

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO SOB O FOCO DO BIODIREITO E DO DIREITO CIVIL

LEONE PEDRO PANIAGO CUNHA

Orientador Prof. Bruno Marini

RESUMO:

O presente artigo abordará a temática da responsabilidade civil, especialmente a relacionada aos profissionais médicos, fazendo uma breve análise da natureza obrigacional do médico à luz de princípios do biodireito. O artigo apresenta a situação judiciária que o tema se encontra em tribunais estaduais e no âmbito federal. O objetivo da pesquisa é apresentar ao ambiente acadêmico a reflexão entre os princípios do biodireito e do direito civil e a realidade dos julgados sobre o assunto, trazendo a interpretação atualizada de tribunais estaduais e em especial do Superior Tribunal de Justiça. Quanto à metodologia, optou-se pelo método dedutivo, com base em análise de fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas.

PALAVRAS-CHAVES: Responsabilidade Civil do Médico. Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado. Princípios do Biodireito.

INTRODUÇÃO

Ao realizar uma breve leitura da carta magna nos deparamos com princípios fundamentais, entre esses princípios os direitos humanos se fazem constituintes, norteando as relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas. Ao campo jurídico que se faz presente o objeto deste artigo, filtramos os princípios gerais do Biodireito e do Direito Civil.

O cuidado com a saúde se transformou em obrigação do estado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, deste modo foi necessário a criação de um instrumento para materializar o cumprimento desta determinação constitucional, assim nasceu o SUS. A atividade médica sofre a influência de alguns dos mesmos princípios constitucionais, sendo que o estabelecimento dessa relação ocorre através da prestação profissional no atendimento.

A relação que se origina deste atendimento está sob a ordem constitucional, e passa a se orientar, de maneira específica, de diplomas infraconstitucionais, tais quais o Código de Ética Médica, os princípios do Biodireito, o Código Civil, Código penal, entre outros. Esses diplomas nos trazem pontos cardeais que norteiam o caminho dos profissionais de saúde e o bom exercício da atividade médica.

Diante disto, buscaremos entender o instituto da responsabilidade civil, abordando a responsabilidade civil objetiva, seus elementos, sua caracterização, a responsabilidade civil subjetiva, quanto aos seus requisitos, sua natureza, sua distinção, dando ênfase para a responsabilidade médica à luz dos princípios do Biodireito, presentes em nosso ordenamento jurídico.

1 TEORIA GERAL DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Neste tópico será realizado o estudo dos princípios da Bioética e do Biodireito, apresentando uma visão geral à luz da legislação, abordando os aspectos fundamentais.

1.1 Evolução histórica e conceito de Bioética e Biodireito

Ao visitar acervos e bibliotecas pode certificar-se que seria indevido precisar uma data exata do surgimento da Bioética e do Biodireito. Hipócrates em sua obra já trazia os modos de agir e alguns procedimentos a serem seguidos pelo profissional atuando no cuidado com a vida.

Em se tratando disto, é possível verificar que o Biodireito tem como seu objeto de estudos a vida, desde sua concepção apresentando os direitos que lhe são dados, passando pelo nascimento, ao qual segundo algumas teorias ele recebe a partir desta ocasião capacidade de sujeito, acompanhando durante a vida com o interesse em promover o exercício dos seus direitos, e findando com o óbito, evento este que se caracteriza pela transmissão de direitos, inclusive de caráter patrimonial, autoral e memorial\moral.

1.2 Dos princípios da Bioética de do Biodireito

Abaixo serão analisados os princípios basilares da bioética e do Biodireito, os quais norteiam a atuação ética dos profissionais da área da saúde, biotecnologia e da ciência jurídica.

1.2.1 Princípio da Não-maleficência

Ao abordar o Biodireito como ciência de estudo jurídico surgem pilares que sustentam esse ramo com independência e autonomia perante outras áreas. Assim, o Princípio da Não-Maleficência destaca-se, talvez, como um dos fios que conectam o objeto maior, este sendo o Biodireito, dando contorno e sendo premissa para os seus pares.

Tal princípio apresenta a ideia de que um ato para que seja considerado um ato bioético não poderá causar mal para um paciente e deve ainda evitar intervenção que possa vir a causar consequências negativas para este. Dessa forma, há um dever de cautela para o cuidar do paciente.

O princípio em questão está presente no Código de Ética do Médico, no artigo 27, que reforça a preocupação bioética com o bem-estar do paciente, bem como com a relação profissional médico-paciente, estabelecendo um dos parâmetros para que o operador dos cuidados de saúde se norteie.

Em igual sentido o capítulo III do Código de Ética Médica, ao tratar da responsabilidade profissional, estabelece:

É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Assim, este é o primeiro princípio básico a ser seguido na intervenção médica: não gerar dano, seja por ação ou omissão.

