

ERRO MÉDICO: RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

(ERROR DOCTOR: RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y OBJETIVA)

Cleomara Gonsalves Gonem¹

Paulo Márcio Cruz²

Súmula: 1. Introdução; 2. Responsabilidade civil: subjetiva e objetiva; 3. Relação médico-paciente: paternalismo e autonomia; 4. Erro médico; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: O artigo tem por escopo estudar e pesquisar, através do método dialético, a responsabilidade civil do médico dentro de vários sistemas jurídicos, desde o âmbito do Direito Romano, Argentino e Colombiano, bem como no Direito pátrio da subjetividade e da objetividade. Analisa ainda as condições em que a responsabilidade civil do profissional de saúde adquire contornos ou um viés objetivo. Considera-se para tanto, a relação médico-paciente ou paciente-médico, ainda que brevemente, desde o início dos tempos até a modernidade, e as consequências advindas desta relação. Busca-se ainda, fazer uma análise da Política Jurídica diante da norma positivada na aplicação da lei no caso em concreto quando da verificação do erro médico.

PALAVRAS-CHAVES: obrigação; responsabilidade civil; responsabilidade civil subjetiva; responsabilidade civil objetiva; erro médico.

RESUMEN: El artículo tiene posibilidades de estudio y de investigación, a través del método dialéctico, la responsabilidad del médico en los diversos sistemas jurídicos, ya que bajo la ley romana, Argentina y Colombia, así como en la ley paterna de la subjetividad y la objetividad. También examina las condiciones en que la responsabilidad de los profesionales de la salud adquiere contornos o un objetivo sesgo. Se considera por tanto, la relación médico-paciente o médico-paciente desde el principio de los tiempos hasta la modernidad, y las consecuencias derivadas de esta relación. El objetivo es también para analizar la política antes de la norma legal positivamente valorado en aplicación de la ley en el caso particular cuando la verificación del error médico.

PALABRAS CLAVE: obligación; la responsabilidad; la responsabilidad subjetiva; responsabilidad objetiva; negligencia médica.

¹ Aluna do Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica do CPCJ/Univali. Email: cleogonem@hotmail.com

² Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina, com Pós-Doutorado na Universidade de Alicante, na Espanha, onde é professor convidado permanente do *Máster em Derecho Ambiental* y de la Sostenibilidad - MADAS(www.madas.ua.es), é professor do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC) (www.univali.br/cpcj).

1. INTRODUÇÃO

A ‘cultura jurídica’ dos direitos humanos fundamentais, seu reconhecimento e efetividade, a partir em especial do Iluminismo, originou-se de um anseio social por liberdade, igualdade e justiça, trinômio que se assenta sobre o valor dignidade humana.

Essa reviravolta urdida no entorno dinâmico da roda da vida natural ou no mundo da vida provocou, a partir do reconhecimento de direitos individuais, uma revolução no âmbito das relações sociais e, por conseguinte, no âmbito das relações jurídicas, seja no contexto público-privado, seja no contexto privado-privado.

Posto isto, a centralidade deste artigo aponta para a responsabilidade civil correspondente, em especial, a relação médico-paciente ou paciente-médico que, de um viés predominantemente paternalista e determinista, se voltou para a autonomia e a autodeterminação da pessoa humana, pressionadas que foram pela dignidade inerente a homens e mulheres, e se converteu no vetor constitucional por excelência.

Essa mudança de prisma que transformou o homem em “fim”³ e não em “insumo” para a consecução do bem comum⁴, ou seja, a felicidade do homem individual no contexto da ordem social, ainda que conectada a de seus pares, é o fim do Estado Democrático de Direito.

Trata-se de um processo de emancipação do homem-paciente direcionado a “decidir sobre os tratamentos aos quais deseja de submeter” quando no contexto médico-cirúrgico. Processo esse abalizado pela compreensão da conexão entre a realidade social dinâmica e, por isso mesmo, em permanente e constante mutação, que implica na adaptabilidade e interação da norma jurídica às derivações ‘comportamentais’ que exsurtem dessas ‘novas’ situações que emergem das exigências individuais da dignidade.

³ "O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são [e] das coisas que não são, enquanto não são." Frase atribuída a Protágoras, sofista da Grécia Antiga.

⁴ **Bem Comum.** O *bem comum* busca a felicidade natural, sendo, portanto, o valor político por excelência, sempre, porém, subordinado à moral. O bem comum se distingue do bem individual e do bem público. Enquanto o bem público é um bem de todos por estarem unidos, o bem comum é dos indivíduos por serem membros de um Estado; trata-se de um valor comum que os indivíduos podem perseguir somente em conjunto, na concórdia. Além disso, com relação ao bem individual, o bem comum não é um simples somatório destes bens; não é tampouco a negação deles; ele coloca-se unicamente como sua própria verdade ou síntese harmoniosa, tendo como ponto de partida a distinção entre indivíduo, subordinado à comunidade, e a pessoa que permanece o verdadeiro e último fim. *In*: BOBBIO, N. et al. *Dicionário de Política*. 2. ed. Brasília: UNB, 1986; também “A interdependência, cada vez mais estreita e progressivamente estendida a todo o mundo, faz com que o bem comum - ou seja, o conjunto das condições da vida social que permitem, tanto aos grupos como a cada membro, alcançar mais plena e facilmente a própria perfeição - se torne hoje cada vez mais universal e que, por esse motivo, implique direitos e deveres que dizem respeito a todo o gênero humano. Cada grupo deve ter em conta as necessidades e legítimas aspirações dos outros grupos e mesmo o bem comum de toda a família humana.” *In*: CONSTITUIÇÃO PASTORAL. *GAUDIUM ET SPES*. Sobre a Igreja no mundo actual. *Promoção do bem comum*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_encyclica_gaudium_spes.pdf> Acesso em: 28 fev 2012.

Daí que essa “sucessão sistemática de mudanças numa direção definida”, ou pressuposta, impõe à política jurídica compreendê-la, concatená-la e conformá-las às normas jurídicas correspondentes, num moto contínuo de realidade – norma – direito “*devenir*”⁵ e sua hermenêutica ou práxis.

Assim, de um exame da doutrina e da jurisprudência, o artigo laborará os pressupostos do dever-ser do direito e a sua aplicação no mundo das relações jurídicas, desde a relação médico-paciente e a reparação dos erros médicos eventualmente decorridos sob o ponto de vista dos preceitos da política jurídica, em especial concluindo pela responsabilidade objetiva do profissional de medicina em condições ‘excepcionais’ ao estatuído no Código Civil, cujo viés é, predominantemente, subjetivista.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL: SUBJETIVA E OBJETIVA

Abordar a natureza da obrigação, que eventualmente possa gerar a responsabilidade civil, encara pelo menos duas situações: o descumprimento do que fora pactuado em contrato (inadimplemento) e a prática de ato ilícito.

Responsabilizar quem causa danos a outrem, seja na forma pecuniária, seja com o próprio corpo, é um mandamento jurídico de há muito, que remonta à própria história humana. Sentido no qual

a responsabilidade civil é definida como a situação de quem sofre as consequências da violação de uma norma (*Marton*), ou como a obrigação que incumbe a alguém de reparar o prejuízo causado a outrem, pela sua atuação ou em virtude de danos provocados por pessoas, ou coisas dele dependentes (*Savatier*)⁶.

Nesse sentido, historicamente, por exemplo, a lei mosaica ou a lei divina provida à antiga de Israel por *Iahweh* previa a reparação do dano causado à vida de um nascituro ainda no útero da mãe. Caso ocorresse um acidente fatal para a mãe ou para o filho, “então terás de dar alma por alma”⁷. A aplicação da pena taliônica, no entanto, demandava dos magistrados

⁵ MICHAELIS. **Moderno Dicionário de Português Online**. *devir*¹ de.vir¹ (decalque do *fr devenir*) *vint* Tornar-se; vir a ser, *devenir*. *devir*² de.vir² *sm* (decalque do *fr devenir*) *Filos 1* Série de mudanças concretas pelas quais passa um ser. 2 A própria mudança. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=devir>> Acesso em: 29 jan 2013.

⁶ WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro. **Obrigações e Contratos**. 12. ed. rev., amp. e atualiz. Com a colaboração de Semy Gianz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 478.

⁷ BIBLIOTECA ON LINE da Torre de Vigia. **Êxodo** cap. 21 vers. 22-25: “E caso homens briguem entre si, e eles realmente firam uma mulher grávida e deveras saíam os filhos dela, mas **não haja acidente fatal**, sem falta se lhe deve impor uma indenização segundo o que o dono da mulher lhe impuser; e ele tem de dá-la por intermédio dos magistrados. Mas **se acontecer um acidente fatal**, então **terás de dar alma por alma, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por**

uma consideração das circunstâncias e do grau de premeditação, ou seja, da existência de dolo ou não no ato que levou a morte a mãe ou seu bebê⁸. E, enfatizando a seriedade de qualquer tentativa deliberada de causar dano ao nascituro – além de à mãe –, comenta-se: “O embrião capaz de viver, no útero, é uma pessoa humana, e, por conseguinte, destruí-lo é violação do sexto mandamento.”⁹

Referência à reparação dos danos faz ainda o Código Hamurabi que observa: “4. Se alguém proferiu um falso testemunho em um caso de direito civil, deverá pagar os danos produzidos com esse fato.”¹⁰

Importante ressaltar ainda que ‘outros códigos legais’ apresentam “vestígios” de ambas as espécies¹¹ que já eram ostentadas na *Lei Decenviral*^{12 13} com a previsão da pena

ferimento, pancada por pancada.” Disponível e: <<http://wol.jw.org/pt/wol/h/r5/lp-t>> Acesso em: 22 mar 2013.

