da Responsabilidade Civil.

Visando contribuir na prática da problemática da responsabilidade civil que faz parte do nosso cotidiano, é aconselhável apresentar ao leitor uma sucinta explicação de como a matéria se encaixa no processo civil, o que é continente para o conteúdo jurídico material que a envolve civilmente.

Recorrer as vias judiciais é algo que sempre circunda as idéias dos que foram prejudicados de alguma forma, mas, ao mesmo tempo, o receio do desconhecimento, do alto custo ou das consequências jurídicas destrói a vontade de ver aquela lide resolvida.

É fato incontroverso que ingresso na contenda não precisa ser temido, pois a Poder Judiciário apresenta-se para todos. Dessa forma, nos tópicos seguintes discorreremos sobre aspectos mais processuais da matéria e como eles refletem nos diferentes tipos de responsabilização. Em seguida, explicaremos conceitos processuais simples para que não só reste evidenciado o surgimento do direito relacionado ao tema, mas também a sua busca judicial.

2.1. A unidade e a independência entre as instâncias Cível e Penal

A ocorrência de um fato que origina responsabilidade não irá incidir obrigatoriamente na esfera cível, mas, muito dificilmente irá ocasionar uma investigação criminal numa atividade profissional rotineira.

O importante é perceber que um acontecimento que origina apenas responsabilizaçãoo cível, em geral, não comete nenhuma ilicitude de *múnus público* que mereça uma repreensão mais severa por parte da investigação criminal. Por outro lado, quase sempre que percebe-se o acontecimento de um suposto crime, o dano material fica evidenciado.

Por essa razão que falamos em independência entre as instâncias, pois, num viés material, cada qual poderia ser apurado de forma precisa no ramo que lhe é competente, sendo possível, por exemplo, a arbitração de um *quantum* indenizatório pelas próprias partes quando verificado o ilícito não-penal, sem que houvesse a necessidade de intervenção do Ministério Público e das delegacias de policias na elaboração de inquérito policial.

A primeira parte do art. 935 do Código Civil de 2002 diz que “A Responsabilidade Civil é independente da criminal (...)”¹⁸, tal entendimento é pacífico doutrinariamente e jurisprudencialmente. Não obstante, o conhecimento popular também está ciente de que acontecimentos cíveis são menos constritores do que os criminais, uma vez que são distintos e sobre matérias diversas.

A segunda parte do art. 935 do Código Civil de 2002 completa que “(...) não podendo mais questionar sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”¹⁹ assim, percebemos que por mais que os aspectos intrínsecos a cada instância possam ser julgados separadamente, a prestaçãooo jurisdicional final não poderá ser tão destoante entre as duas, requerendo um certo liame, um nível de unidade no resultado, caso contrário o mesmo fato poderia ocasionar no inocentamento civil e condenamento penal.

¹⁸ Código Civil 2002, Art. 935.

¹⁹ Idem.

Parafraseando MARIA HELENA DINIZ, vigora em nosso Direito o princípio da independência da responsabilidade civil em relação à penal, porém, não se poderá questionar mais sobre a existência do fato (isto é, do crime e suas consequências) ou sobre quem seja o autor, quando estas questões se encontrarem decididas no juízo criminal.²⁰

Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco defendem, com razão, que não pode-se esperar que o ilícito penal difira do civil, pois decorrem de um mesmo fato e seria por demais antieconômico.

Aliás, economicidades são perceptíveis desde conceitos perenes de Teoria Geral do Processo. Podemos observar que, tanto o art. 100, do Código de Processo Civil, que discrimina as fixações genéricas de competências jurisdicionais, especifica em seu inciso V o *forum commisi delicti*, ou seja, a fixação pelo lugar do ato ou fato, quanto acompanha o dispositivo do art. 69, I do Código de Processo Penal. Perceba que a regra geral do art. 94 do CPC é desconsiderada no caso:

Competente para o julgamento da ação de reparação de danos o foro do lugar onde ocorrido o fato, regra especial prevista no artigo 100, inciso V, 'a', do Código de Processo Civil que prevalece sobre a geral do artigo 94 do mesmo diploma, não havendo distinguir, na hipótese, o ilícito contratual do extracontratual.²¹

Os procedimentos na instâncias cível e penal continuam de mãos dadas até o final, sendo inclusive, aceito que a sentença transitada em julgada na instância penal possa ser executada civilmente com força no art. 475-N, II, pois a condenação criminal torna certa a obrigação de indenizar, é um efeito automático, que não necessita ser expressamente pronunciado pelo juiz na sentença condenatória e destina-se a formar título executivo judicial para a propositura da ação civil *ex delicto*.²²

Dessa maneira, vislumbramos que, desde o ponto inicial as responsabilizações, tanto penal quanto cível andam muito próximas, surgindo de um mesmo fato e se desdobrando paralelamente no decurso processual.

²⁰ DINIZ. (2010, p. 634).

²¹ CC 55826/PR, 2º Seção do STJ, rel. Min. Carlos Menezes Direito, DJ 9.11.2006

²² NUCCI. (2010, p. 522).

É importante esclarecer que o mero início da investigação penal por parte das delegacias de polícia competentes não pode aparecer como ameaça para profissional algum.

A situação pode chegar a ser preocupante quando falamos de responsabilização médica, pois é terrível para um profissional da área estar correlacionado em várias investigações policiais. No curso desta monografia, por vezes conversando com médicos da área e recentemente com a publicação de artigo por graduanda desta universidade, fica notório o receio profissional que surge com ônus de responsabilizar:

A Organização Mundial da Saúde (OMS) recomenda que no máximo 15% dos partos sejam cesarianos, no Brasil, este número chega a 43%. Na rede privada, o percentual chega a 80%, e na rede pública, 34% dos bebês nascem por cirurgia cesariana.²³

E continua:

Dr. Sasaki acredita que o parto normal é a melhor opção. No entanto, qualquer problema que ocorra na hora do nascimento é responsabilidade médica. “Hoje, no Brasil, o risco de uma criança asfixiar no parto é de quatro em cada mil. É uma estatística alta, este número não deixa o médico arriscar qualquer tipo de sofrimento fetal”, afirma.

Com efeito, o temor do Direito está alterando o comportamento médico, quando, na verdade, a vida deve vir antes da necessidade de organização social, ou seja, deveria pautar uma adaptação jurídico-legal mas aceitável e positiva.