1.2.2 Princípio da Beneficência

Em conjunto com o princípio de Não-maleficência, formando um dos pilares do Biodireito, temos o princípio da Beneficência. Este princípio acrescenta a ideia de que o ato praticado pelo profissional deve promover algum benefício para o

paciente, sendo desta maneira praticado, não causando um malefício ao sujeito de direito (paciente).

A partir deste ponto o tecido jurídico do Biodireito é construído, pois este princípio se relaciona com o anterior, formando um conjunto de casos em que são aplicados de maneira indissociável. Tal qual o princípio anterior estabelece para o profissional de saúde o tratamento positivo para o paciente, promovendo seu bem-estar e sua saúde.

Este, de igual forma traz a ideia de proteção ao paciente, nesse sentido a Declaração de Genebra adotada pela Associação Médica Mundial, tem o seguinte texto "... partilharei os meus conhecimentos médicos em benefício dos doentes e da melhoria dos cuidados de saúde, ..." evidenciando o princípio da beneficência que está presente em instrumentos internacionais.

Ao trazer isso para a prática resulta na atuação do profissional de saúde de maneira que não apenas evite causar danos, mas também promova a saúde de maneira integral. Dessa forma, o profissional deve atuar fornecendo tratamentos específicos e soluções alternativas para que exerça o cuidado da saúde de uma maneira geral.

1.2.3 Princípio da Autonomia do Paciente

Ao analisar os pilares do Biodireito não seria concebível passar despercebido pelo Princípio da Autonomia do Paciente, este que constitui alicerce para o prédio da Bioética e do Biodireito. Não há dúvida alguma que este é figura fundamental para uma boa harmonia entre os demais princípios e para o exercício do operador de saúde.

Tal princípio trás em seu bojo a ideia de que o paciente é um sujeito que possui plenas capacidades de decisão, e que no caso a decisão recai sobre si. Deste modo, as convicções do paciente devem ser respeitadas no contexto do fornecimento de tratamento médico e realização de procedimentos de saúde.

No entanto, devemos considerar que não se trata de um princípio soberano, não estando acima dos seus pares. Dessa maneira, podemos compreender que

o sistema tem um valor maior que apenas uma unidade. Bem como, poderia haver um “ajustamento” principiológico para que fossem atendidas as necessidades, sem ignorar nenhum componente do organismo do Biodireito.

Nesse sentido dispõe o código de ética médica em seu capítulo V, é vedado ao médico: “art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

Tal disposição deverá ser analisado caso a caso, levando em consideração a legislação e a jurisprudência do ordenamento jurídico, incluindo os tribunais superiores.

1.2.4 Princípio do Consentimento Informado

Ao aprofundar no ecossistema do Biodireito é improvável não se deparar com o princípio do Consentimento Informado, o qual trata-se de um organismo/elemento do amplo universo do Biodireito. Tal princípio ilustra que o profissional de saúde tem como dever informar ao paciente sobre o procedimento para que este possa decidir acerca do que lhe atende e possa consentir de acordo com sua vontade ou recusar dar o consentimento.

Nesse sentido o legislador civil nos deixou dentro do capítulo dos direitos da personalidade no código civil uma proteção ao cidadão, conforme disposto da seguinte forma no art. 15. “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”, nos deixando com esta orientação moral na bússola do direito.

Com o estabelecimento deste parâmetro para o exercício regular das atividades laborativas que tenham por objeto a saúde, é fático que a Bioética se constrói e se fortalece. Bem como, é ainda possível compreender que a Bioética e o Biodireito são ciências multidisciplinares que dispõe de inúmeros elementos distintos e que produzem efeito não somente no direito, mas também em diversas áreas da saúde, filosofia e sociologia.

Em mesmo direcionamento temos o código de ética médica em seu capítulo V, no qual estabelece que é vedado ao médico:

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. (Brasil,2024,p.1)

Ao analisar o entendimento dos diplomas positivados, é possível estabelecer um parâmetro entre o que se identifica como legal aos olhos da lei, e o que é tido como moral em nossa sociedade contemporânea, semelhante ao observado nos outros ordenamentos, fazendo desse princípio peça fundamental para a construção de uma atuação profissional de excelência.

1.2.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Ao vislumbrar o Biodireito seria inconcebível que o princípio constante em inúmeros diplomas e tratados internacionais pudesse ser esquecido ou deixado de lado. Princípio este que foi centrado na ideia de Immanuel Kant (KANT, 1995, p.150) que trazia consigo o pensamento de que todo ser que seja dotado de racionalidade merece um tratamento digno, por ser um fim em si mesmo, e de que os seres humanos merecem um tratamento digno por sua natureza, de maneira independente de suas condições.

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (KANT, 1995, p. 77).

Princípio que surgiu em muito com influência do pós-guerra, por ser um período em que o mundo passou por diversas transformações e que diversas atrocidades foram cometidas. Considerando o contexto sócio político do planeta, pairava sobre as nações algumas incertezas sobre a possibilidade de um novo conflito das mesmas proporções, vistos que anos antes havia ocorrido fato semelhante.