⁸ Idi. **Números** cap. 35 vers. 22-25 e 30-31: “Mas, **se foi inesperadamente**, sem inimizade, que ele o empurrou ou lançou um objeto contra ele, **sem estar de tocaia**, ou qualquer pedra pela qual podia morrer, sem vê-lo, ou se fez que caísse sobre ele, de modo que morreu, **não estando em inimizade com ele e não procurando prejudicá-lo**, então a assembleia tem de julgar entre o golpeador e o vingador do sangue segundo estes julgamentos. **E a assembleia tem de livrar o homicida da mão do vingador do sangue** [o executor da pena de morte contra o réu] e a assembleia tem de devolvê-lo à sua cidade de refúgio à qual fugiu, e ele tem de morar nela até a morte do sumo sacerdote que foi ungido com o óleo **sagrado. E estas coisas têm de servir-vos de estatuto de julgamento nas vossas gerações**, em todos os vossos lugares de morada. “**Todo aquele que golpear fatalmente uma alma deve ser morto como assassino, pela boca de testemunhas**, e uma só testemunha não pode testificar contra uma alma para ela morrer. **E não deveis aceitar nenhum resgate [compensação] pela alma dum assassino que merece morrer, pois, sem falta, deve ser morto.**””

⁹ GLENN, Jacob B. **The Bible and Modern Medicine: an interpretation of the basic principles of the Bible in the light of present day medical thought.** Bloch Publishing & Co., 1963, p. 176: “The viable embryo in the uterus is a human individual, and therefore destroying it, is a violation of the sixth commandment.” Trad. Livre.

¹⁰ **CODE OF HAMMURABI.** Source: Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters, by C. H. W. Johns, in 1904, one of a series called the Library of Ancient Inscriptions, from a facsimile produced by The Legal Classics Library, Division of Gryphon Editions, New York in 1987. Disponível em: <<http://www.commonlaw.com/Hammurabi.html>> Acesso em: 14 mar 2013. “4. If he has borne false witness in a civil law case, he shall pay the damages in that suit.” Trad. Livre

¹¹ **MANUSRTI. Código Manu.** (200 A.C. e 200 D.C.). LIVRO OITAVO. PARTE ESPECIAL. XIV - DAS INJÚRIAS. Art. 264º Um Ksatriya, por ter injuriado um Brâmane, merece uma multa de cem panas; um Vaisya, uma multa de cento e cinquenta ou duzentos, um Sudra, uma pena corporal. Art. 265º Um Brâmane será sujeito à multa de cinquenta panas, por ter ultrajado um homem da classe militar; de vinte e cinco, por um homem de classe comercial; de doze, por um Sudra. Art. 266º Por ter injuriado um homem da mesma classe que ele, um Dvija será condenado a doze panas de multa; por juízos infamantes, a pena em geral deve ser dobrada. Art. 267º Um homem da última classe que insulta um Dvija por invectivas afrontosas, merece ter a língua cortada; porque ele foi produzido pela parte inferior de Brama. XV - DAS OFENSAS FÍSICAS Art. 275º Tendo declarado completamente quais são os modos de punição a infligir para as ofensas por palavras, vou expor a lei concernente às ofensas físicas. Art. 276º De qualquer membro que se sirva um homem de baixo nascimento para ferir um superior, esse membro deve ser mutilado. Art. 277º Se ele levantou a mão ou um bastão sobre o superior, deve ter a mão cortada; se em um movimento de cólera lhe deu um pontapé, que seu pé seja cortado. Art. 278º Um homem de baixa classe que resolve tomar lugar ao lado de um de classe mais elevada, deve ser marcado debaixo do quadril e banido ou, então, deve ordenar o rei que lhe façam um talho sobre as nádegas. Art. 279º Se ele encara com insolência sobre um Brâmane, que o rei lhe faça mutilar os dois lábios; se ele urina sobre um Brâmane, a uretra; se ele larga um peido na presença deste, o ânus. Art. 280º Se ele o pega pelos cabelos, pelos pés, pela barba, pelo pescoço, ou pelos testículos, que o rei lhe faça cortar as duas mãos sem hesitar. Art. 281º Se um homem arranha a pele de uma pessoa da mesma classe que

corporal do devedor em favor do credor¹⁴, o que a *Lex Poetelia Papiria* converteu em sujeição patrimonial daquele a este, pelo que se observa que a caracterização da "*obligatio*" propriamente dita, se deu por meio desta última lei romana. Para que em Roma houvesse a responsabilização, verificadas deveriam ser a presença de uma das modalidades de delito: públicos ou privados. Explicando:

Delitos privados são os que atingem a pessoa ou os bens de um particular, [originando] como consequência um processo diante das jurisdições civis ordinárias. A indenização deverá ser pleiteada pela vítima. São os *judicia privata*. A vítima tem direito a uma multa paga pelo infrator. Delitos públicos são os que atingem a cidade, o estado, como, por exemplo, o sacrifício, [originando] como consequência um processo penal, diante de tribunais especiais, as *quaestiones perpetuae*. Qualquer cidadão poderá dar início ao processo. São os *judicia publica*. Acarretam penas corporais (morte, exílio) ou pecuniárias, revertendo estas ao Estado e não a vítima.¹⁵

Relacionados aos delitos privados estes se apresentaram por meio de quatro fases sucessivas: "1ª Vingança privada (não regulamentada ou regulamentada); 2ª Composições voluntárias; 3ª Composições legais; 4ª Repressão pelo Estado"¹⁶.

A primeira fase caracterizava-se pela retribuição do mal pelo mal¹⁷ sem nenhum limite, que poderia ser tanto da vítima, quanto de seus parentes. Tratava-se da fase vingança privada não regulamentada, semelhante ao caracterizado pelo "vingador de sangue" da Lei mosaica.

A fase denominada privada, por conseguinte,

mais tarde [atingiu] a *pena de talião* ou *dente por dente*, olho por olho (*Obs. talio, onis, m. talião, de talis = tal. Assim, tal delito, tal vingança*). Embora aos nossos

ele e faça correr sangue, deve ser condenado a cem panas de multa; por um ferimento que penetrou a carne, a seis mikkas; pela fratura de um osso, ao banimento. Art. 284º Quando um membro foi ferido e daí resulta uma chaga ou uma hemorragia, o autor do mal deve pagar as despesas da cura; ou se ele se recusa a isso, deve ser condenado a pagar a despesa e uma multa. Disponível em: <<http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>> Acesso em: 14 mar 2013.

¹² "Como bem explicou Talamanca [*Instituzioni di diritto romano*, Mario Talamanca. Editore Giuffrè, Roma, 1990], a *Lei das XII Tábuas* ou *Código Decenviral* é apenas uma codificação parcial dos *mos maiorum* [vontade vigente] vigentes em Roma, que não cobriu os aspectos da fenomenologia sócio-económica, com relevo jurídico, da Roma de então. Mas, a sua incompletude e desconhecimento de alguns dos respectivos conteúdos normativos, não impede a compreensão da efectiva importância dessa Lei na construção criativa do Direito Romano. *In*: CARRILHO, Fernanda. **A Lei das XII Tábuas**. Coimbra (PT): Almedina, 2008, pp. 11-12.

¹³ MORAES, Marcus de. **Roma Antiga e o seu direito**. Niterói, RJ: Parceria Editorial, 2002, p. 256.

¹⁴ **CODE OF HAMMURABI**. "195. If a son has struck his father, his hands shall be cut off. 196. If a man has knocked out the eye of a patrician, his eye shall be knocked out. 197. If he has broken the limb of a patrician, his limb shall be broken." Trad. Livre: "195. Caso um filho golpeie seus pais, terá suas mãos cortadas. 196. Caso um homem soque o olho de seu patrício [nobre] terá seu olho nocauteado. 197. Caso um homem quebre u membro [ou osso] de seu patrício [nobre], terá seu membro partido."

¹⁵ CRETELLA JUNIOR, J. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 302.

¹⁶ *Id.*, p. 303.

¹⁷ A lei do talião constituiu "uma limitação de responsabilidade, pois restringia a reparação ao valor do dano causado, como se verifica na Lei das Doze Tábuas, que vigorou na primeira fase do direito romano". *In*: WALD, A. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Obrigações e Contratos**, p. 479.

olhos a pena de talião se afigure brutal, significa, no entanto, grande processo na história do direito. Na fase anterior, em face do delito praticado por uma pessoa, pagava não só ele (às vezes nem ele), como outros de sua família. Com o talião o castigo alcança o autor do delito e a ideia de proporção entre a ofensa e o castigo se vai esboçando, afirmando-se cada vez mais ¹⁸.

Na fase de composição voluntária, "a vítima do delito [...] renuncia ao direito de vingança, mediante um resgate, em dinheiro, fixado pelas partes"¹⁹, qualificando-se o resgate como "preço pago para recomprar ou livrar de alguma obrigação ou circunstância indesejável. A ideia básica de "resgate" é um preço que *cobre* (como na indenização por danos ou para satisfazer a justiça). Os diversos termos hebraicos e gregos traduzidos "resgate" e "remir", apresentam uma similaridade inerente na ideia de um preço, ou coisa valiosa, fornecido para efetuar o resgate ou a redenção. A ideia de troca, bem como a de correspondência, equivalência ou substituição, é, por conseguinte, comum a todos os termos. Isto é, uma coisa é dada em troca de outra, satisfazendo as exigências da justiça e resultando numa conciliação dos assuntos"²⁰.

Posteriormente, o valor da indenização passa a ser fixado pelo Estado, o qual estabelece os valores de conformidade com os delitos. Fase esta denominada de composição voluntária. A última fase é a repressiva mediante a qual o Estado chama a si a opção de reprimir os delitos ²¹.