Tal gênero de pressionamento social causado pelas aplicações da lei acabam por adulterar o sistema investigativo e humano. A justificativa apresentada pelos profissionais da área para realizarem a cesariana e não o parto normal, advém do fato que, durante a investigação pelo acontecimento durante o parto, a execução da retirada do bebê através da cirurgia cesariana presume que o médico realizou todos

os recursos ao seu alcance para evitar a tragédia, enquanto no parto normal não, há até mesmo um estigma real, por ser menos trabalhoso.

Este tipo de pressão pode até gerar benefícios, se forçasse atividades comprovadamente melhores, mas é simplesmente inadmissível alterar comportamentos médicos por pressão social da responsabilidade, quando é evidente que o recomendável é exatamente assumir um risco maior pelo próprio bem do paciente.

O profissional que fora treinado para decidir o que fazer tem a obrigação de prestar o serviço na melhor forma que conseguir, não cabe ao juiz ou ao legislador definir que a cesariana é genericamente mais segura. Além de errônea, esse julgamento de valores ocasiona problemas futuros, pois um profissional da área pode começar a não dar atenção devida ao parto, quando cesário, uma vez que a sua responsabilidade será elidida. O prejuízo pode ser ainda maior.

2.2. As Ações de Responsabilidade Civil – A Ação de Indenização por perdas e danos e a Ação de Danos Morais.

Ocorrido o evento, pode o agente concordar em reparar o dano diretamente, mediante sua liquidação entre vítima e o causador, mas, quando as partes são incapazes de sanar o prejuízo de uma forma arbitral ou por acordo genérico, ou ainda não aceitam a proposta judicial prévia antes da instrução e julgamento, estarão engajadas em contenda judicial, formando uma lide.

Embora inúmeras ações possam levar a apuração da responsabilização, pois o que é necessário para alegar o dever de indenizar, como já vimos, é a existência de um **fato** que comporte os elementos intrínsecos de uma das diversas modalidades de responsabilidade. Logo, até mesmo ações penais podem gerar o dever de responsabilizar civilmente, eis que o art. 475-N admite que:

São títulos executivos judiciais:

I - (...)

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado.²⁴

Oberserva-se que, quando o intuito é meramente indenizatório são duas as ações mais utilizadas: (i) Perdas e Danos e (ii) Danos Morais.

A primeira, é utilizada para arguir a restituição devida por dano patrimonial efetivo, por perda certa ou que a pessoa deixou de ganhar por culpa de outro, que não cumpriu a obrigação da forma que foi acertada. A segunda é prevista para demandar pela restituição a lesão do patrimônio imaterial das pessoas, como a honra, a liberdade, a dignidade pessoal.

Como afirma o Capítulo II, Art. 944 do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do prejuízo, que deve ser proporcional ao dano moral e/ou patrimonial causado pelo lesante, procurando cobri-lo em todos os seus aspectos, até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor.

Nesse ponto o tema requer uma abordagem um pouco mais processual, para que possamos fixar alguns conceitos importantes.

²⁴

Código de Processo Civil, Art. 475-N

Primeiramente, ao recordarmos das inversões de ônus de prova e presunção de culpa estudados nos capítulos anteriores, devemos lembrar que a ordem dos fatores não implica na mudança das regras do jogo, de forma que, a despeito de quem virá a oferecer as primeiras provas, todas funcionam de acordo com disposição do CPC, falamos das provas documentais, periciais e testemunhais presentes nos arts. 399 e ss, art. 421 e ss, e art. 400 e ss do Código de Processo Civil.

As vantagens concedidas por direito material não obstam a aplicação natural das regras processuais no que diz respeito a prescrição, competência, jurisdição, recursos e requisitos de conhecimento e legitimidade.

Ademais, a ação que pleiteia a indenização é de natureza *condenatória*, pois o autor procura uma forma de comprovar a presença dos elementos necessários e inerentes ao tipo de responsabilização para no final demonstrar a necessidade que o réu tem de, para reestabelecer o *statu quo ante*, desembolsar uma quantia em dinheiro. Ou seja, a sentença não irá criar ou alterar situação jurídica – sentença constitutiva -, ou tampouco declarar a existência de uma relação jurídica – sentença declaratória.

Outra importante consideração é acerca da legitimidade.

Cita-se FUX:

A legitimidade das partes tem como escopo estabelecer o contraditório entre as pessoas certas, porque o processo visa a sanar controvérsias e não curiosidades.

(...)

A legitimidade por seu turno, apresenta duplo aspecto, a saber: *ativo e passivo*; por isso ambas as partes devem ser os reais destinatários da sentença de mérito. Assim, não basta que A seja, no plano do direito material, o credor, senão que B também seja o seu devedor para que, no processo, a legitimação se considere preenchida.²⁵

A legitimatio ativa envolve a indagação fundamental de quem tem o título ativo para movimentar o pedido ressarcitório.²⁶ In casu, como a

²⁵ FUX. (2008, p. 169)
²⁶ PEREIRA. (2002, p. 328)

responsabilidade médica lida diariamente com a vida e a morte, uma distinção entre a legitimação para ação de responsabilização e a determinação da legitimidade ativa pela ordem hereditária é importante enquanto são destoantes. O direito de sucessões prevê, legalmente, uma ordem predefinida de proximidade sócio-afetiva que determina a sucessão dos bens do *de cujus*, mas na responsabilidade civil, mais importante é auferir o alcance do dano, que pode atingir simultaneamente conjugê e descendentes, conferindo direito cumulativo de propor a ação, de forma que, ao mesmo passo, pode ocorrer a disjunção.

A proposta dessa diferenciação é de suma importância para que não se confunda herança com indenização, pois funcionam sobre objetos jurídicos diferentes e não integram o mesmo conjunto de regras e participantes.

Finalmente, o art. 946 do Código Civil, define que:

Se a obrigação for inderteminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.²⁷

Esse dispositivo é importante para nosso estudo em virtude dos danos médicos, causados de forma extracontratual por obrigação de meios, em geral não apresentarem cláusula de dano em virtude de descumprimento de contrato, tornando impreciso o *quantum* indenizatório, pois não há resultado muito preciso a ser galgado pelas partes.

Neste diapasão, o Código Civil remete ao CPC mais uma vez, fazendo uso do dispositivo 586, que diz:

A execução para acobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.²⁸

Em termos práticos, esse artigo dispõe sobre os requisitos que a parte vencedora tem de cumprir para que possa requerer o pagamento de fato da parte

²⁷ Código Civil, Art. 946.