Diante disto, foi pactuado vários acordos internacionais com vistas a estabelecer regras, estas que deveriam ser cumpridas pelos signatários dos acordos. Foram criados organismos com atuação internacional como por exemplo a ONU, que tem entre seus objetivos exercer a proteção dos países fundadores e membros que foram acrescentados posteriormente.

Em um segundo plano estas organizações fundadas no pós-guerra passaram a estabelecer tratados e distinguir comportamentos de Estados que

seriam desejados e indesejados. Concomitantemente pactos e tratados foram criados para que outros estados não cometessem atrocidades que anteriormente ocorreram nas guerras, também no âmbito interno com minorias étnicas, religiosas e raciais. Surge neste contexto esse princípio fundamental, tão cristalino quanto a água e que irrigou um campo fértil para a criação de outros princípios subsequentes, hoje indissociáveis dos Direitos Humanos.

E quanto a denominação se trata de uma diferenciação entre as pessoas humanas e as não humanas (pessoas jurídicas), é importante ao legislador que faça a distinção entre as figuras as quais pretende atingir com a sua norma, pois se bem poderia criar um princípio para a proteção da pessoa não humana, bem como fora criado este Princípio.

Quanto a dignidade o que pode ser considerado digno, para a coletividade de pessoas dentro e fora no nosso país, poderia se equivocar e tratar de maneira distinta, porém este referido princípio trás o conceito basilar que pode ser aplicado para qualquer cidadão, sem distinção de crença, orientação, etnia, nacionalidade ou idioma.

2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste tópico será analisado o instituto da responsabilidade civil, trazendo uma visão geral à luz da legislação brasileira, abordando os principais aspectos.

2.1 Do conceito de Responsabilidade Civil

Ao iniciar o estudo no campo do Direito Civil, a figura da responsabilidade civil está prevista no Código Civil nos artigos 186 e 927, primeiramente definindo o ato ilícito e posteriormente estabelecendo a obrigação de indenizar em decorrência deste.

Já a Constituição Federal apresenta a previsão para os casos em se tratando do Estado, e por conseguinte do Direito administrativo, conforme o disposto no artigo 37, § 6º:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (Brasil, 2024,p.1).

De acordo com o dispositivo acima, o Estado e as pessoas jurídicas que prestam serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. No entanto, a responsabilidade dos agentes em ações de regresso será subjetiva, uma vez que se necessita a comprovação de dolo ou culpa.

2.2 Das Teorias da Responsabilidade Civil

Ao buscar a conceituação da responsabilidade civil, alguns autores criam uma relação entre o vocábulo responder e responsabilidade equivocadamente. Outra parcela estabelece um conceito na responsabilidade a uma equiparação a uma das causas do dever de reparação.

Nesse sentido o doutrinador Luiz Roldão de Freitas Gomes, na obra Elementos da responsabilidade civil, traz o seguinte comentário:

...enquanto a obrigação de reparar o mal permanece... meramente abstrata ou teórica, não interessa se não à moral. Mas, quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-a o direito a seu cuidado e constrói a teoria da responsabilidade civil (GOMES, 2000, p.1).

Posteriormente ao tratar da identificação da responsabilidade sobre eventuais prejuízos, pontualmente ele disserta: “Ninguém pode analisar o conceito de responsabilidade delitual em uma série de fatores que seriam incontestáveis. Ela continua a ser pensada como fundada na culpa...” (GOMES, 2000, p03.). em outro trecho seguinte ele completa a ideia estabelecendo que hoje a maioria dos indivíduos obtém uma indenização sem ter sido vítima de uma ação com culpa provada.

2.2.1 Responsabilidade Objetiva

Ao navegar pelos livros do direito civil é natural se deparar com a temática da responsabilidade objetiva, sendo espécie do gênero responsabilidade civil. Esta por sua vez possui itens que constituem parte fundamental para sua existência. Entre esses itens primeiramente abordaremos a figura da conduta, sendo que esta se refere aos atos comissivos, sendo eles os praticados, ou atos omissivos, os não praticados pelo agente.

Enquanto na perspectiva do mundo natural a não prática de algo não se torna a causa de ocorrência de um dano, no mundo jurídico esse comportamento pode gerar o enquadramento na condição de omissão caso se preencha os

requisitos, o primeiro que exista o dever de praticar o ato, e que não tenha sido cumprido, e que tenha certeza que o ato omitido poderia ter impedido o evento.

Partindo para o elemento integrante posterior, temos a figura do dano, sendo este pressuposto necessário para a existência da responsabilidade objetiva. Para ciência jurídica dano é entendido, de maneira sintética, como qualquer lesão aos interesses de outro desde que sejam tutelados pelo direito, sejam de caráter patrimonial ou não patrimonial.

O terceiro item para o reconhecimento da responsabilidade objetiva se trata do nexo de causalidade sendo este o ponto chave entre a conduta ilícita e o dano gerado por ela. Tal elemento pode ser caracterizado como a interligação entre um possível mal que tenha sido suportado pelo indivíduo e uma afronta as normas, causando assim uma ilegalidade no ato à revelia do direito.