Destacando também, a título didático e pedagógico, que a *Lei das XII Tábuas*, quanto a responsabilidade por reparar danos, quando da prática de delitos, prescrevia²²:

Tabua VIII (*De Delictis*)

¹⁸ CRETELLA JUNIOR, J. **Curso de Direito Romano**, p. 304.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ **RANSOM.** A price paid to buy back or to bring about release from some obligation or undesirable circumstance. The basic idea of "ransom" is a price that *covers* (as in payment for damages or to satisfy justice), while "redemption" emphasizes the *releasing* accomplished as a result of the ransom paid. The most significant ransom price is the shed blood of Jesus Christ, which made deliverance from sin and death possible for the offspring of Adam. [...] **A Price That Covers.** The Hebrew noun *ko'pher* comes from the verb *kaphar'*, meaning, basically, "cover," as in Noah's covering the ark with tar. (Ge 6:14 *Kaphar'*, however, is used almost entirely to describe the satisfying of justice through the covering of or atoning for sins. The noun *ko'pher* refers to the thing given to accomplish this, the ransom price. (Ps 65:3; 78:38; 79:8, 9) A covering corresponds to the thing it covers, either in its form (as in a material lid, such as the "cover [*kappo'reth*]" of the ark of the covenant; Ex 25:17-22), or in its value (as in a payment to cover the damages caused by an injury). As a means for balancing justice and setting matters straight with his people Israel, Jehovah, in the Law covenant, designated various sacrifices and offerings to atone for, or cover, sins, including those of the priests and the Levites (Ex 29:33-37; Le 16:6, 11), of other individuals, or of the nation as a whole (Le 1:4; 4:20, 26, 31, 35), as well as to purify the altar and tabernacle, making atonement because of the sins of the people surrounding these. *In: WATCHTOWER ONLINE LIBRARY.* Disponível em: <<http://wol.jw.org/en/wol/d/r1/lp-e/1200003640>> Acesso em: 14 mar 2013. Trad. livre.

²¹ CRETELLA JUNIOR, J. **Curso de Direito Romano**, p. 304.

²² MORAES, M. de. **Roma Antiga e o seu direito**, pp. 80 e 81.

(...)

II – *Si membru rupit, ni cum eo pacit, talio esta.* - "Contra o que rompesse o membro de uma outra pessoa, e com ela não transigisse, que tenha igualmente rompido o próprio membro"²³.

V – *Rupitias...sarcito.* (Os danos acidentais injustos... que sejam reparados)²⁴.

Tendo como parâmetro as fases acima, deflui-se que a *Lei das XII Tábuas* adotou a o sistema da composição voluntária e legal.

Sobre os momentos posteriores às ‘disposições legais’ mencionadas, sobrevém então

a *Lex Aquília* (ano 468) e tem início a generalização da responsabilidade civil. Correia e Sciascia elucidam que, em Roma, o ato ilícito implicava a obrigação de indenizar a parte lesada e a condenação a uma pena pecuniária²⁵. O *Lex Cornélia* estabelecia uma série de delitos relacionados à prática da profissão médica e as penas que deveriam ser cominadas. Entretanto, com a *Lex Aquília de damno*, plebiscito posterior à *Lex Hortensia*, do século III A.C., formulou-se um conceito de culpa, bem como fixaram-se espécies de delitos que os médicos poderiam cometer, como o abandono do doente, a recusa á prestação de assistência, os erros derivados da imperícia e das experiências perigosas. Como consequência, estabelece-se a obrigação de reparar o dano, limitando-o ao prejuízo econômico, sem se considerar o que hoje se define como dano moral²⁶.

Assim, do direito romano os fundamentos da responsabilidade por violação da lei “se encontram na *Lex Aquilia*”²⁷. De tal modo que a condenação para fins de reparação de danos morais²⁸ se apresentava incipiente, tão somente o prejuízo material seria "compensado" mediante a obrigação de recompor o dano experimentado pela vítima. O que é compreensível muito embora já se constatasse então existência de “almas deprimidas”²⁹ ou de pessoas moralmente abatidas ou combalidas, sem disposição de ânimo, feridas no ‘coração’. Tanto que, “no decorrer do tempo, a indenização sofre um processo de sofisticação, a fim de

²³ Lei de Talião.

²⁴ FESTUS, quanto ao termo "RUPITIAS" DIGESTO, 9,2, "*Ad Igem Aquiliam*", 1, *proemium*, apud ULPIANO. Trata-se à toda evidencia daquilo que mais tarde o Direito Romano concebeu como "*damno infecto*", isto é, o dever geral de recompor o patrimônio do lesado à custa daquele que lesa (responsabilidade civil por dano causado).

²⁵ CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro**. Vol. 1. São Paulo: Edição Saraiva, 1957. p.363.

²⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 48-49.

²⁷ WALD, A. Curso de Direito Civil Brasileiro. **Obrigações e Contratos**, p. 479

²⁸ STEINCROHN, Peter Joseph and LAFIA, David Joseph. **How to Master Your Nerves**. Spokane, Washington., US Cowles Book Company, 1970, p. 14: “Doctors know how anxiety can affect the body’s functions. It can raise (or lower) blood pressure; it can elevate the white blood cell count; it can suddenly affect the blood sugar by the action of Spokane, Washington of adrenalin on the liver. It can even change your electrocardiogram. Dr. Charles Mayo said: ‘Worry affects the circulation, the heart, the glands, the whole nervous system’.”

²⁹ **1 Tessalonicenses** cap. 5 ver. 14: “Por outro lado, exortamos-vos, irmãos: admoestai os desordeiros, falai consoladoramente às **almas deprimidas** [mãos frouxas, pendentes], amparai os fracos, sede longânimes para com todos.”

abranger não só o valor do dano causado sob todas as suas formas (material, moral estético, etc.), mas também o lucro cessante (*lucrum cessans*)”³⁰.

No que tange a reparação do dano moral o MANUSRTI. **Código Manu**. (200 A.C. e 200 D.C.). LIVRO ESPECIAL, XV DAS OFENSAS FÍSICAS, Art. 283º dispunha: “Se uma pancada seguida de uma viva angústia, foi dada em homens ou animais, o rei deve infligir uma pena àquele que a deu, em razão da dor maior ou menor que a pancada tenha causado.”

Descortina-se aqui a reparação por danos morais consequentes – *viva angústia, aflição, ansiedade prejudicial ou intensidade do sofrimento* – e a sua proporcionalidade, *i.e.*, “em razão da dor maior ou menor que a pancada tenha causado”, diretrizes ainda prevaletentes.

Outro aspecto que permite uma compreensão do desenvolvimento e progressão da responsabilidade civil relaciona-se com o fato de que “no domínio da responsabilidade civil há, por assim dizer, uma axiologia genérica, um conjunto de princípios comuns, que a doutrina e a própria lei tem procurado assentar, independentemente das várias espécies de responsabilidade civil”³¹. Sentido no qual “a fundamentação da responsabilidade, a sua função, a indicação dos respectivos pressupostos e o sentido atribuído a cada um deles, a medida da indemnização constituem questões”³² cruciais cujo nó górdio, o que pode ser discutível, situa-se “nas variações a que está sujeito o montante da indemnização, consoante a posição que se tomar quanto ao nexo de causalidade entre o acto ilícito e o prejuízo”³³.

O direito alemão³⁴, de outra mão, distingue entre obrigação (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*) deduzindo que

³⁰ WALD, A. Curso de Direito Civil Brasileiro. **Obrigações e Contratos**, p. 498.

³¹ CORREIA DE JESUS. **Alguns aspectos da responsabilidade obrigacional no Código Civil [Português] 1966**. Comunicação ao Instituto da Conferência de Lisboa da Ordem dos Advogados, na sessão de 11 de janeiro de 1968. (Ao longo desta exposição seguimos, fundamentalmente, o pensamento de[Fernando] Pessoa Jorge.), p. 44.

³² Ibid.

³³ Ibid., pp. 44-45.

³⁴ GERMAN CIVIL CODE. **BGB**. Title 27. Torts. Section 823. **Liability in damages**. (1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this. (2)The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3320> Acesso em: 15 mar 2013. Ein Service des Bundesministeriums der Justiz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH – www.juris.de - Seite 1 von 410 - Bürgerliches Gesetzbuch(BGB)BGB Ausfertigungsdatum: 18.08.1896 Vollzitat: "Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Februar 2013 (BGBl. I S. 277) geändert worden ist" Stand: Neugefasst durch Bek. v. 2.1.2002 I 42, 2909; 2003, 738; zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 20.2.2013 I 277. Titel 27. Unerlaubte Handlungen. § 823 Schadensersatzpflicht. (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich

a violação da obrigação enseja a responsabilidade, ou seja, o dever de reparar o dano, para restabelecer a situação que existiria se o ato ilegítimo não tivesse sido praticado, restabelecendo-se a situação jurídica (*status quo ante*). A responsabilidade seria, assim, sempre uma obrigação secundária decorrente da violação de um direito alheio³⁵.

O dever de indenizar nasce, então, do pressuposto da ocorrência de dois requisitos gerais:

o agente tem de ter CAUSADO o prejuízo como efeito do seu comportamento: e - tem de ter tido um comportamento CULPOSO. Este 'princípio da culpa' remonta ao direito romano. A responsabilidade escalona-se segundo os **graus** de culpa, distinguindo-se como formas principais o DOLO e a CULPA ou negligência. A causalidade (e a ilicitude, infra II 5) constitui a previsão 'OBJETIVA', e a culpa, a SUBJETIVA'.³⁶,

Para melhor se compreender o instituto da responsabilidade civil, há que se fazer uma análise detalhada de suas duas espécies, quais sejam objetiva e subjetiva, a que já se referiu.

Autores há que tratam o tema como "sistemas de responsabilidade civil", diferenciando entre a responsabilidade civil subjetiva (CC 186) e o sistema subsidiário do Código Civil que é o da responsabilidade civil objetiva (CC 927 par. ún.)³⁷.

A responsabilidade civil subjetiva se qualifica como “a *teoria da culpa*: para que haja o dever de indenizar é necessária a existência: a) do dano; b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano; c) da culpa *lato sensu* (culpa - imprudência, negligência e imperícia - ou dolo) do agente”³⁸.

A responsabilidade civil objetiva, por sua vez,

se funda na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência: a) do dano; b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Haverá responsabilidade objetiva quando a lei assim o determinar (v.g., CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (v.g., atividades perigosas)³⁹.

Compreende-se assim, para que esteja configurada a responsabilidade civil subjetiva, que há que existir o dano, nexo causal e culpa; e, no caso da responsabilidade objetiva, deverá

verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

³⁵ WALD, A. Curso de Direito Civil Brasileiro. **Obrigações e Contratos**, p. 478.

³⁶ KASER, Max. **Direito Privado Romano. Tradução** de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian: 1999, p. 212. Título original: *Römisches Privatrecht*.

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 785

³⁸ NERY JUNIOR, N. e NERY, R. M. de A. **Código civil comentado**, p. 785.