²⁸ Código de Processo Civil, art. 586.

causadora do dano. A obrigação ser certa quer dizer que ela deve ser provada verdadeira e real pelos fatos e provas, chegando a algo próximo ao que realmente aconteceu pautada pelas documentações juntas aos autos do processo. A liquidez se estabelece sobre “o quê” irá se pagar e “quanto” será o valor, sem essa causa e quantia precisamente acertadas, não haverá o segundo requisito. Por derradeiro, ela ser exigível, quer dizer que foi vencida no aspecto processual, ou seja, A ação de reponsabilização por perdas e danos ou a ação de danos morais prosperou e poderá ter prosseguimento de acordo com o apresenta o art 475-A a 475-H do CPC e o 475-I ao 475-R, também do Código de Processo Civil.

As conceituações processuais apresentadas neste segundo capítulo visam proporcionar ao leitor a apropriada compreensão da forma que o Direito assume quando permanece a mercê do Poder Judiciário após o momento em que o autor apresenta a sua pretensão ao Estado. O conhecimento do procedimento auxilia no estudo do direito material, pois assim, percebemos as utilidades judiciais que institutos muitas vezes mal compreendidos.

Logo, moldar os conhecimentos do primeiro capítulo juntamente com este segundo, é essencial para a assimilar, da forma mais apropriada, o conteúdo mais específico e crítico dos tópicos seguintes.

3. Responsabilidade dos Profissionais da Área de Saúde.

Apresentamos as diretrizes que norteiam o temática de responsabilidade médica dando ênfase ao que acreditamos ser a forma de aplicação mais efetiva para relacionar direito e medicina. No entanto, apesar de defender que a regra aplica-se no campo das obrigações de meio, prestadas de forma extracontratual, ou seja, sem a inversão do ônus da culpa, existem exceções necessárias ao nosso estudo, bem como outros fatores a serem considerados.

Os médicos não trabalham sozinhos, em geral há uma equipe, por menor que seja, que o auxilia nos procedimentos práticos ou nos planejamentos estratégicos durante atendimento do paciente. Ademais, o Hospital tem papel fundamental no que tange a profissão, pois é lá que acontecem os fatos mais relevantes ao direito, quais sejam as legalizadas e necessárias “lesões corporais” das cirurgias, implantes e procedimentos cirúrgicos em geral até a simples aplicação de anestésico.

Surgem aspectos legais de responsabilidade em desdobramento em cadeia, pois médico, enfermeiro e hospital desempenham papeis como mesmo objetivo, mas com decisões autônomas provenientes de pessoas distintas. Assim, iremos invadir esse assunto para melhor entender a anuência legal apresentada no próximo capítulo.

3.1. A Responsabilidade Pessoal do Médico

Seria muito simples se toda a responsabilidade correlacionada com o ramo da saúde pudesse ser explicada numa tese fechada, sem casos excepcionais ou situações desafiadoramente complexas. O próprio fato da responsabilidade médica ser reconhecida como “pessoal” indica que cada médico e cada pessoa podem ter pequenas variações nos casos específicos, por razões diversas que estudaremos a partir de agora.

Começando pelo fato de que o paciente embora possa ser objeto de estudo mesmo durante o tratamento - em especial quando surgem novas enfermidades -, não é figura inanimada e sem manifestação de vontade que enquadra o “contrato” o médico, por outro lado, sua personalidade por inteiro enquadra o papel de contratante ativo e de objeto a ser protegido, tal interrelacionamento tem incidência direta com a necessidade das intervenções médicas e a sua taxa de sucesso.

Percebe-se neste ponto mais um argumento pelo sentido de que não próspera a idéia que afirma pela presunção de culpa para os médicos em alguns casos, ora, seguir os conselhos médicos e apresentar a verdade, nada mais que a verdade, para o profissional que está cuidando da sua saúde são papéis tão mais subjetivos que a execução, por parte do profissional, da aplicação de remédios, recomendação de drogas e cirurgias os quais, além de sustentados por séries de exames, têm registros hospitalares fartos.

Socialmente, se compararmos com os advogados, os médicos ainda sofrem bem mais responsabilizações. Se no decorrer do processo judicial, a parte deixa de contar algo ao seu advogado por honra ou orgulho e perde a causa, ele não pode colocar a culpa no contratado por que, sozinho, foi o possível culpado pela derrota na contenda judicial.

Por outro lado, o médico que não identifica uma suposta doença não informada pelo paciente, têm o dever de investigar, mesmo assim, por exames, para que possa elidir a sua culpa, sendo que, se mesmo assim, com o exame “A” realizado, não detectar a doença nº 2, detectável apenas pelo exame “B”, não realizado, haverá investigação seríssima sobre o tema, mesmo que o paciente soubesse e não tenha se manifestado a respeito.

Talvez, pelo fato da vida ser o objeto de trabalho, a responsabilização realizada nos ramos da medicina se apresenta de forma tão severa. Se formos ao

cerne da questão, o médico deve assegurar a verdade dita pelo paciente, mesmo na tentativa de ser escondida com dolo para obrigar a intervenção médica através de falso sintoma. Indaga-se então até onde essa relação é “pessoal” se no final das contas o procedimento médico-legal que é aconselhado para o tratamento, exames e intervenções mais severas sempre deverá ser o padrão, para que o médico não seja injustamente responsabilizado, não porque é realmente necessário. CARVALHO SANTOS precisamente define parte desta relação pessoal:

Em princípio, o médico não pode obrigar o seu cliente a submeter-se a um dado tratamento, uma vez que cada um é senhor do seu corpo, cabendo ao interessado autorizá-lo.²⁹

Ante o exposto, asseguramos não somente uma espécie de presunção de legitimidade médica, como também os casos de culpa exclusiva da vítima.

A culpa exclusiva é apurada dentro do conceito de Responsabilidade Civil Subjetiva. Nos tópicos anteriores estudamos que para que se comprove a subjetividade do dever da indenização, um de seus elementos é a culpa, juntamente com o nexo e o dano. Por vezes, o paciente desempenhará papel fundamental no tratamento e, com total capacidade e recursos para atender as recomendações hospitalares irá, eventualmente, fazer algo não autorizado, incidindo assim comportamento completamente imprevisível e autodestrutivo que excedem a previsibilidade de descumprimento de deveres cotidianos, deixando suscetível a possibilidade de acontecimento desastrosos.