Nesse sentido, temos o disposto no Código Civil:

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, risco para os direitos de outrem.

Assim, a na responsabilidade objetiva não há necessidade de comprovação de dolo ou culpa, restando a necessidade de comprovar o dano e o nexo causal.

2.2.2 Responsabilidade Subjetiva

Ao abordar tal instituto tem-se como elementos conduta, dano, nexo de causalidade, e também surge como integrante a culpa, caracterizando componentes necessários e não dispensáveis do referido instituto. Nesta circunstância cabe ao operador do direito a obrigação de vincular a conduta praticada pelo agente, atribuída de dolo ou culpa, gerando nexo causal e tendo como resultado finalístico a situação fática.

Considerando a distinção entre a objetiva e a subjetiva deve-se focar no item culpa como fator decisivo para a identificação da espécie de responsabilidade que se aplicará no caso em concreto. Diante disso, partiremos

para analisar as partes elementares da culpa, sendo elas a Imperícia, a Imprudência e a Negligência.

No tocante ao elemento da imperícia, esta pode ser caracterizada como a falta de aptidão, habilidade ou conhecimento necessários para realização de determinada atividade. A palavra tem sua origem advinda do latim e apresenta semelhante significado.

Em se tratando da imprudência, esta pode ser compreendida como um ato tomado de maneira intempestiva, sem o devido cuidado que lhe cabia. Ocorre quando o profissional age de maneira comissiva, no entanto toma uma atitude diferente do padronizado.

Ao mencionar a negligência deve-se compreender que se trata de um ato omissivo, ou seja, quando o agente deixa de tomar uma atitude. Considerando que era esperada que um indivíduo médio nas mesmas circunstâncias agiria de forma distinta.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

3.1 Conceituação de Erro

Ao revisitar o primeiro código que se tem registro, o código de Hamurabi, na civilização babilônica, já se fazia presente a preocupação com a saúde dos ditos cidadãos, punindo o médico que cometesse erros, contra estes, com a decepção de sua mão, caso o erro houvesse ocorrido contra um escravo, homem que não possuía o título de cidadão, deveria pagar o seu preço caso viesse a falecer (DINIZ, 2013,p.814).

Já na sociedade da Grécia antiga, o médico que exercesse a função no tempo de campanhas militares, deveria pagar com a própria vida caso os cuidados que prestou a um General ou auxiliar viessem a falecer. O direito romano em muito se alimentou das ciências humanas gregas, sendo que a imperícia médica era severamente punida em julgamentos, conforme apresenta Maria Helena Diniz, na obra o estado atual do Biodireito (DINIZ, 2013,p.814).

Quanto ao direito português este trouxe em seu código civil o dever obrigacional de indenizar aquele que sofreu o dano, conforme o disposto no artigo 483, §1º: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito

de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.” (Código Civil Português, Decreto-Lei 47.344, de 25 de novembro de 1966).

Ao adentrar no campo jurídico podemos compreender que o direito brasileiro sofreu influência de diversos ordenamentos estrangeiros, adotando o entendimento de que o ato lesivo deve ser reparado tanto na esfera material, quanto moral, estabelecendo como critério de distinção a figura da responsabilidade objetiva ou subjetiva.

3.1.1 Noções

Ao abordarmos este tópico é necessário analisar a temática considerando alguns pontos. Entre eles que o erro médico se trata de um resultado mau, não controlado pelo profissional, que pode ter sua origem em diferentes causas.

Para corroborar, ratificando com esta perspectiva poderia citar falhas estruturais que dificultam a melhor alocação do paciente, equipamentos insuficientes e sucateados que não realizam sua função satisfatoriamente, entre outros fatores que impedem que o profissional de saúde tenha boas condições de trabalho e realizem um atendimento satisfatório.

Cumprindo ainda mencionar a possibilidade de exercício profissional danoso ao paciente decorrente do erro médico, que deve ser identificado através de uma análise dos elementos caracterizadores, sendo eles a imprudência, a imperícia e a negligência.

3.1.2 Fatores Concorrentes

Ao adentrar neste campo devemos ter ciência que diversas variáveis compõem a atuação do profissional de saúde. Considerando tal situação, temos como componentes os planos de saúde que geralmente são escolhidos em virtude de convênios com as instituições, com a proximidade de localização da residência, entre outros, temos ainda a costumeira pressa no atendimento, que se faz presente principalmente no setor público, mas também ocorre no privado.

Bem como, a crescente mortalidade advinda de fatores como excesso de peso, sedentarismo, narco-dependência, a industrialização da medicina que acabou fazendo com que o médico nem sempre tenha uma relação duradoura com o paciente, sendo que geralmente são altamente especializados e indicam

apenas outro profissional, caso o sintoma não lhe pareça pertencente a sua área, e a comercialização da saúde que ocorre através de atos médicos ou de empresas que objetivam o lucro.