³⁹ *Ibid.*

se fazer presente o dano e o nexo causal entre o fato e o dano, sendo que a culpa ficará excluída, tendo em vista tratar-se de responsabilização baseada na teoria do risco.

Em suma, enquanto a atuação do causador do dano pode respaldar a responsabilidade subjetiva, baseada na *culpa em sentido lato* (culpa ou dolo) a objetiva “independe de qualquer falha humana (culpa) ou desejo de causar o dano (dolo) e decorre de uma simples relação de causalidade (nexo causal)”^{40, 41}.

Atualmente, em geral, quando plausíveis, são cumuláveis as indenizações advindas de dano material, moral e estético admitindo a Súmula 37⁴² do Superior Tribunal de Justiça que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Nos quais se incluem, por conseguinte, os danos estéticos⁴³.

Daí que a obrigação de todos os que praticam atos jurídicos ilícitos, corresponde à responsabilidade civil de reparação, ‘a fim de que as coisas retornem ao seu estado de antes

⁴⁰ WALD, A. Curso de Direito Civil Brasileiro. **Obrigações e Contratos**, p. 480.

⁴¹ ARGENTINA. **RESPONSABILIDAD CIVIL. De los médicos y de los nosocomios. Mala praxis. Omisión de las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación.** En orden a la **responsabilidad médica**, la culpa carece de autonomía y la **responsabilidad profesional y de los nosocomios** se halla sometida a los principios generales en materia de responsabilidad, con algunas particularidades en cuanto a la configuración de la falta médica, siendo la culpa el factor de imputabilidad necesario para que la responsabilidad exista, entendida como la omisión de las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación, conforme a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, en los términos de los artículos 512 y 902 del Código Civil (conf. Trigo Represas Félix Alberto, "*Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales*", comentario al fallo de la Cám. Nac. Civil, Sala E, 25/11/1980 en La Ley 1981-D-p.140 y nota al fallo de la Cam. Nac. Civil, Sala D, del 16/2/84, publicado en La Ley 1984-C-586; esta Cámara, Sala 1, causa 855/95 del 28/12/1995, voto del Dr. Francisco de las Carreras; Sala 2, causa 7933 del 2/7/1992, voto del Dr. Quintana Terán, entre otros). En tanto la culpa exista y medie suficiente nexo causal entre esa conducta y el daño producido, habrá responsabilidad del deudor, recayendo en principio la prueba de tales presupuestos en el actor damnificado (conf. causa 855/95 ya citada, de esta Sala, y sus citas; Garay Oscar Ernesto, "*La responsabilidad civil de los médicos*", en la obra colectiva "*Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, Bioética y Jurídica: civil y penal*", Coordinador Oscar Ernesto Garay, ed. La Ley, 2003, pág. 742). Puesto que se trata de meros hechos, todas las pruebas resultan admisibles, si bien la constancia documental que emana de la historia clínica, convierte a este instrumento en una prueba relevante (doctrina de la Corte Suprema de Justicia en Fallos 324: 2689, dictamen del Procurador Fiscal, al que hizo remisión el Alto Tribunal). Dra. María Susana Najurieta - Dr. Martín Diego Farrell - Dr. Francisco de las Carreras. 22.655/96. POLANCO DE ANDRADA ESTELA MARIA Y OTRO C/ BARTHOU PABLO Y OTRO S/ RESPONSABILIDAD MEDICA. 13/04/04. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Sala 1. Disponible em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona39/39Soto2.htm>> Acesso em: 21 mar 2013.

⁴² Índice fundamental do Direito. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.html>. Acesso em: 03 de março de 2013.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 387**. “É possível cumular as pretensões indenizatórias por danos morais e estéticos, provenientes de um mesmo ato ilícito, desde que, efetivada a produção de dano estético, seja possível apurar e quantificar autonomamente os valores.[...] Primeiramente, em relação à inacumulabilidade de danos morais e estéticos, a posição pacificada deste Tribunal Superior se orienta no sentido de que é possível cumular as pretensões indenizatórias por danos morais e estéticos, provenientes de um mesmo ato ilícito, desde que, efetivada a produção de dano estético, seja possível apurar e quantificar autonomamente os valores.” (AgRg no. Ag. 769719 DF, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2007, DJ 28/05/2007)”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=danos+morais&&b=TEMA&p=true&t=&l=10&i1>> Acesso em 15 mar 2013.

ou anterior' ao ato praticado. Ou seja, “no campo da responsabilidade civil não há reparação sem dano. Atende-se ao princípio romano *neminem laedere* (não prejudicar os outros)”⁴⁴.
Donde o reparado se reveste da condição de vítima seja por dolo ou culpa do agente;

Do que se infere que

a responsabilidade civil é uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamentos dos outros. É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius*. É, portanto, uma consequência e não uma obrigação original. Toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido. A responsabilidade civil é, portanto, a retratação de um conflito.⁴⁵:

No Código Civil em seu artigo 927 caput e parágrafo único, prevê-se *o dever de reparar* por aquele que causou *dano a outrem*, em condições objetivas:

Art. 927. Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou quando **a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem**.

A norma civilista supra se conecta ao Art. 186 (CC), que estatui: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Ao que se une o Art. 187 (CC), que dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Daí que a responsabilidade subjetiva apresenta-se “como a regra geral enquanto que a objetiva como a exceção”⁴⁶.

E o abuso do direito “ocorre quando o ato é exercício não *regular* do direito” o que se coaduna com o disposto no Art. 188 (CC): “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem

⁴⁴ WALD, A. Curso de Direito Civil Brasileiro. **Obrigações e Contratos**, p. 479.

⁴⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pag. 112.

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 239: (Moreira Alves, *A responsabilidade extracontratual e seu fundamento: culpa e nexa de causalidade*, Est. Oscar Corrêa, n. 5, p. 200)

absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

Donde o exercer regularmente um direito “é utilizá-lo sem invadir a esfera do direito de outrem. É não prejudicar o direito de outrem, independentemente de causar dano. Só exerce regularmente seu direito aquele que não prejudicar direito de outrem”⁴⁷. O que remete à compreensão de que “a prática de um ato de necessidade que exceda os limites necessários à remoção do perigo, [leva] aquele que praticou o ato [a responder] pelo excesso”⁴⁸.

De outra mão, o abuso viola a finalidade do direito, seu espírito, o que se afere objetivamente, independente de dolo ou culpa⁴⁹.

Entorno legal e jurídico do qual se pode indagar: a responsabilidade do profissional de medicina, em algum “momento”, pode ser inquirida sob o aspecto da objetividade? Seja na circunstância em que o ato é praticado por uma equipe médica, seja na circunstância em que o ato contrarie instruções explícitas do paciente?

3. Relação médico-paciente: paternalismo e autonomia

O profissional de saúde, em especial o médico, ao longo do tempo foi visto pelas famílias, não só como um cuidador, como também na esteira do sentimento do "*pater potestas*"⁵⁰, com poder suficiente sobre a vida e a morte do doente/paciente. Seus serviços raramente eram questionados, de tal modo que

na passagem do século XIX para o século XX o médico era visto como profissional cujo título garantia a onisciência - médico da família, amigo e conselheiro - figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços e, menos ainda, a litigância sobre eles (cf. Ruy Rosado de Aguiar Jr., art. cit., p.33). O ato médico se resumia na relação entre uma confiança (a do cliente [paciente]) e

⁴⁷ NERY JUNIOR, N. e NERY, R. M. de A. **Código civil comentado**, p. 258.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid., p. 155: (Alvino Lima, Culpa e risco, 2ª Ed., n. 48, p. 252; Alvino Lima, RF 166/25; **Jornada STJ 37**); “A *ilicitude* do ato cometido com abuso de direito é de natureza *objetiva*, aferível independentemente de dolo ou culpa.. “A concepção adotada de abuso de direito é a objectiva. Não é necessário a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, bons costumes ou pelo fim social econômico do direito: basta que se excedam seu limites”.” Pires de Lima-Antunes Varela, *CC Anot.*, v. I, coment. 1 CC português 334, p. 298).

⁵⁰ ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. Facts. matter. **Patria potestas**, (Latin: “power of a father”), in Roman family law, power that the male head of a family exercised over his children and his more remote descendants in the male line, whatever their age, as well as over those brought into the family by adoption. This power meant originally not only that he had control over the persons of his children, amounting even to a right to inflict capital punishment, but that he alone had any rights in private law. Thus, acquisitions of a child became the property of the father. Disponível em: <<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/446579/patria-potestas>> Acesso em: 19 mar 2013. **PATRIA POTESTAS**, Civil law. Paternal power; (q.v.) the authority which is lawfully exercised by the father over his children. A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States. By John Bouvier. Published 1856.

De tal modo que a relação entre médico e paciente era uma de confiança, uma relação de ascendência na qual se exacerbava a hipossuficiência do doente. Por óbvio, um ‘ignorante’ em matéria de saúde não tinha condições de discutir sobre a validade e a legitimidade do ato médico. Ou, dito de outro modo, ao paciente não cabia discutir a perícia, o cuidado e a prudência do profissional de saúde.

Atualmente essas relações se massificaram e, por conseguinte, transmudaram. Os profissionais de saúde se especializaram, os planos de saúde interviam na relação médico-paciente e este adquiriu um maior “poder” frente aos seus direitos fundamentais, em especial em função da sua autonomia e autodeterminação^{52, 53}.

Quanto as individualizações e especializações decorrentes dos vários ramos da medicina, o britânico Bernard Shaw dizia que “o especialista sabe cada vez mais sobre menos, até saber tudo sobre nada, enquanto o generalista sabe cada vez menos sobre mais, até saber nada sobre tudo”⁵⁴.

Percebe-se que a relação paternal, antes predominante, foi substituída por relação de natureza consumerista de tal modo que, sobre o tratamento médico-cirúrgico dispensado aos pacientes na contemporaneidade,

o automatismo no atendimento aos pacientes e a imposição do sistema público de saúde ou das grandes e modernas clínicas e hospitais particulares, conveniados ou credenciados por planos de saúde, nos quais a dinâmica de atendimento, com horários fixos de plantão e rígida repartição de tempo nos atendimentos, impuseram partilhamento na atenção aos pacientes e conduziram ao absurdo de o médico já não mais saber quem está atendendo e sequer o seu nome⁵⁵.