Conforme assevera SÍLVIO VENOSA: "São excludentes de responsabilidade, que impedem que se concretize o nexo causal, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior"³⁰.

Ainda pelo argumentado do ilício da investigação podemos alegar pelo princípio da presunção da inocência.

O princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência, desdobramento do princípio do devido processo legal, está previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que assim dispõe: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Consagrando-se um dos princípios basilares do Estado de

²⁹ CARVALHO SANTOS *apud* PEREIRA. (2002, p. 152).
³⁰ VENOSA. (2009, p. 99)

Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.³¹

Como já apresentamos previamente, o início da contenda processual civil está, na maioria das vezes, conexa, por mais que independente, ao início da apuração, por inquérito policial, de suposto ilícito penal, o qual anda de mãos dadas com o da esfera cível em virtude dos danos causados a pacientes serem quase sempre possíveis de enquadrar tipo penal. Logo, se além de inexistir certa presunção de legitimidade pelos atos médicos, haver desconfiança a ponto de ele mesmo ter que apresentar as provas iniciais demonstrando a não incidência de sua culpa, tal fato estará surgindo de encontro com o disposto constitucional da presunção de inocência e a produção de provas contra si mesmo.

As expressões como “não se auto-incriminar”, “não se confessar culpado”, “direito de permanecer calado” estão abrangidas pela noção do princípio da interpretação efetiva, o qual defende como máxima que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo. Inclusive, decorre deste argumento o fato de do silêncio não se presumir a culpa.

Como pode então, o atuante de medicina, apresentar defesa prévia civil, em virtude de uma suposta inversão de culpa se, dessa forma, estará agindo contra princípios constitucionais e, ainda mais, ajudando o próprio processo penal que virá investigá-lo.

Necessário ressaltar que o inquérito policial é inquisitivo, de forma que não atribui a contraparte a possibilidade de alegar defesa ou qualquer fato de forma anterior a manifestação do Ministério Público que virá ou não apresentar denúncia. Não podemos confundir esse direito com o fato de contestar em ação cível o alegado pela parte, pois a peça fundamental que institui a diferença é que o o profissional, afirmando fatos sem serem contraditos, poderá estar expandindo ainda mais a seara investigativa contra si mesmo, e não só desmentindo fatos contra ele alegados.

A crítica é firme contra a teoria do risco - ou mais precisamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil de pós-modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados

³¹ FONSECA. (1999).

para inverter o *ônus probandi* -, e parece super-protetora no sentido de proteger mais uma classe de profissionais do que outra, mas não é bem assim.

Acredito que é de suma importância adotar um nível de responsabilização sério a uma atividade de tamanha importância, demonstrando aos executores de tais conhecimentos que a cautela e os direitos que decorrem de seus atos são de grande importância não só aos clientes diretos, mas para as famílias que compõem. No entanto, nível de responsabilização especializado ou maior, não implica em adotar de tudo um pouco ou passar a tratar o tema como uma espécie de *common law* brasileira, evitando justificar as regras adequadamente legisladas e a sua regulamentação para depender integralmente do caso específico levado ao judiciário, fazendo surgir a idéia de hipossuficiente (paciente) e hipersuficiente (médico) dentro da medicina.

Embora a incidência da pessoalidade deva ser excluída em alguns fatores, ela de fato está presente em outros, como diz AGUIAR DIAS:

Em se tratando do cirurgião, regra é que nenhuma operação pode ser feita sem o consentimento do paciente ou de pessoas de sua família. (...) ³²

VENOSA completa o sentido:

Contrato da relação médico-paciente é, geralmente, de prestação de serviços, mas pode ser caracterizado de outra forma dependendo da situação dos fatos. Este mesmo contrato exige a participação do paciente, direta ou indiretamente, para que funcione. ³³

Ou seja, não há como haver relação de hipossuficiência, as duas partes tem idênticos poderes e influência sobre o objeto e ambos podem escolher por não aceitar o paciente/médico e vise-versa.

Grande conquista jurídica são os artigos 944 e 945 do Código Civil, in verbis:

³² DIAS *apud* PEREIRA. (2002, p. 135).

³³ VENOSA. (2009, p. 209).

"Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.³⁴

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da sua culpa, em confronto com a do autor do dano."

Estes dispositivos permitem uma gradação de culpa a ser realizada dentro das bem conhecidas hipóteses do art. 186 do CC/2002: Negligência, Imprudência e Imperícia. Esse novo argumento jurídico vem sendo bem desenvolvido pela jurisprudência para tornar mais precisos os julgamentos realizados na área de saúde, quantificando a indenização pelo presteza e preparação, probabilidade do acontecimento ocorrer mesmo com a segurança padrão adotada pelas instituições e muito mais.

Logo, em meio a um caos legal que surge para complicar ainda mais a relação pessoal entre o profissional e o cliente, gerando desconfiança e receio nas opções viáveis, a gradação de culpa é bem vinda enquanto moderniza o aspecto jurídico e melhora a confiabilidade do relacionamento, enquanto a inversão do ônus da prova é incapaz de trazer melhorias de quaisquer aspectos, uma vez que, por exemplo, a falta de acesso a documentação referente a intervenção médica deverá ser providenciada pelo próprio hospital, clínica ou casa de saúde, e não pelo médico que, pessoalmente, realizou o procedimento.

3.2. O dever de indenizar dos Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde.

Da mesma forma que o tribunal constitui o local de maior importância para os acontecimentos jurisdicionados, o direito vai muito além, é desenvolvido por legisladores e protege a sociedade diariamente dentro de suas próprias casas. Os hospitais se enquadram neste comparativo com os tribunais, ou seja, é o lugar onde estão concentradas as atuações referentes à área médica, embora a própria saúde não se resume nele.

Seja por algumas poucas e decisivas horas dentro do centro cirúrgico ou longos dias internados na Unidade de Tratamento Intensivo, os hospitais são a ferramenta de maior importância para que se exerça a profissão do ramo. Lá, os pacientes são orientados, acomodados, organizados e dispõem de material adequado para os tratamentos: salas de exame, maquinário radiativo para procedimentos especiais, vacinas, itens descartáveis e esterilizados.