3.2 Distinção entre a má prática, o Acidente imprevisível e o Resultado Incontrolável

Ao mergulhar no mar do direito médico se faria provável o esbarrar com alguns termos para uso neste meio. Entre eles poderíamos destacar a má prática, talvez pelo radical já evidencie uma parte de sua ideia.

A primeira se trata da expressão da maldade, que pode surgir da intenção deliberada de fazer mal ao paciente sem motivo, e pode ser parte integrante de uma ação por responsabilidade civil decorrente de dano moral ou físico ao paciente.

Para elucidar podemos exemplificar como o caso de um médico que cria uma gravidade no diagnóstico que se faz maior do que a realidade, com o objetivo de assustar o enfermo e retirar-lhe uma quantia maior que a indicada para realizar exames e o tratamento da enfermidade que é a que realmente lhe acomete.

Conforme disposto no código de ética médica, capítulo V que trata da relação com pacientes e familiares, é vedado ao médico: “Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos”.

Em outro caso seria o médico que durante o seu atendimento não o realiza conforme o padrão, e acaba desrespeitando o pudor do paciente com a intenção de aproveitar-se dele física ou emocionalmente. Dessa maneira, quebrando a relação de confiança médico paciente e transgredindo ao disposto no Código de ética médica em seu artigo 38.

Um caso que gerou grande repercussão a época que fora descoberto foi o do Doutor Roger Abdelmassih, que tinha especialização em reprodução humana assistida. Em sua área de formação foi um dos pioneiros a realizar o procedimento de fertilização *in vitro*, ficando conhecido por atender pessoas de alto poder aquisitivo e famosos (Jornal USP).

No entanto, posteriormente tomou-se ciência de que ele cometeu crime contra pudor e violentou 52 pessoas em sua clínica e fora sentenciado a 278

anos de prisão. Diante disto, este caso acabou se tornando um símbolo de má prática médica, e sendo um modelo a não ser seguido pelos profissionais da saúde (Jornal Globo).

Já em se falando em acidente imprevisível podemos estabelecer que há um dano a integridade do paciente que foi causado por um caso fortuito ou força maior ocorrido durante o atendimento médico, que não pode ser evitado pela ausência de previsão, poderíamos citar como exemplo o choque anafilático.

Quanto ao resultado incontrolável é possível compreender que alguns casos não possuem tratamento com total eficiência, sendo que, de acordo com as tecnologias existentes não há como curar o enfermo. Deste modo, uma doença com maior gravidade e contínua não faz parte da obrigação do médico, por não haver conduta que possa solucionar a questão.

3.3 Responsabilidade Médica Derivada

Esta espécie de responsabilidade traz consigo a premissa de que o paciente tem relação com diversos profissionais da saúde, não apenas e tão somente com médicos, dessa maneira enfermeiros, psicólogos, dentistas, biomédicos, fisioterapeutas, farmacêuticos, entre outros, respondem de acordo com suas respectivas obrigações para com o enfermo, conforme nos ensina Maria Helena Diniz, na obra o estado atual do Biodireito.

Ao vislumbrar este conceito podemos compreender que ao caso de um enfermeiro trocar os recipientes contendo o exame de sangue dos pacientes, e por conta disto vier a ocorrer a administração de dosagem superlativa para um destes e que este venha a sofrer prejuízo em sua saúde, o enfermeiro estará na seara da responsabilidade médica derivada.

Tal relação se baseia principalmente no conceito de corresponsabilidade que ocorre de modo ativo na relação médico-paciente e se replica para as demais profissões sob a mesma natureza jurídica, que tem por objetivo tutelar a vida e promover o bem-estar ao enfermo.

A situação exemplificada nos apresenta uma possibilidade impar para a reflexão, pois se o enfermeiro está atuando *a priori* de acordo com o ordenamento jurídico, ele estaria exercendo sua atividade de maneira ética e moral, porém neste caso há ao menos dois princípios do Biodireito que foram violados o são eles o princípio da não maleficência e o princípio da beneficência.

3.4 Obrigação de finalidade ou Obrigação de resultado

Ao embarcar no direito médico temos duas figuras que nos causam curiosidade quanto a sua natureza jurídica, são elas a obrigação de meio e a obrigação de resultado ou finalística.

Quanto a obrigação de resultado esta seria aplicada ao profissional que atua de maneira contratual, por exemplo o Dermatologista, o Cirurgião plástico, e o Tricologista. Ao adentrar em um consultório a pessoa pode ter como objetivo retirar manchas da pele causadas pela exposição prolongada aos raios solares, sendo assim caso o acordado entre o paciente e o médico seja a remoção dessas lesões, este torna-se o objeto do contrato (Art. 247, Código Civil, Lei nº10.406/2002).

Em semelhante sentido, temos o caso da pessoa que ingressa em um consultório com o objetivo de realizar um procedimento de rinoplastia, e o profissional se compromete a entregar um determinado resultado padronizado, sendo assim o contrato entre o paciente e o médico tem por objeto a execução de uma cirurgia plástica com resultado preciso.