⁵¹ STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**, pp. 551-552.

⁵² Quanto a autonomia do paciente [ou do ser humano], a Lei nº 11.343, 23.08.06, que entre outros dispositivos “*prescreve medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas*,” o art. 4º, inc. I, menciona que um dos princípios que regem o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, é “*o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto a sua autonomia e sua liberdade*”. O art. 19 assenta que “*as atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes: III – o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas*”. Finalmente, o art. 22, “*as atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares, devem observar os seguintes princípios e diretrizes: I – respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana*”. (grifo acrescentado). In: CAMARGO, José A. **Os direitos da personalidade na perspectiva da vontade de homens e mulheres**. A Manipulação das Mentes e Corações no Mundo Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2011, p. 246.

⁵³ **Let's have a break**. Science. The specialist learns more and more about less and less until, finally, he knows everything about nothing; whereas the generalist learns less and less about more and more until, finally, he knows nothing about everything. Disponível em: <<http://www.pfmodels.org/haveabreak.html>> Acesso em: 22 mar 2013.

⁵⁴ STOCO, R.. **Tratado de responsabilidade civil**, p.. 552.

⁵⁵ Ibid.

Denota-se esta situação da própria declaração de médicos, como o seguinte exemplo: “quando indagado, como ocorreu recentemente em reportagem de televisão, certo profissional médico não se lembrou de um nome sequer de seus pacientes e ainda indagou, *verbis*: Porque eu deveria lembrar dos nomes dos meus pacientes”⁵⁶.

Tendo em vista o Código de Ética Médica em vigor, torna-se a contraditória a declaração do médico citada acima, pois está expresso no art. 23 deste diploma que: “É vedado ao médico: **Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto**”⁵⁷.

Diante do que o profissional relatou, demonstra-se sua desídia e falta de interesse a individualidade de cada paciente, tornando-se este como uma mercadoria, ou seja, mais um. O que fere de morte o princípio de que “o ser humano tem que se tratado integralmente, na sua totalidade como pessoa ímpar, única” como “fim” e não como “meio”.

Pelo que prediz, ainda, o Código de Ética Médica⁵⁸, na seara dos princípios a serem seguidos por estes profissionais, no Capítulo I – Princípios fundamentais, inciso II que: “o alvo de toda a atenção do médico é **a saúde do ser humano**, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”⁵⁹. Preceito que se encontra submetido ao do inc. I – “**A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza**”.

Conhecer os problemas ‘existenciais’, suas aflições, e, em especial, seu nome, é primordial para que se demonstre zelo na relação médico-paciente, e daí, então, observar que a capacidade profissional existe. Não identificar alguém pelo seu nome pessoal é retirar-lhe a dignidade que se expressa pelo lugar que ocupa no ‘mundo da vida’, direito fundamental personalíssimo.

Em consonância com este ambiente axiológico e doutrinário, observa-se que

a consequência disso [ignorar o profissional de saúde até mesmo o nome de seu paciente] foi o excessivo número de ações de responsabilidade civil, ações essas que se proliferaram no mundo todo, especialmente nos Estados Unidos da América, onde, em 1970, um quarto dos médicos respondia a ações de reparação de dano (cf. Wanderby Lacerda Panasco. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984)⁶⁰.

⁵⁶ STOCO, R.. **Tratado de responsabilidade civil**, p.. 552.

⁵⁷ Disponível em http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_1.asp. Acesso em: 17 mar 2013.

⁵⁸ CREMESP CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA**. Código de Processo Ético-Profissional. Conselhos de Medicina. Direitos dos Pacientes. Resolução CFM nº 1.531, de 17 de setembro de 2009, p. 10.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**, p. 552.

Do que se deflui que “o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, dever esse consubstanciado em um código que dita o seu comportamento moral e ético, ao qual deve respeito e obrigação”⁶¹. Termos nos quais os profissionais de saúde, em especial os da medicina, devem buscar “o melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade”⁶².

Além disso, o médico deve sanar todas as dúvidas do paciente com relação a sua doença, medicamentos, riscos quanto ao tratamento, passando todas as informações pertinentes a cada caso, tendo também, dependendo da situação, de informar os familiares do mesmo.

No que concerne ao **dever de informação**

lembrou Catherine Paley Vincent que o fundamento jurídico da obrigação de informar encontra-se no direito da pessoa de dispor de seu próprio corpo, enfatizando que as normas jurídicas de alto nível, como a Declaração dos Direitos do Homem e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem reconhecem este direito d pessoa sobre o próprio corpo, acrescentando, *in verbis*, “*Pour protéger ce droit fondamental, tribunaux et législateurs ont imaginé des garanties. L'une de ces garanties est incostentablement le droit reconnu au patient de consentir l'acte medical. C'est ce qu'on appelle le consentement éclairé*”⁶³ (*Responsabilité du Médecin. Paris: Masson, 2002, p.56*)⁶⁴.

O dever de informação está previsto também no Código de Defesa do Consumidor, quando da prestação de serviços, termos nos quais

o dever de informar, previsto no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, está ligado ao princípio da transparência e obriga o fornecedor a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço. Esse princípio é detalhado no art. 31, que enfatiza a necessidade de serem fornecidas informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre os serviços, “bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”⁶⁵.

⁶¹ STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**, p. 552.

⁶² CREMESP CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA**, p. 7.

⁶³ “Para proteger este direito fundamental, os tribunais e os legisladores criaram salvaguardas. Uma dessas garantias é reconhecida incostentavelmente ao o paciente direito de consentir em ato médico. Isto é chamado de **consentimento esclarecido**.” Tradução livre.

⁶⁴ STOCO, R.. *Op. cit.*, p. 553.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume IV: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 241.

Não se pode esquecer que "cada palavra dita por um médico ao seu paciente é um veredicto. Assim, como o escritor, ele deve avaliar cada palavra e saber usá-la com extremo rigor" ⁶⁶.

A informação ao paciente deve ser exaustiva, bem como ser realizado com termos facilmente identificados pelo leigo, mas suficientemente claros para satisfação de seu fim.

É o que determina o Código de Ética Médica⁶⁷ em seu art. 46, pelo qual, ao médico é vedado efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal.

Ressalta-se, que tal consentimento deverá ser precedido de todas as informações e esclarecimentos pertinentes, para que o paciente decida livremente sobre a execução de práticas terapêuticas ou diagnósticas, conforme determina o art. 56 do mesmo Código.

Dessa forma, evidenciam-se claramente as consequências que poderão advir da falta de informação ao paciente vulnerável – hipossuficiente:

Ora, a falta de informação acerca das consequências do tratamento ou da intervenção cirúrgica poderá conduzir a realização do procedimento, com o surgimento de sequelas ou incômodos e outras intercorrências que poderiam não ser assumidas pelo paciente se tivesse a informação prévia e adequada. Não se deslembre também que a concausa também tem relevância para o estabelecimento do nexo causal. É a hipótese, por exemplo, da insuficiência de informação por parte do cirurgião acerca da extensa cicatriz que restará de cirurgia de natureza estética para esconder os músculos de sustentação do tecido da face [...]. E se tal ocorrer por falta de informação prévia e adequada, o resultado deve ser considerado insatisfatório e danoso, a ensejar reparação tanto do dano material como moral ⁶⁸.

Assim, o profissional está obrigado a usar de toda diligência quando no tratamento do paciente, ou seja, deve utilizar-se tão somente de tratamentos que são comprovadamente eficazes, e nunca se esquecer do dever de informação, tendo em vista, o direito de liberdade do paciente, sua autonomia e autodeterminação em submeter-se a quaisquer procedimentos terapêuticos-cirúrgicos.

Há que se considerar ainda, que o retardamento nos cuidados ou a falta destes, ou cuidados equivocados, desde que comprovado o dano, importa também em responsabilidade pela perda de uma chance ⁶⁹. Responsabilidade que consiste na interrupção de um processo

⁶⁶ STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**, p. 553: (cf. Moacyr Scliar, médico sanitário e escritor)

⁶⁷ Disponível em http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_1.asp. Acesso em 17 de março de 2013.

⁶⁸ STOCO, R. *Op. cit.*, p. 553

⁶⁹ BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.254.141-PR**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PARA A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OCACIONADA POR ERRO MÉDICO. “A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha

que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter algo benéfico à sua saúde, cuja oportunidade foi perdida. Não se trata tão somente da interrupção de um processo terapêutico já iniciado como também o seu não início, *i.e.*, o médico se omite, por motivos ‘indesculpáveis’, de tomar ou iniciar as providências médicas necessárias ao restabelecimento da saúde psicossomática do paciente. Ou, à luz da orientação jurisprudencial do STJ, “a perda de uma chance”,

em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si – desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo – é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável.

Por fim, o dever de informar e esclarecer, que guarda estreita relação com a perda da chance⁷⁰ se conecta umbilicalmente à autonomia e à autodeterminação do paciente, direitos fundamentais constitucionais da personalidade, pelos quais a atividade médica “em respeito

reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência denexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexocausal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si – desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo – é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexocausal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente.”