Em suma, o local de tratamento não deve obrigação positiva de fazer, mas sim de permitir o seu uso, usufruto. São contratos de resultado, nos quais aluga-se uma sala, quarto ou mão de obra de enfermagem. Não apenas isso, é necessário que a prestação seja adequada para a execução do serviço médico, sem o qual, não fará diferença alguma, por exemplo, uma agulha de soro não descartável usada pelo paciente anterior.

Esse compromisso de não errar, que é exigido por parte dos hospitais, decorre da qualidade de prestadores de serviços que desempenham. Logo, clínicas, casas de saúde e hospitais respondem independentemente de culpa pela prestação, ora, estamos diante de uma Responsabilidade Objetiva. Vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. ART. 14 DO CDC. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO.

O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal a quo não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não

justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo. Recurso especial não conhecido.³⁵

E é justamente pela interpretação do § 3º, incisos I e II do art. 14 do CDC, que podemos constatar que a responsabilidade de fato é objetiva com a presunção do nexo de causalidade. Aliás, a instituição somente se isentará de responsabilidade se conseguir provar que após prestar o serviço, não existisse a infecção. Do mesmo modo, o hospital é eximido da responsabilidade se a infecção não tiver sido gerada ali ou se a culpa do dano for exclusiva de terceiro ou do próprio paciente

A jurisprudência enquadra dois casos como comuns para a aplicação da responsabilidade objetiva aos Hospitais: (i) Autorização de Alta e (ii) Erro cometido por médico em plantão.

O primeiro diz respeito exatamente ao fato da infecção hospitalar, pois o médico do paciente que faz uso das instalações presume a correta prestação dos itens necessários ao seu trabalho, e forma que, a fim de evitar problemas maiores, esse é um cuidado que o próprio hospital deveria ter, uma vez que identificada a infecção ainda durante a internação, as medidas medicinais a serem tomadas são mais céleres e menos ofensivas. Uma vez que o internado é liberado, por mais que a infecção tenha decorrido de ato médico, o hospital responderá pelo dano causado indene de culpa, tendo, de toda forma, direito de regresso contra o médico, se ele for culpado.³⁶

O segundo são os casos de médicos em plantão, os quais, mesmo se cometam ato que venha causar dano ao paciente, são “protegidos” pelo hospital em que atendem. Tal posicionamento é pacífico jurisprudencialmente e aplicável inclusive aos hospitais públicos. Citamos JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

³⁵ REsp 629.212, Rel. Min. Cezar Asfor Rocha, 4ª Turma, DJe 17/09/2007.

³⁶ De acordo com o site Abc da Saúde (2008), infecção hospitalar é todo tipo de infecção que se adquire tendo o paciente dado entrada em um hospital ou depois que este obtém alta. Todavia, com a ressalva de que essa infecção esteja relacionada de forma direta com a internação ou procedimento hospitalar, como, por exemplo, uma cirurgia. O Ministério da Saúde, o Conselho de Medicina e por própria convenção popular nos hospitais, os registros de segurança para detecção de infecção variam de 72 horas, 1 mês ou até mesmo 1 ano, de acordo com o quadro clínico individual, prévia intervenção cirúrgica ou existência de material permanente no paciente, como próteses ou pinos.

A marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado com pressupostos da responsabilidade objetiva (...)³⁷

O médico que atende no plantão não se enquadra em nenhuma espécie contratual a ser acertada previamente com o paciente, na verdade, ele representa a própria instituição privada ou estatal durante o atendimento. Ora, há uma obrigação legal, pelo contrato com o hospital, de aceitar os pacientes independentemente de contato prévio ao acerto, quase um contrato de adesão, em que médico e pacientes são determinados a se encontrarem pelas regras administrativas da direção hospitalar. Essa é a razão pela qual a ausência de manifestação de vontade por parte dos envolvidos gera, conseqüentemente, o dever de responsabilizar o organizador, no caso, o hospital.

A responsabilidade objetiva não exclui as hipóteses previstas nos arts. 948 a 951, c/c o 934, todos do Código Civil, sendo garantido aos Hospitais o direito de regresso contra o ato ilícito cometido pelo corpo de profissionais que o compõem na forma do Código Civil. Dessa maneira pensa MARIA HELENA DINIZ:

O erro profissional poderá constituir ato ilícito. Por isso, a lei obriga o médico, cirurgião, bioquímico, enfermeiro, farmacêutico, parteira e dentista a reparar dano patrimonial e/ou moral que, no exercício da profissão, resulte morte, agravação do mal, inabilitação ao trabalho, lesão corporal ou ferimento, em razão de imprudência, negligência ou imperícia.³⁸

³⁷ CARVALHO FILHO. (1997, p. 173)
³⁸ DINIZ. (2010, p. 647).

4. A Consequência da utilização de técnica sem o consentimento do paciente.

4.1 O Termo de Consentimento.

Com o advento da tecnologia a sociedade se intimida. Vemos isso a todo momento que uma família de natureza simplória e provinciana se nega a fazer viagem de avião por medo e acreditar no improvável sucesso do que os olhos vêm mas a consciência não acredita.

A tarefa da ciência é se mostrar útil a sociedade, de forma que possamos ir aprimorando cada vez mais a vida como um todo, em sociedade, na saúde, no transporte, no conhecimento, etc.

Dessa forma, se no que rege o transporte o homem já demonstrara insegurança por se tratar de meio que realizaria o transporte de sua vida, imagine o que não acontece quando novos e desconhecidos tratamentos se mostram propícios a cura para a sua enfermidade. Obviamente todos nós ficamos com um pé atrás e procuramos a maior quantidade de indicações de profissionais que podemos.

Tal sentimento social de medo da intervenção médica é reduzido pela existência do *Termo de Consentimento*, uma espécie de contrato *sui generis* que tenta ocupar papéis de compromisso ético, moral e jurídico. A interpretação errônea acerca da existência desse “contrato” leva os pacientes a uma aceção distorcida que admite que o paciente não terá nada feito no seu corpo que não autorizar.

Na verdade, o paciente quer comporta-se como autodeterminador do que acontecerá com o seu próprio corpo até um certo ponto, limitado pelo seu nível de saúde e capacidade.

Consentimento pode enquadrar-se como ato jurídico em sentido estrito, com condição suspensiva atrelada a formação de um primeiro contrato. Primeiramente deve aceitar-se o contrato para que o médico o atenda, checando viabilidade de preços, realização de exames, agendamento de prováveis datas e, em segundo, plano aceita-se o tratamento que lhe foi proposto através do termo de consentimento informado.