Ainda nesta direção, podemos mencionar o caso de um indivíduo que procura uma clínica com a intenção de realizar um procedimento de implante capilar, e o profissional ao atender se propõe a realizar o implante assegurando o sucesso procedimental, neste caso o objeto contratual é a realização bem sucedida do implante no paciente.

Ao analisar este entendimento temos como forte influência o artigo 14 do CDC que tem sido considerado o norteador das relações médicas especialmente daquelas de cunho estético, para alguns tribunais este posicionamento, apesar de ter sido estabelecido a algum tempo, se adequa a sociedade contemporânea (Código de defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Todavia, nos cabe constatar que as atividades desenvolvidas pelos profissionais desta área da saúde não possuem sempre a mesma natureza, ora são de natureza corretiva, ora com a intenção de aprimoramento estético, e que estas últimas podem ainda ser alvo de distinção quanto a fundamentação de sua obrigação.

3.5 Obrigação de Meio

Ao aprofundar o estudo dentro das obrigações é natural o contato com a obrigação de meio, esta possuindo uma fundamentação distinta da obrigação finalística.

A obrigação de meio apresenta a ideia de que o médico é responsável pelo exercício de sua função para que não haja um evento danoso maior (morte ou lesão), sendo por exemplo o caso do médico que está no pronto socorro e realiza o atendimento a um paciente que sofreu um acidente e teve fratura exposta e/ou um paciente que corre risco morte.

Ao analisar tal situação o bem jurídico tutelado é a manutenção da vida do paciente, portanto não há que se falar, por exemplo em responsabilização do médico pela cicatriz que o paciente apresentará na sua perna referente ao reestabelecimento originário de sua tíbia, ou a paralisia do membro.

Diante disso, é possível compreender que o profissional de saúde tem por obrigação a realização do atendimento, o acompanhamento durante o tratamento, a requisição de exames, a prescrição de medicamentos, a prestação de esclarecimentos sobre o caso, conforme o princípio do consentimento informado e o cumprimento dos itens protocolares padronizados para aquele caso.

Nesse sentido, podemos compreender que o ofício dos profissionais da saúde, não tem exclusivamente como objetivo a entrega de um resultado fixo considerado, mas sim o exercício regular da atividade para promover a manutenção da saúde do paciente, e a cura do enfermo de acordo com as possibilidades existentes, seguindo os procedimentos indicados pela ciência.

Nesse sentido temos o seguinte julgado do TJDFT:

APELAÇÃO. CIVIL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PEÇA RECURSAL AFASTADA. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA, AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E JULGAMENTO CITRA PETITA. REJEIÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PARTO PREMATURO COM SUBSEQUENTE ÓBITO DA CRIANÇA. INEXISTÊNCIA DE ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
(...)

9. O laudo técnico é peremptório ao concluir inexistir nexos causal entre a conduta dos réus/apelados no acompanhamento médico pré-natal e o parto prematuro da criança. Igualmente, assentou que todo o

tratamento pós-parto foi adequado. Conseqüentemente, a atuação profissional da médica assistente não refletiu no parto prematuro e, por conseguinte, no óbito da filha da autora/apelante.

10. Diante da natureza eminentemente técnica da matéria examinada e da presunção de legitimidade e veracidade das informações constantes do laudo pericial, é insuficiente o posicionamento do assistente técnico da autora/apelante para infirmar as conclusões do laudo pericial, ante a inexistência de evidências robustas e amparadas tecnicamente para contrapô-las. Decerto, “se o mencionado laudo mostra-se detalhado e conclusivo, tendo sido devidamente elaborado, dispondo de elementos suficientes ao convencimento do julgador, bem como não restando demonstrado, de forma contundente, por meio de provas, elementos hábeis a infirmar o contido no trabalho do perito judicial, como de fato ocorreu, e considerando que o mesmo se reveste de imparcialidade, não há necessidade de realização de nova perícia esclarecimentos, diante de parecer divergente apresentado pelo assistente técnico do autor” (Acórdão 1374706, 07211020420198070001, Relator(a): ARNOLDO CAMANHO, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 23/9/2021, publicado no DJE: 8/10/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.).

11. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão 1926566, 0738835-75.2022.8.07.0001, Relator(a): SANDRA REVES, 7ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 02/10/2024, publicado no DJe: 14/10/2024.) (Brasil, 2024, p.1).