⁷⁰ ARGENTINA. Case of Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal August 10, 1999. **RESPONSABILIDAD CIVIL. MALA PRAXIS MEDICA. HISTORIA CLÍNICA. "TACHADURAS". INFLUENCIA EN LA EVOLUCIÓN DEL PACIENTE.** AFIRMA LA ACTORA QUE EL JUEZ DEBIO HABERSE REFERIDO A LAS "TACHADURAS" QUE PRESENTA LA HISTORIA CLÍNICA LEVANTADA EN EL SANATORIO, MAS PRESCINDE DE SEÑALAR CONCRETAMENTE CUALES HABRIAN SIDO LAS INSCRIPCIONES ASI SUPRIMIDAS QUE DENOMINA "INCRIMINANTES" Y TAMBIEN LA INFLUENCIA DE ELLAS EN LA SUERTE DEL LITIGIO, DESCUIDO QUE DESCALIFICA SU QUEJA. Y ES QUE, COMO EXPRESA EL PERITO TRAUMATOLOGO DESIGNADO DE OFICIO EN AUTOS, "LO QUE RESULTA SIGNIFICATIVO NO ES EL CUMPLIMIENTO O NO DE DETERMINADAS REGLAS DEL ARTE MÉDICO (EN EL CASO OMISIONES O DESPROLIJIDADES EN LA HISTORIA CLÍNICA) SINO SI ELLO PUDO O NO TENER GRAVITACIÓN EN EL DESENLACE DE SU EVOLUCION" (CONF. ESTA SALA, CAUSA 25.340/95 DEL 6.11.96). MARIANI DE VIDAL - VOCOS CONES LUPO, TERESA ENEIDA C/ INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS S/ RESPONSABILIDAD MEDICA. CAUSA N° 7487/92. 10/08/99 .-CÁMARA CIVCOMFED: Sala 2 - Ficha Nro.: 7521. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona39/39Soto2.htm>> e em: <<http://ar.vlex.com/tags/tachaduras-2486644>> Acesso em: 22 mar 2013.

pelo ser humano atuará sempre em seu benefício. Jamais poderá o médico utilizar seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir a acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”⁷¹.

4. Erro médico

Preliminarmente, tem-se que a Real Academia Espanhola⁷² define a responsabilidade e a obrigação de satisfazer ou reparar, por si [subjativa] ou por outros [objetiva], a consequência de um delito, falha ou causa legal diferente. Dado como premissa a referida definição e para ser mais rigoroso que tal concepção de responsabilidade merece, pode-se dizer que assumir a responsabilidade é o efeito jurídico de conduta imprópria, causando um prejuízo extrapatrimonial ou patrimonial, economicamente apreciável e significativa para a vítima, com a conseqüente obrigação do autor de compensar tais danos⁷³.

Adicionalmente ressalte-se que

ocorrerá uma *má práctica* [mala práxis] médica na área de saúde quando se provoque um dano ao corpo ou na saúde da pessoa humana, seja este dano parcial ou total, limitado no tempo ou permanente, como consequência de uma ação profissional realizada com imprudência ou negligência, imperícia em sua profissão da arte de curar ou por inobservância dos regulamentos ou deveres a seu cargo, afastando-se da normativa legal aplicável⁷⁴.

⁷¹ STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**, p. 553.

⁷² Real Academia Española. Diccionario de la lengua española – Vigésima segunda edición **Responsabilidad**. **1.** f. Cualidad de responsable. **2.** f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. **3.** f. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado. **4.** f. *Der.* Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente. ~ **subsidiaria**. **1.** f. *Der.* **responsabilidad** que entra en juego en defecto de la directa y principal de otra persona. Disponível em: < <http://lema.rae.es/drae/>> Acesso em: 22 mar 2013.

⁷³ RUIZ, Wilson. **La responsabilidad médica en Colombia**. “El diccionario de la Real Academia Española define la responsabilidad como la obligación de reparar o satisfacer, por sí o por otro, como consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. Teniendo en cuenta como premisa la definición antes señalada y para ser más exactos con el rigor jurídico que el concepto de responsabilidad merece, podemos decir que la responsabilidad es la asunción de los efectos jurídicos por una conducta impropia, que causa un detrimento patrimonial o extrapatrimonial pero económicamente apreciable a la víctima o sujeto pasivo de dicha alteración, con la conseqüente obligación del victimario de resarcir tales perjuicios.” Tradução livre. Disponível em: < http://www.puj.edu.co/banners/LA_RESPONSABILIDAD.pdf> Acesso em: 22 mar 2013.

⁷⁴ IRAOLA, Lidia Nora y ZALDIVAR, Hernán Gutiérrez. **Apuntes sobre la responsabilidad médica legal y la mala praxis**. “Existirá mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.” Tradução livre. Disponível em: < <http://geosalud.com/malpraxis/malapraxis.htm>> Acesso em: 22 mar 2013.

Não é algo novo no campo da medicina, ou na relação médico-paciente, a responsabilidade pelo erro médico. Nesse respeito chama atenção o **Code of Hammurabi**⁷⁵ que no “Art. 218” e seguintes, determinava: “que suas mãos fosse cortadas” caso causasse a morte de um patrício ou o lesionasse gravemente. No caso de escravo “o cirurgião reporia o escravo ‘lesado’ ou ‘morto’”⁷⁶.

O Juramento de Hipócrates⁷⁷, realizado pelo profissional de medicina na ocasião de sua formatura, realça sua responsabilidade nos seguintes termos:

Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, a ninguém darei por prazer, nem remédio mortal, nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo, não darei a nenhuma mulher uma substancia abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte.

Como contrassenso do dito acima, está o erro médico, ou seja,

a situação quando o profissional se mostra imperito e desconhecedor da arte médica, ou demonstra falta de diligência ou de prudência em relação ao que se podia esperar de um bom profissional. Neste caso, exsurge a responsabilidade civil decorrente da violação consciente de um dever ou de uma falta objetiva do dever de cuidado, impondo ao médico a obrigação de reparar o dano causado⁷⁸.

A atividade terapêutico-cirúrgica-cirúrgica deve ser realizada com maior rigor nos dias atuais, devido o avanço tecnológico, e, tendo em vista que estão à disposição dos profissionais da medicina uma enorme quantidade de exames e procedimentos que possibilitam alcançar um diagnóstico cada vez mais preciso sobre o estado de saúde do paciente.. É o que observa o comentário que argumenta:

Diante do avanço médico-tecnológico de hoje, que permite o médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal, e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócua e teve a sua situação agravada, principalmente se se verificar que deveriam e poderiam ter

⁷⁵ Source: Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters, by C. H. W. Johns, in 1904, one of a series called the Library of Ancient Inscriptions, from a facsimile produced by The Legal Classics Library, Division of Gryphon Editions, New York in 1987: “218. If a surgeon has operated with the bronze lancet on a patrician for a serious injury, and has caused his death, or has removed a cataract for a patrician, with the bronze lancet, and has made him lose his eye, his hands shall be cut off. 219. If the surgeon has treated a serious injury of a plebeian's slave, with the bronze lancet, and has caused his death, he shall render slave for slave. 220. If he has removed a cataract with the bronze lancet, and made the slave lose his eye, he shall pay half his value. 221. If a surgeon has cured the limb of a patrician, or has doctored a diseased bowel, the patient shall pay five shekels of silver to the surgeon.”

⁷⁶ HARMANN, Claude and JOHNS, Walter. **Babylonian and Assyrian Laws**, Contracts and Letters. Union, New Jersey (USA): The Lawbook Exchange Ltd., 1904, p. 63. Tradução livre.

⁷⁷ Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento_de_Hip%C3%B3crates. Acesso em: 18 mar 2013.

⁷⁸ GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**, p. 244.

submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso⁷⁹.

Além do que se aplica à relação médico paciente o princípio da boa-fé, tanto objetiva como subjetiva, eis que se trata de uma relação contratual, ainda que não de resultados, em princípio⁸⁰. A não observância do princípio da boa-fé gerará responsabilidade, conforme entendimento do STJ:

Um dos princípios fundamentais do direito privado é o da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais. No entanto, a boa-fé não se esgota nesse campo do direito, ecoando por todo o ordenamento jurídico. “Reconhecer a boa-fé não é tarefa fácil”, resume o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Humberto Martins. “Para concluir se o sujeito estava ou não de boa-fé, torna-se necessário analisar se o seu comportamento foi leal, ético, ou se havia justificativa amparada no direito”, completa o magistrado. Mesmo antes de constar expressamente na legislação brasileira, o princípio da boa-fé objetiva já vinha sendo utilizado amplamente pela jurisprudência, inclusive do STJ, para solução de casos em diversos ramos do direito⁸¹.

Inclusive, esta situação pode ser analisada sob o ponto de vista da política jurídica, ou seja, a mudança dos anseios sociais fez com que a norma positivada se ajustasse à necessidade do caso em concreto. Dito de outro modo, os avanços da ciência médica, tanto quanto a anamnese⁸², prognóstico, diagnóstico e recursos instrumentais e tecnológicos, em geral, conduzem, cada vez mais, a relação médico paciente a uma relação de resultados e não de meios, embora este seja o viés jurídico-legal predominante.

“Na obrigação de meios o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado”⁸³. O que, em princípio, não se sustenta, uma vez que os meios aplicados ou utilizados pelo profissional de medicina estão conectados ao objetivo (resultado) que se pretende alcançar em face de integridade psicossomática do

⁷⁹ . GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**, p. 244.

⁸⁰ “A chamada “teoria do resultado” aplica-se apenas à responsabilidade contratual, significando que nas obrigações de meio o profissional tem a obrigação de proporcionar o melhor tratamento e fazer uso dos meios adequados e técnicas aceitáveis. Responderá mediante demonstração de sua culpa se não tiver atuado adequadamente. Na obrigação de resultado, em que promete uma modificação para melhor no paciente e um efeito final, responderá também subjetivamente, mas sua culpa será presumida.” *In*: STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**, p. 556.

⁸¹ BRASIL. STJ. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/> Acesso em: 18 mar 2013.

⁸² ESCOLA PAULISTA DE MEDICINA. Disciplina de Clínica Médica. **Anamnese e Relação médico-paciente**. Conceito “A anamnese (do grego *anamnesis* significa recordação) consiste na história clínica do paciente, ou seja, é o conjunto de informações obtidas pelo médico por meio de entrevista previamente esquematizada.” Disponível em: <http://www.unifesp.br/dmed/climed/liga/cursos/xiiilacm/RMP_XIII.pdf> Acesso em: 21 mar 2013. .

⁸³ STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**, p.556.

paciente que se espera restabelecer. Ou seja, um profissional liberal, em geral, é conhecido, reconhecido e reputado pelo sucesso que alcança em função das necessidades de seu cliente e não porque tão somente empregou os meios adequados. Por absurdo, nem profissional, em especial o de saúde, alcançaria reputação sem o sucesso de suas intervenções.