No passado o paciente era visto como incapaz de tomar as decisões do seu próprio corpo, pois desconhecia a situação e deveria confiar inteiramente naqueles que por ele se responsabilizariam. A evolução dos princípios desde a revolução francesa, presando pela liberdade, refletiram na autonomia própria sobre os corpos e decisões sem a interferência de terceiros para alterá-la.

Ainda como reflexo da evolução dos direitos individuais, é importante salientar que o dever de atendimento e ética do profissional que realiza o atendimento é regido pelas regras existentes naquele momento na sociedade, como por exemplo o compromisso ético e jurídico de confidencialidade.

No entanto, se mal interpretado, o *Termo de Consentimento*, vai levar ambas as partes, médicos e pacientes, a uma cadeia de desdobramentos inesperada pelas partes. Tal é a estranheza desse “contrato” que ele é obrigatório para que o médico providencie, sobre o pretexto - do conhecimento social -, que irá elidir algumas de suas responsabilidades, por outro lado, garante ao paciente uma certa segurança, já que ele deve autorizar o procedimento com o seu corpo e nada iria acontecer sem que ele soubesse.

As afirmações que a intervenção médica sem a assinatura do termo de consentimento geram espécie de responsabilidade objetiva pela teoria do risco é completamente defasada, uma vez que provavelmente inexistirá dano, e a situação posterior ao tratamento será melhor que a anterior.

Na verdade, quando comprovado o risco, o médico é autorizado pelo art. 146 do Código Penal a intervir, de forma que não existirá se quer constrangimento ilegal. NUCCI discorre sobre o assunto:

É possível que um paciente, correndo o risco de vida, não queira submeter-se à intervenção cirúrgica, determinada por seu médico, seja porque tem medo, seja porque deseja morrer ou por qualquer outra razão. Entretanto, já que a vida é bem indisponível, a lei fornece autorização para que o médico promova a operação ainda que a contragosto. Não se trata de constrangimento ilegal, tendo em vista a ausência de tipicidade. **Como se disse, não houvesse tal**

dispositivo, ainda assim o médico poderia agir, embora nutrido pelo estado de necessidade, que iria ecluir a antijuridicidade.³⁹

A grande polêmica que pode ser suscitada é se o paciente que não trata da enfermidade se enquadra no mesmo grupo daquele que gostaria de dilapidar o próprio corpo ou cometer suicídio.

Embora o direito exista, em sua evolução, para atribuir direitos pra todos em distintas ocasiões, acredito que o acesso a ciência do homem não deve ser negada enquanto apenas bem pode fazer. Numa relação lógica, nós apenas temos fé, porque em vida vivenciamos aprendizado e desenvolvemos sentimentos que nos levam a buscar uma religião. Via de regra, as religiões, por mais que indiquem pela aquisição de diversos tipos de paraíso após a morte, discriminam uma série de deveres que devemos realizar rotineiramente para adquiri-lo e, ademais, enquadram a renúncia do direito de viver como pecado mortal ou disposição irresponsável de algo que não é nosso.

Por via reflexa, o direito extraiu desse conceito religioso uma maneira de enquadrar a impossibilidade de se dispor da vida como Direito Indisponível, sendo a regra aplicável na sociedade de uma forma laica.

Logo, evidencia-se que aquele que durante doença procura profissional médico e vislumbra cura provável para o mal que lhe aflige mas se nega a realizar tratamento estaria negando a vida, e portanto, desistindo dela.

Embora muitas pessoas acreditem que o termo de consentimento informado irá elidir do médico todas as formas de responsabilidade sobre o tratamento, estão todas bem enganadas. Juridicamente falando, a ausência do consentimento informado não causaria alteração jurídica em diversos casos de intervenção médica, sendo completamente desnecessária em algumas aplicações, como em virtude de emergências médicas, de casos que envolvam o risco com tratamento único ou quando a doença apresentar risco social. Tratando-se de casos como os acima, o Termo de Consentimento não tem o poder jurídico de transformar o fato jurídico em responsabilidade em objetiva, muito menos de alterar o regime de obrigações de meio, ou seja, apurar-se-á culpa,nexo e dano como sempre.

³⁹ NUCCI. (2010, p. 698).

De uma forma mais técnica, percebe-se que quanto mais se aproxima das atividades da medicina desnecessária ao prosseguimento da vida, como a cirurgia plástica, mais se faz necessário o termo de consentimento, uma vez que a preocupação não é o bem estar social ou proteção de um direito indisponível, mas sim a satisfação da clientela de uma forma completamente subjetiva. Por isso que existe a preocupação em respeitar a autonomia das vontades, o procedimento a ser adotado e os reflexos que causará no pós-cirúrgico.

Ante o exposto, precisamos concluir pela distinção entre objetivar a saúde e priorizar a vida nos procedimento médicos. Os casos que o termo de consentimento não será importante não são poucos, mas não são a maioria. Precisamos ter a consciência que perder um dos cinco sentidos, ou um órgão, ou um membro, de forma que a vida não seja prejudicada, não implica em perigo a vida, apenas incolumidade a saúde, de forma que a vítima consciente e pretendendo persistir em vida, deve escolher a melhor forma de fazê-lo pelo termo.

Ao procurarmos atualizações jurisprudenciais quanto ao tema, reitarademanete encontramos manifestações no sentido do **termo de consentimento** constituir apenas prova do erro médico, quandoadando-se como parte da investigação de forma a demonstrar apenas a suposta ausência ética do médico, ou no máximo, garantindo a vítima que contra a sua vontade superou a morte o direito de danos morais, inserindo nesse aspecto uma grande incidência do viés religioso. Sobre o assunto, apresentamos precedente do STJ:

A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano, ou diminui a possibilidade de êxito. Nas circunstâncias dos autos, assim como admitido pelo Tribunal e acima parcialmente descrito, o dever de informação antes e depois da cirurgia não foi cumprido.⁴⁰

Obviamente o direito à vida não é absoluto, como veremos no próximo e final tópico.

4.2. O Direito à Vida: Princípio Fundamental Relativo.

Dentre as inúmeras funções do direito está a de hierarquizar os aspectos sociais mais importantes em detrimento de alguns sacrifícios. Da mesma forma, o estudo do direito demonstra, em diversos momentos, que a completa ignorância de um preceito não é recomendada, existindo sempre casos, por mais raros que sejam, nos quais aquele instituto deverá ser lembrado.