Entretanto, o que tem se observado com os julgados provenientes dos Tribunais é que estão criando uma similitude do serviço prestado por este profissional de saúde ao serviço do empresário que comercializa produtos. Nesse sentido temos o seguinte julgado do TJDF:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA (ART. 14, § 4º, DO CDC). PROVA TÉCNICA. PERÍCIA REALIZADA POR PROFISSIONAL DA MEDICINA. LAUDO CLARO, CONGRUENTE E CONCLUSIVO. ERRO MÉDICO NÃO EVIDENCIADO NO EXAME TÉCNICO. APLICAÇÃO DE TÉCNICA CORRETA. COMPLICAÇÕES OCORRIDAS NO PÓS-OPERATÓRIO. FATORES IMPREVISÍVEIS. RISCOS INERENTES AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. CONDUTA INADEQUADA DA PROFISSIONAL MÉDICA NÃO DEMONSTRADA. CULPA POR NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA OU IMPRUDÊNCIA NÃO COMPROVADA. RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA DA CIRURGIÁ PLÁSTICA E DA CLÍNICA ONDE REALIZADO O PROCEDIMENTO ESTÉTICO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Em se tratando de cirurgia plástica embelezadora, a obrigação é de resultado, motivo pelo qual é de natureza subjetiva a responsabilidade do médico, nos termos do art. 14, § 4º, CDC. Disso decorre que cabe ao profissional da medicina responsável pela realização do procedimento demonstrar que o mau resultado não decorreu de conduta inadequada que lhe possa ser imputada por culpa - negligência, imperícia ou imprudência - na prestação de serviços médicos.

2. Não obstante a responsabilidade civil do profissional de saúde seja subjetiva, no presente caso, demonstrado está terem sido observados os padrões de segurança e cuidado pela profissional médica ré, que não deu ela causa ao insucesso do procedimento. Evidenciado, ainda,

ter sido informada a autora de possíveis complicações que poderiam advir do procedimento estético por ela realizado. Hipótese em que a correção técnica da cirurgia e a natureza imprevisível dos riscos cirúrgicos concretizados nas complicações sofridas pela autora afastam, nos termos do laudo técnico, a possibilidade de responsabilização da médica e da clínica, ora apelados, pelo mau resultado do procedimento feito pela ora apelante.

3. O conjunto probatório não autoriza o reconhecimento da prática de conduta inadequada pela profissional da medicina ou pela clínica onde realizou a autora o procedimento estético, com o que inviável atribuir responsabilidade civil às rés/apeladas, uma vez que não demonstrado terem elas incorrido em prática ilícita. Não há nexos causal entre a conduta médica e o resultado indesejado, o qual decorreu de fatores exógenos imprevisíveis. Afasta-se assim, por completo, a responsabilidade civil da médica, com o que fica também afastada a responsabilidade objetiva e solidária da clínica onde o procedimento foi realizado, pois não verificada a prática de ato ilícito pelo profissional e prestadora de serviços médicos que ali trabalha.

4. Apelação conhecida e desprovida. Honorários advocatícios majorados.

(Acórdão 1932310, 0716037-39.2021.8.07.0007, Relator(a): DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA, 1ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 16/10/2024, publicado no DJe: 23/10/2024.) (Brasil, 2024, p.1).

Tal situação traz à tona uma reflexão, o profissional tem sua obrigação de meio realizada, e ainda assim pelo ordenamento corre o risco de ser enquadrado em uma legislação não específica, que se equivoca ao comparar o serviço a produtos, caso houvesse considerado o equilíbrio entre leis, provavelmente optaria pela visão do código de ética médica que não considera a saúde um produto conforme disposto no Capítulo I, Princípios fundamentais, IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.

Ao analisar o entendimento das turmas no Superior Tribunal de Justiça, é possível estabelecer um parâmetro semelhante ao observado nos tribunais estaduais.

Nesse sentido temos o seguinte julgado do STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ELETIVA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM PROPORCIONAL. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. A cirurgia plástica eletiva tem natureza de obrigação de resultado, o que atrai a presunção de responsabilidade do médico no caso de erro atestado por perícia médica, devendo o profissional comprovar alguma excludente de sua responsabilização pelos danos causados ao

paciente. Precedentes.
2. Na hipótese, o Tribunal de Justiça reconheceu a responsabilidade do médico pelo não atingimento do resultado da cirurgia íntima realizada na paciente.
3. O quantum da reparação dos danos morais fixado na origem, no módico valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), não se mostra excessivo ante a violação da esfera subjetiva da agravada, a justificar readequação em sede de recurso especial por desproporcionalidade.
4. Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial.
(AgInt no AREsp n. 2.580.895/RO, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/8/2024, DJe de 2/9/2024.) (Brasil, 2024, p.1).

Partindo da análise dos Julgados, constata-se que o profissional de saúde acaba sendo enquadrado de maneira equivocada na previsão legal do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, cabe ao médico se resguardar minimamente com a elaboração de documentos que possam mitigar a responsabilidade atribuída a si, tais como o prontuário e o termo de consentimento livre e esclarecido, atendendo ao princípio disposto no código de ética médica.

3.6 Instrumentos Documentais Fundamentais

Neste tópico serão analisados dois documentos profissionais fundamentais para o bom exercício da medicina: os prontuários e os Termos de Consentimento Livre e Esclarecido.

3.6.1 Prontuários

Ao abordar os documentos relativos ao direito de saúde, não seria hábil deixar de citar o prontuário médico. Este arquivo que pode ser elaborado na forma física (papel), ou digital, contém toda a documentação sobre os dados relativos ao tratamento, a prescrições, os relatórios de enfermagem, de anestesia, de cirurgia, de resultado de exames, entre outros.