Devido a inúmeros casos de erro médico, há de se considerar a política jurídica como forma de equilibrar a relação entre o consumidor e o fornecedor de serviços. Lembrando que a política jurídica influencia diretamente na construção do Estado Constitucional porque permite romper dogmas inerentes ao positivismo jurídico, autorizando a separação de conceitos rígidos e herméticos⁸⁴ dotando-os de uma capilaridade sistêmica e de uma adaptabilidade que permite a sua aplicação sob um aspecto dinâmico ou correlativo.

Neste sentido, descreve renomado autor leciona que

o Direito necessita da Política para renovar-se continuamente na fonte das mediações, e esta necessita daquele para objetivar em realidades e em valores a sua atividade quase sempre dispersiva e pragmática, ou seja, objetivá-la em sistemas de princípios e normas, formal e materialmente válidos. Assim, "o bem comum", expressão que se usa geralmente com forte apelo retórico, para representar um objetivo coincidente da Política e do Direito, poderá significar algo conseqüente, como sendo mais justas relações econômicas e alcance de ambiente social tolerante, ético e estimulador de práticas solidárias⁸⁵.

Frisa ainda que "Política Jurídica, considerado seu comprometimento com o Justo, o Ético, o Legítimo e o Necessário (útil), cumpriria observar as tendências indesejáveis e propor as correções adequadas para mudanças de rumo"⁸⁶.

Em se tratando do normativismo de Kelsen,

embora os homens divirjam quanto aos gostos, necessidades e interesses individuais, há também necessidades e interesses comuns em uma sociedade. Assim, a medida da criação cultural depende dos juízos de valor que a comunidade dê às necessidades manifestas, privilegiando algumas delas sobre outras, valorando-as enfim. isso é real, é humano, faz parte do nosso cotidiano querer, é essência de vida, é impulso natural de nosso agir. Subestimar tudo isso, toda essa verdade humana no ato da criação do direito e no estudo do que possa produzir a norma jurídica, é esquecer que o direito não disciplina "coisas", mas "interações humanas". Afinal de contas, o direito não se realiza interna e formalmente na própria norma, mas sim quando aplicado aos fatos da vida social⁸⁷.

⁸⁴ Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21007/a-importancia-da-politica-juridica-no-estado-constitucional#ixzz2Nq5WfYhk>> Acesso em 17 mar 2013.

⁸⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 21.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid., pp. 30-31.

Desse modo, em se tratando de erro médico com perigo a vida e integridade física das pessoas, é que o Direito deve não só analisar a norma positivada, mas adequar com a modernidade o fato, tendo em vista que, como abordado acima, os médicos atualmente contam com um grande número de exames para comprovação de diagnóstico, bem como informações sobre os riscos procedimentais.

Tendo como base o juramento realizado, bem como o Código de Ética Médica, o profissional da área não poderia colocar em risco a saúde do paciente, conforme descreve o art. 1º do referido diploma, o qual prevê que: É vedado ao médico: art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

O que, embora seja este o ‘pensamento’ estratificado na jurisprudência e na doutrina, não se deve deixar de levar em conta certos aspectos da relação médico-paciente, em especial a hipossuficiência do doente e a sua concordância ou com os atos médicos praticados ou não.

Nesse sentido, referência histórica expressiva é o caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital*⁸⁸. Considerado um marco da doutrina da autonomia do paciente, esse caso envolvia um pedido de indenização em face de médico que, sem o consentimento da paciente, procedeu a uma cirurgia de retirada de um tumor abdominal. O pedido foi julgado procedente sob o fundamento não apenas da integridade física do paciente, mas também de seu direito à autodeterminação. Para Manuel Durán, “a decisão do Tribunal de Apelação de Nova York no caso *Schloendorff* (1914) marca do começo da doutrina segundo a qual a mera intervenção de um médico sem o consentimento do paciente supõe uma agressão (*assault*), pela qual se podem reclamar legalmente danos (...)” (Manuel Carrasco Durán, Aborto, eutanásia, recusa a tratamento médico e reprodução assistida: Interpretação constitucional e biodireito, *Jurisprudência Catarinense* 114:34, 2007). Nos termos da decisão: “Todo ser humano de idade adulta e mente sã tem o direito de determinar o que será feito com seu próprio corpo; e o cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento do seu paciente comete uma lesão [assault], por cujos danos pode ser responsabilizado”⁸⁹.

⁸⁸ *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914), was a decision issued by the New York Court of Appeals in 1914 which established principles of informed consent and respondeat superior in United States law.

⁸⁹ Luís Roberto Barroso. Parecer, Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010. **LEGITIMIDADE DA RECUSA DE TRANSFUSÃO DE SANGUE POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ**. DIGNIDADE HUMANA, LIBERDADE RELIGIOSA E ESCOLHAS EXISTENCIAIS, Trabalho desenvolvido com a colaboração de pesquisadores do Instituto Ideias, notadamente o doutorando Eduardo Mendonça e o mestrando Thiago Magalhães Pires. Agradeço a ambos pela contribuição valiosa. Sou grato, igualmente, à Professora Ana Paula de Barcellos, pela leitura atenta e sugestões importantes. O texto se beneficia, muito intensamente, de minha interlocução com Letícia de Campos Velho Martel, de quem fui orientador de doutorado, bem como da pesquisa e das ideias materializadas em sua tese *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*, mimeografado, 2010, defendida no

Termos nos quais a questão foi decidida em favor da paciente, Sra. Schloendorff, não em função dos meios empregados, mas em função do resultado, ou seja, a retirada de um tumor abdominal que não havia autorizado. Houve não negligência, imperícia ou imprudência (ou culpa) do profissional de medicina, mas o ‘rompimento’ do princípio da boa-fé, objetiva e subjetiva, em detrimento de sua autonomia e de sua vontade.

Uma responsabilidade, no caso em comento, cujos contornos correspondem ao da responsabilidade objetiva penalizando-se o hospital pela reparação do dano decorrente do não cumprimento dos termos do contrato firmado com entre o médico e a paciente.

Outros aspectos relacionados com os danos e prejuízos inerentes a responsabilidade contratual concentram-se nas sociedades de medicina. A jurisprudência comparada tem estendido a responsabilidade aos sócios nos seguintes termos: “quando uma série de elementos de prova exteriorizados na causam põem em evidência ou manifestam uma atuação promíscua dos acionistas da sociedade de responsabilidade limitada”⁹⁰.

Há que se levar em conta, ainda, a responsabilidade objetiva naqueles casos nos quais os erros decorrem dos atos médicos praticados pela “equipe médica” em que, dada a hipossuficiência do paciente, além da inversão do ônus da prova,

atualmente, o mais aceito em relação à obrigação de reparação por atos praticados contra terceiros, é a obrigação de proteção e segurança [garantia], através do qual se procura proporcionar ao paciente (o que significa obrigação excepcionalmente resultados, e também de fim determinado), um mínimo de segurança [garantia]

âmbito do Programa de Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e aprovada com nota máxima. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf> Acesso em: 21 mar 2013.

⁹⁰ Case of Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, August 15, 2006 (case Recurso de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial n° AFE7 del 15 de Agosto de 2006.). Summary. DAÑOS Y PERJUICIOS: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. SOCIEDADES. MEDICINA PREPAGA. EXTENSION DE RESPONSABILIDAD A LOS SOCIOS. CONFUSION. 3.11. EN EL CASO EN QUE SE DEMANDA LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL DEFECTUOSO CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EMERGENTES DE UN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS MEDICOS NO SOLO DEBE CONDENARSE A LA COMPAÑIA DE MEDICINA PREPAGA, SINO TAMBIEN EXTENDER LA RESPONSABILIDAD A LOS SOCIOS ADMINISTRADORES (LEY 19550: 54-2° PARR.) CUANDO UNA SERIE DE ELEMENTOS DE JUICIO EXTERIORIZADOS EN LA CAUSA PONEN DE MANIFIESTO UNA ACTUACION PROMISCUA DE LOS DOS UNICOS ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DEMANDADA, QUE EN LOS HECHOS BORRARON LA DIFERENCIACION ENTRE EL SUJETO IDEAL Y LOS SOCIOS. EN TAL CASO, NO PARECE ILOGICO QUE SE DEMANDE A LOS SOCIOS INDIVIDUALMENTE CUANDO SE HA PRODUCIDO UNA "CONFUSION" POR ELLOS MISMOS GENERADA (SALA B, 17.6.03, EN "ALARCON, MIGUEL ANGEL C/ DISTRIBUIDORA JUAREZ SRL Y OTROS S/ DESP."). (EN EL CASO, DE LA PRUEBA PERICIAL SURGEN IRREGULARIDADES EN LA CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD DEMANDADA, ADVIRTIENDOSE ENMIENDAS, RASPADURAS Y TACHADURAS EN SUS REGISTROS CONTABLES; ASI TAMBIEN LA FALTA DE LIBRO DIARIO Y DE INVENTARIO, FACTURAS NO REGISTRADAS EN LOS LIBROS; LA AUSENCIA DE BIENES REGISTRABLES, DE TITULOS VALORES Y DE PARTICIPACIONES SOCIETARIAS, ENTRE OTRAS FALENCIAS. MONTI - CAVIGLIONE FRAGA. AFE7 PARDINI, FABIAN C/ COMPAÑIA FREDEL S/ ORD. 15/08/06. CAMARA COMERCIAL: C. LEY 19550: 54. Disponível em: <<http://ar.vlex.com/tags/tachaduras-2486644>> Acesso em: 22 mar 2013.

quanto aos profissionais que trabalham em uma instituição (pública ou privada), e aos meios adequados e necessários ao fim perseguido ou pretendido, que é a conseguir a preservação da saúde [do paciente]. pelo menos em termos de profissionais de segurança em uma instituição (pública ou privada) e os elementos de trabalho adequado e necessário para a finalidade pretendida, que é a preservação da saúde podem ser conseguidos.⁹¹

Ainda que o Código de Defesa do Consumidor disponha no Art. 14, § 4º, que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”, é oportuno lembrar que se trata de “uma exceção ao princípio da objetivação por danos”⁹² motivado pela “natureza *intuitu personae* [literalmente, motivos pessoais] dos serviços prestados por profissionais liberais. De fato, os médicos e advogados, [...], são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes”⁹³.