Sabemos que não há algo como direito absoluto, nem mesmo os princípios constitucionais fundamentais. Por mais importante que seja o absolutismo de algo, ele apenas se justifica quando em si mesmo, ou seja, sem que haja conflito de interesse com qualquer outro direito.

Neste tópico final, para completar a idéia de direito a vida, comentaremos a respeito deste direito em oposição ao direito da vida digna, ou da dignidade da pessoa humana, o qual, para alguns doutrinadores, como ALEXY, é tido como absoluto. Apesar de ser possível verificar a existência de objetos jurídicos com proteção jurídica quase completa, tais como os direitos de personalidade, estudaremos nesta parte conclusiva do trabalho, acerca da viabilidade de aplicar-se ao caso de responsabilidade civil médica a qualidade de **absoluto** para os princípios fundamentais envolvidos.

Por mais instintivo que possa parecer, sempre colocar a vida em primeiro plano, como direito maior a ser sempre alcançado e preservado, é errado. Podemos perceber a veracidade do argumento a partir de conceitos penalísticos como a Legítima Defesa, em que o direito de uma vida sobrepõem-se ao direito da vida do ofensor. Outros princípios podem, legitimamente, agir em oposição, devendo ser ponderados sabiamente para que não haja prejuízo final e irreversível.

Esse estudo se faz necessário diante da dignidade humana estar atrelada à atividade médica, que visa, num plano maior, o bem estar social, alcançado de forma individual. KANT tenta delimitar o campo valorativo da dignidade:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro

lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.⁴¹

O tema é abarcado pela responsabilidade civil quando tratamos das intervenções médicas sem anuência do paciente, nas quais o dano inexistente – *stricto sensu* -, a saúde está plena, mas o paciente alega, em suma, que a sua dignidade foi afetada pela interferência científica. É tema complicado, e que envolve como maior exemplo os casos de *Testemunhas de Jeová*, que se negam a receber sangue de outras pessoas por justificativas religiosas.

Como comentado no começo deste trabalho, o Direito não deve ser usado como ferramenta para curar todas as insatisfações. Adentrar no campo emocional não é tarefa do jurista. A subjetivação de aspectos normativos gera sempre mais problema do que soluções.

É extremamente desconcertante a quantidade de problemas sociais que surgem por falta de consciência social, ética e moral da própria população, e não cabe ao legislador, produzir normas para adequar comportamentos destoantes da convivência ideal almejada pela maioria, de respeito, ética, saúde e comprometimento, mas sim criar políticas que incentivem o que deve ser alcançado e informado para todos.

É fato semelhante aquele que procura um advogado sem acreditar na justiça, ou daquele que não acredita nos serviços das instituições bancárias mas permanece reclamando porque guarda dinheiro em casa, não deve ser criado método alternativo, mas demonstrar, por exemplo de sucesso, que o sistema funciona e, dessa maneira, transpor credibilidade.

No caso da Responsabilidade Médica, muito estranho a figura daquele que sem querer ajuda científica, procura os hospitais. Nestes casos, defende-se pelo compromisso científico em ajudar dentro do limite de respeito imposto pela dignidade humana, de forma que, se for religiosa, cumpra uma das propostas alternativas.

Ademais, enfermo com doença fatal detectada pelo corpo médico transmite parte da responsabilidade deste direito indisponível para aquele que o

⁴¹ KANT. (2004, p. 58).

atendeu, ora, há o compromisso de ajudar independente de quaisquer condições, em verdade há dever médico, juramento e compromisso com instituição e órgão de conselho.

O embate jurídico se põe, pois a vida já tem um fim conhecido com a morte, a qual é inevitável para os seres humanos, então descobrir acerca de doença e não tratar dela pode ser interpretado como meramente conhecimento da data provável de morte, e não suicídio.

Estamos falando de direitos tão importantes que a preservação de alguns deles sem a completa anulação do outro, não gera qualquer grande antijuridicidade. O conflito entre vida, dignidade e dever médico deve coexistir devendo ser resolvidos entre as partes com o mínimo de intervenção do poder jurisdicional. Pois, alegar que a intervenção ocasiona ofensa a dignidade, insere responsabilidade objetiva contra o médico ou hospital, assegurando ao paciente o direito de morrer.

Por outro lado, tirar a importância da dignidade é extrair a legitimação mais importante do porque o paciente pode negar-se ao tratamento, levando a uma involução jurídica, na qual a enfermidade colocaria o paciente a mercê de profissionais e do Estado.

Dessa forma, acreditamos que o raciocínio correto a ser aplicado na maioria dos casos, em virtude da laicização brasileira é considerar o máximo possível de importância para a vida, de forma que a dignidade não aponte como empecilho após as variantes esperadas da intervenção. Por exemplo, pessoa a beira da morte, que vive na família do eu sozinho, tem como única saída intervenção que o deixará na necessidade de hemodiálises diárias, ou parálítico, pode acreditar que não há dignidade alguma na vida posterior, e tentará a sorte com a enfermidade, até porque a ciência médica, por mais que tente ser exata, ainda contém campos inexplicáveis, dentre os quais pode surgir uma cura inesperada.

Como diz ALEXANDRE DE MORAES:

(...) no caso de conflito entre dois ou mais direito fundamentais, o intérprete deverá utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros,

realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua.⁴²

E finalmente, quanto ao dever médico, existem dispositivos jurídicos que, a despeito da ética médica, asseguram que haja a intervenção forçada, e de forma alguma aquele que obrigasse paciente por constrangimento ilegal para realizar procedimento vital incorreria em crime, mas, sem dúvidas, poderia ser alvejado pela responsabilidade civil em virtude das consequências de dano material ou, mesmo no sucesso completo do procedimento, da ofensa moral pela desobediência aos interesses do paciente.

⁴²

MORAES, Alexandre. (2011, p. 263)

Conclusão

O desenvolvimento deste trabalho demonstrou a necessidade de uma correta sincronia entre o que é jurídico e o que é extra-judicial. O decurso do estudos na área do Direito nos leva a perceber que, por vezes, uma determinada matéria resta sem uma correta interpretação por um tempo suficiente para desencadear problemas sociais, de maneira que uma simples reavaliação dos fatos já existentes teria, facilmente, resolvido o problema.