Tal arquivo tem por objetivo facilitar o acesso as informações do paciente durante o atendimento médico. Os profissionais de saúde têm o acesso a este documento com o exclusivo fim de efetuar suas atividades profissionais, sendo que este pertence ao paciente, que pode fazer o amplo uso das informações existentes no prontuário.

Nesse sentido o código de ética médica se faz fundamental para orientar o comportamento do profissional de saúde de acordo com a situação específica, trazendo a baila o princípio da autonomia do paciente.

3.6.2 Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

Ao abordar tal assunto inábil seria deixar de falar deste documento, pois para o direito civil é fundamental a vontade das partes. Bem como, temos o Princípio da autonomia da vontade, que constitui parte dos princípios contratuais, que se origina na ideia de que o indivíduo é livre para contratar, podendo escolher se quer contratar ou não, com quem quer estabelecer o instrumento contratual, e firmando as condições formais que deseja para o seu contrato.

Considerando isto podemos compreender que a pactuação de um compromisso contratual pré-estabelecido pode ser o caminho ideal para atender as necessidades do paciente, neste caso contratante, e do médico, neste caso o contratado. Assim, temos o princípio da autonomia do paciente atendido, pois o contratante do serviço médico tem total esclarecimento do que pode ocorrer em seu procedimento, dos riscos inerentes, dos possíveis efeitos colaterais e pode refletir e decidir com cautela sobre a realização ou não do seu tratamento.

Ademais, quanto ao princípio do consentimento informado, este será mutuamente atendido, pois pela elaboração do documento por escrito com os riscos envolvidos, os efeitos colaterais prováveis, aliados a explicação do profissional sobre o procedimento, o histórico dos pacientes anteriores e as complicações pertencentes ao paciente do caso, trará a este uma clareza para discernir quanto a se sujeitar ao procedimento ou não.

Quanto a proteção do profissional de saúde, este pode contar com o documento para evitar algum mal-entendido que possa ter ocorrido na explicação ao paciente, gerando uma segurança para quem receberá o procedimento.

Além disso, pode o médico utilizar do documento para lhe guarnecer de qualquer situação que possa ocorrer posteriormente ao procedimento desde que esteja esclarecida no referido termo de consentimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, portanto, é possível compreender que alguns tribunais têm considerado a atividade meramente no âmbito consumerista, aplicando aos profissionais de saúde o entendimento que ao atuarem com finalidade estética, estariam intrinsecamente sobre o vínculo de obrigação de resultado.

Entretanto, a apresentação de um mesmo procedimento para dois indivíduos pode causar resultados distintos, pois cada organismo reage de maneira diferente, nesse caso cabe ao profissional através deste documento esclarecer que a metodologia aplicada será a padronizada, com mesmos aparelhos, tempo e técnica, porém não deve garantir o resultado idêntico para diferentes indivíduos.

Desta maneira, os Tribunais poderão futuramente elaborar entendimentos alinhados com a realidade de que o procedimento por ser estético não necessariamente está sobre o instituto da obrigação de resultado, pois a obrigação tem natureza de prestação, neste caso de serviço e não do aspecto resultante.

Ao observar os julgados em tribunais, é possível compreender que temos uma necessidade de apresentar informações para aqueles que são os indivíduos em tratamento, ao adentrarmos no campo do Biodireito temos um entendimento semelhante, ao refletir sobre os princípios envolvidos temos essa ideia fortalecida.

Diante disso, buscamos os embasamentos para a legalidade deste termo, e os encontramos nos Princípios do Biodireito, do direito Civil, nas obrigações, nos direitos humanos, e nos contratos, portanto é importante que se elabore termos com esta finalidade.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 34^a ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2023.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Elementos de responsabilidade civil – Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 450p. página 3-4.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintanella. Lisboa: Edições 70, 1995.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?preConsultaPP=&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E2580895%3C%2Fb%3E&acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&b=ACOR&livre=2580895&filtroPorOrgao=&filtroPorMinistro=&filtroPorNota=&data=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=P&processo=&classe=&uf=&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtde=&dtde1=&dtde2=&orgao=&ementa=¬a=&ref=>

<https://jurisdf.tjdft.jus.br/resultado?sinonimos=true&espelho=true&inteiroTeor=false&textoPesquisa=1926566>

<https://jurisdf.tjdft.jus.br/resultado?sinonimos=true&espelho=true&inteiroTeor=false&textoPesquisa=1932310>

<https://academiamedica.com.br/blog/a-nova-declaracao-de-genebra>

<https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-106558482>

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm

<https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/estudo-analisa-cobertura-de-jornal-no-caso-roger-abdelmassih/>

<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/08/pf-anuncia-prisao-do-medico-roger-abdelmassih-no-paraguai.html>

<https://transparencia.cfm.org.br/index.php/legislacao/cem-atual>