O dispositivo, no entanto, não eliminou a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova pelo que cabe, ao profissional, provar que não laborou com imperícia, imprudência ou negligência⁹⁴.

Sentido no qual

no caso de equipes médicas formadas para a realização de uma determinada intervenção cirúrgica, o cirurgião chefe, que realiza o procedimento principal, responde pelos atos de todos os participantes por eles escolhidos e subordinados a ele, independentemente da especialização, nos termos do art. 1521, III, do CC/1916 e art. 932, III, do CC/2002 c/c os arts. 25, § 1º, e 34 do CDC⁹⁵.

Do que se pode inferir que, embora na responsabilidade do profissional de medicina prepondere a subjetividade, há casos nos quais tal adquire contornos de objetividade, em especial no caso de equipes médicas, como assentou o STJ. Além do que, a inversão do ônus da prova atribui contornos objetivos à relação contratual médico-paciente.

5. Considerações finais

⁹¹ RUIZ, W. **La responsabilidad médica en Colombia**. “Actualmente, el elemento más aceptado en relación con la obligación de reparación por el hecho de terceros es la obligación de seguridad y garantía, a través de la cual se busca que se le brinde al paciente (cual obligación de medios, excepcionalmente de resultados, y también de fin determinado), un mínimo de seguridad en cuanto a los profesionales que en una institución (pública o privada) trabajen y a los elementos adecuados y necesarios para que el fin buscado, cuál es el de la preservación de la salud, pueda ser logrado.” Disponível em: <http://www.puj.edu.co/banners/LA_RESPONSABILIDAD.pdf> Acesso em: 22 mar 2013.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Comentados pels autores do anteprojeto. 6. ed. 1. reimp. Revista atualizada e ampliada até julho de 1999. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p 172.

⁹³ GRINOVER, A. P ... [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Ibid., p. 173.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0408. Período: 21 a 25 de setembro de 2009. Quarta Turma. **Erro médico. Responsabilidade solidária**.

A responsabilidade decorrente do erro médico inescusável ou injustificável tem sido tratada, ao longo do tempo ou ao longo da história humana, do ponto de vista subjetivo, o que é próprio da atividade liberal.

Frequentemente o profissional de saúde se frente ao dilema de optar por uma ou mais soluções o que pode conduzir à escolha daquela que menos se adéqua às condições de saúde do paciente o que implica na sua responsabilização pelos danos consequentes.

Há casos nos quais a responsabilidade adquire contornos objetivos, além daqueles relacionados à sociedades médicas, o que se deflui também pela inversão do ônus da prova. Além do que, é patente a hipossuficiência da esmagadora maioria dos pacientes, não só em sentido econômico, por óbvio, mas também em sentidos morais, emocionais, físicos e científicos pelo que não se pode deduzir que tenha ou possua os requisitos necessários para ‘enfrentar’, subjetivamente, uma corporação tão poderosa como os Conselhos de Medicina, mormente num país periférico como nosso.

Além daquela responsabilidade inerente ao chefe da equipe médica – solidária e objetiva – ainda que predomine o dano relacionado a prática do ato médico (nexo de causalidade), há que se presumir, sempre que ocorrer uma lesão e ainda mais a morte de um paciente em condições ‘suspeitas’, a responsabilidade do profissional (ou dos profissionais) de saúde, a quem cabe provar que laboraram segundo as práticas médicas predominantes no espírito do princípio fundamental correspondente ao item V do CEM: “Compete ao médico aprimorar continuamente seu conhecimento e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente”, o que se coloca na dimensão objetiva.

Há que ser aplicado, é o que apresenta do que se expõe, ainda o Enunciado nº 24, na I Jornada de Direito Civil que estatui: “Art. 422. Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos [por conseguinte, também aqueles delineados no CEM], constitui inadimplemento independentemente de culpa”. Ao qual se junta o Enunciado nº 27: “A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como comportamento leal dos contratantes”.

Neste respeito, a política jurídica realiza um papel preponderante relacionado com a adequação da norma à realidade, ainda que tal se dê na orientação jurisprudencial oriunda da interpretação dos tribunais.

6. Referências bibliográficas

A LAW DICTIONARY. Adapted to the Constitution and Laws of the United States. By John Bouvier. Published 1856.

ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Sala 1. **RESPONSABILIDAD CIVIL. De los médicos y de los nosocomios. Mala praxis. Omisión de las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación.** Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona39/39Soto2.htm>>

_____. Case of Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal August 10, 1999. **RESPONSABILIDAD CIVIL. MALA PRAXIS MEDICA. HISTORIA CLÍNICA. "TACHADURAS". INFLUENCIA EN LA EVOLUCIÓN DEL PACIENTE.** Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona39/39Soto2.htm>> e em: <<http://ar.vlex.com/tags/tachaduras-2486644>>

_____. Case of Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, August 15, 2006 (case Recurso de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial nº AFE7 del 15 de Agosto de 2006.) **DAÑOS Y PERJUICIOS: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. SOCIEDADES. MEDICINA PREPAGA. EXTENSION DE RESPONSABILIDAD A LOS SOCIOS. CONFUSION.** Disponível em: <<http://ar.vlex.com/tags/tachaduras-2486644>>

BARROSO, Luís Roberto Parecer, Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010. **LEGITIMIDADE DA RECUSA DE TRANSFUÇÃO DE SANGUE POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ.** Dignidade humana. Liberdade religiosa e escolhas existenciais. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova>

BIBLIOTECA ON LINE da Torre de Vigia. <<http://wol.jw.org/pt/wol/h/r5/lp-t>>

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>

_____. Informativo nº 0408. Período: 21 a 25 de setembro de 2009. Quarta Turma. **Erro médico. Responsabilidade solidária.**

_____. **REsp 1.254.141-PR**, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 4/12/2012. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA.

_____. **Súmula 387.** (AgRg no. Ag. 769719 DF, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2007, DJ 28/05/2007)". Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=danos+morais&&b=TEMA&p=true&t=&l=10&i>>

_____. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Índice fundamental do direito. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0037.html>

CAMARGO, José A. **Os direitos da personalidade na perspectiva da vontade de homens e mulheres.** A Manipulação das Mentes e Corações no Mundo Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2011.

CARRILHO, Fernanda. **A Lei das XII Tábuas.** Coimbra (PT): Almedina, 2008.

CODE OF HAMMURABI. Source: Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters, by C. H. W. Johns, in 1904, one of a series called the Library of Ancient Inscriptions, from a facsimile produced by The Legal Classics Library, Division of Gryphon Editions, New York in 1987. Disponível em: <<http://www.commonlaw.com/Hammurabi.html>>

CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro.** Vol. 1. São Paulo: Edição Saraiva, 1957.

CORREIA DE JESUS. **Alguns aspectos da responsabilidade obrigacional no Código Civil [Português] 1966.** Comunicação ao Instituto da Conferência de Lisboa da Ordem dos Advogados, na sessão de 11 de janeiro de 1968.

CREMESP CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA.** Código de Processo Ético-Profissional. Conselhos de Medicina. Direitos dos Pacientes. Resolução CFM nº 1.531, de 17 de setembro de 2009, p. 10.

CRETILLA JUNIOR, J. **Curso de Direito Romano.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. Disponível em:
<<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/446579/patria-potestas>>

ESCOLA PAULISTA DE MEDICINA. Disciplina de Clínica Médica. **Anamnese e Relação médico-paciente.** Disponível em:<http://www.unifesp.br/dmed/climed/liga/cursos/xiiilacm/RMP_XIII.pdf>

GERMAN CIVIL CODE. BGB. Title 27. Torts. Section 823. **Liability in damages.** Disponível em:
<http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3320>

GLENN, Jacob B. **The Bible and Modern Medicine: an interpretation of the basic principles of the Bible in the light of present day medical thought.** Bloch Publishing & Co., 1963.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Volume IV: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor.** Comentados pelos autores do anteprojeto. 6. ed. 1. reimp. Revista atualizada e ampliada até julho de 1999. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000,

HARMANN, Claude and JOHNS, Walter. **Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters.** Union, New Jersey (USA): The Lawbook Exchange Ltd., 1904. Tradução livre.

IRAOLA, Lidia Nora y ZALDIVAR, Hernán Gutiérrez. **Apuntes sobre la responsabilidad médica legal y la mala praxis.** Disponível em: <<http://geosalud.com/malpraxis/malpraxis.htm>>

KASER, Max. **Direito Privado Romano.** Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian: 1999. Título original: *Römisches Privatrecht.*

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Let's have a break. Science. Disponível em: <<http://www.pfmodels.org/haveabreak.html>>

MANUSRTI. **Código Manu.** (200 A.C. e 200 D.C.). Disponível em:
<<http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>>

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

MICHAELIS. Moderno Dicionário de Português Online. Disponível em:
<<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=devir>>.

MORAES, Marcus de. **Roma Antiga e o seu direito.** Niterói, RJ: Parceria Editorial, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAULO VI, Papa. **Constituição Pastoral *Gaudium et Spes* Sobre a igreja no mundo actual**. Roma, 1965. Disponível em:
<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_enciclica_gaudium_spes.pdf>

Real Academia Española. Dicionario de la lengua española – Vigésima segunda edición Disponível em: <<http://lema.rae.es/drae/>>

RUIZ, Wilson. **La responsabilidad médica en Colombia**. Disponível em:
<http://www.puj.edu.co/banners/LA_RESPONSABILIDAD.pdf>

Source: Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters, by C. H. W. Johns, in 1904.

STEINCROHN, Peter Joseph and LAFIA, David Joseph. **How to Master Your Nerves**. Spokane, Washington:, US Cowles Book Company, 1970.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

THE NEW YORK COURT OF APPEALS. **Schloendorff v. Society of New York Hospital**. 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914).

WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro. **Obrigações e Contratos**. 12. ed. rev., amp. e atualiz. Com a colaboração de Semy Gianz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WATCHTOWER ONLINE LIBRARY. Disponível em: <<http://wol.jw.org/en/wol/d/r1/lp-e/1200003640>>