Em virtude da grande gama de textos legislados que existem no nosso cotidiano, o raciocínio jurídico é levado a uma série de conflitos hierárquicos de normas que, em sua integralidade, existem para o bem social, ou pelo menos deveriam. O papel do jurista, homenêta moderno, não é procurar a saída perfeita por um viés formal, e sim providenciar dentre as legislações vigentes, aquela que pode ser melhor aplicada em serviço da sociedade, considerando fatores como o incentivo social ao bom comportamento, a qualidade de vida e a rápida solução de conflitos.

Não estamos defendendo a desformalização de nada, pois para ordem fundamental é que as regras existem e devem ser respeitadas, contudo, a supervalorização de termos que obviamente superam a importância no mundo prático do jurisdicionado não será bem vindo.

O nosso trabalho tentou demonstrar a importância da atividade médica sobre as regras que a acompanham, não que seja atividade soberana às leis, pelo contrário, deve ser adequadamente legislada. O problema, é que a conjuntura política legisladora que se desenvolve atualmente visa ao aperfeiçoamento como um incremento normativo quantitativo, quanto mais leis, melhor, e, em verdade, não é importante se há muitas ou poucas leis sobre determinado tema, o que importa é se, socialmente, elas estão sendo úteis e atendendo as expectativas sociais de viabilidade.

No caso dos profissionais da medicina, passa-se a observar uma suposta mudança de comportamento laborativo em virtude do medo legal. O direito, apesar de regular outras profissões, não deve intervir juridicamente no comportamento de profissionais na direta execução da atividade. É como vetar ao próprio direito, algumas manobras recursais por medo de consequente

responsabilização civil, ora, o advogado abrirá mão daquela modalidade que poderia reverter a situação do seu cliente porque teme sofrer a represália posterior? Esse tipo de mudança comportamental, incentivado pelo direito, é rotineiro, inclusive, é assim que se passa valor dos direitos mais importantes para a sociedade, exigindo dela tributos, ameaçando com penas restritivas de direitos ou ressarcimento.

Todavia, quando a incidência jurídica é muito intrusiva, ele – o direito –, deve recuar. Não é certo que profissionais que estudaram longos anos se privem de realizar procedimentos naturais do ofício, que são probos e lícitos, porque o direito o definiu como perigoso. Ora, a Organização Mundial de Saúde e os profissionais de medicina dizem o contrário, então, porque o direito vai moldar essa área? Não há justificativa.

Posteriormente, discutimos a visão contratual do trabalho médico, da qual decorre a Responsabilidade Subjetiva ou Responsabilidade Objetiva. Demonstramos que por mais presunção de culpa ou declaração de responsabilidade objetiva que possa existir na doutrina acerca do comportamento médico, os atos realizados não enquadram-se nessas hipóteses, e a prática investigativa sempre há de buscar conceitos como nexos, culpa e dano, sem os quais não se caracteriza adequadamente a intervenção médica relacionada com o prejuízo e, dessa forma, os fatos são levados a interpretação jurídica de serem subjetivas obrigações de meio, pois até mesmo nos contratos tidos como de resultado, como os de cirurgia plástica, as incidências de exclusão de responsabilidade proporcionam a necessidade de investigação que, conseqüentemente, apurará os elementos da subjetividade.

Acreditamos que o tema mais importante tenha sido a dinâmica desenvolvida em volta do *Termo de Consentimento*, capítulo no qual pudemos esclarecer as nuances de destaque deste instituto, incluindo nos fatos a responsabilidade pela seu surgimento nos séculos anteriores e o que representa hoje.

O relacionamento pessoal entre médico e paciente está atrelado ao termo de consentimento, formalidade que representa compromisso ético e moral, mas com poucas relevâncias jurídicas, até mesmo uma espécie de contrato morto, que apenas pode vir a ter grande relevância no desenvolvimento do aspecto subjetividade dos acontecimentos.

Finalmente, esclarecemos o embate principiológico entre a Vida e a Dignidade. Bases fundantes do direito moderno que decorrem um do outro, de forma

interdisciplinar, mas que expressam a essência do ser humano e não devem, de forma alguma, serem desconsideradas em prol de nada a que se oponham. Tal raciocínio indica que a melhor opção para a solução do problema seria a concordância prática ou harmonização, institutos que remetem ao início deste trabalho, no qual apontamos a conscientização social como aspecto mais importante.

O dever da Responsabilidade Civil deve ser incitar ao público que rege o comportamento social probo e certo, pois, se soubéssemos melhor ao que somos legitimamente assegurados da forma da lei e o que é realmente importante, parariamos de saturar poder jurisdicional com problemas mesquinhos de insatisfações orgulhosas, causadas em virtude da honra e da glória, ainda mais num ramo, em que a maior parte das ações visam o benefício em pecúnia, a restituição de um direito em dinheiro.

5. Referências Bibliográficas

AGUIAR DIAS, José. **Da Responsabilidade Civil, V. II**, Rio de Janeiro : Forense, 1979.

ANDRADE, Isabella. “**Outras Formas de Nascer**”, Campus Online – UNB. 9/6/2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1997.

CARVALHO SANTOS, João Manuel. **Código Civil Brasileiro interpretado** -. 9 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. – 15 Edição. Revisado e atualizado. – São Paulo: Saraiva: 2010.

FONSECA, Adriano Almeida. **O Princípio da Presunção da Inocência e a sua Repercussão infraconstitucional**. Revista Online, 1999.

FRANÇA, R. Limongi. **Enriquecimento sem Causa**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987.

FUX, Luiz. – **Curso de Direito Processual Civil**. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11º Edição – Revista – São Paulo, Saraiva. 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil**. 40 Volume - Parte Geral das Obrigações, São Paulo, Ed. Saraiva, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**. – 10º Edição. Rev., atual e ampl. – SP: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9º Edição Revisada, RJ, FORENSE 2002.

RIPERT, Georges. **A Regra moral nas obrigações civis**. 2ª Ed., Trad. Osório de Oliveira, Campinas: Booksellere, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3º Edição. RJ, FORENSE, 2007.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. ***Responsabilidade Civil e Penal do Médico***. Campinas, LZN Editora, 2003. “Erro medico e prescrição”, em Boletim doutrina ADCOAS, nº38, marco de 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. – 9º Edição. – São Paulo: Atlars, 2009 – (Coleção de direito civil; v. 4)