

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

JÚLIA LELLIS TEIXEIRA

**DO DANO IATROGÊNICO COMO EXCLUDENTE DE
RESPONSABILIDADE CIVIL OU ESCUDO DE PROTEÇÃO MÉDICA**

VOLTA REDONDA

2019

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**DO DANO IATROGÊNICO COMO EXCLUDENTE DE
RESPONSABILIDADE CIVIL OU ESCUDO DE PROTEÇÃO MÉDICA**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito

Aluna:

Júlia Lellis Teixeira

Orientadora:

Marise Baptista Fiorenzano Henrichs

VOLTA REDONDA

2019



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

De domo universitária como ocidente de responsabilidade civil no uso de prática médica

Elaborado por *Felicia Lellis Texeira* apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em *23* de *maio* de *2019*.

Banca Avaliadora:

Laise Baptista Scenzano Perrella

Professor Orientador - Unifoa

[Signature]

Professor Avaliador - Unifoa

[Signature]

Professor Avaliador - Unifoa

Dedico esse trabalho de conclusão de curso a Deus, e a todas as pessoas que direta ou indiretamente fizeram parte da minha vida acadêmica, e que de alguma forma acrescentaram em minha formação em todos os sentidos, tanto como profissional como pessoal, sobretudo a minha mãe, minha maior inspiração e motivação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha professora e orientadora Marise Baptista Fiorenzano Henrichs pelo apoio e encorajamento contínuos durante a produção deste trabalho. Aos demais professores da casa, pelos conhecimentos transmitidos.

RESUMO

A comunidade médica, por vezes, rebuça seus erros, passíveis de responsabilização civil, através da iatrogênia. Algumas situações passíveis de se caracterizarem como responsabilidade civil são afastadas pelo artifício da classe médica, que rompe o nexo de causalidade através desse instituto. A iatrogênia está ligada a uma síndrome não punível decorrente de um dano inculpável no corpo ou na saúde do paciente como consequência de um tratamento, promovida pelo médico e até mesmo profissional da saúde, aquela possui o condão de romper o nexo de causalidade, componente da matriz da responsabilidade civil, positivada no artigo 951 de nosso *códex* civil. Dessa forma rompe o nexo de causalidade, fato que impede a incidência da responsabilidade civil médica. Impedindo, portanto, que enseje a reparação do dano tanto na esfera penal, administrativa ou civil. Uma vez que, através da iatrogênia o dano sofrido pela vítima, ora paciente, se trata de um erro escusável devido o emprego desse instituto a fim de afastar o erro.

Palavras-chave: responsabilidade civil; Erro médico; Iatrogenia.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	13
3	RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO.....	18
	3.1 Das excludentes de responsabilidade civil e ilicitude.....	23
	3.2 Do dano iatrogênico	29
4	JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA ACERCA DO DANO IATRÔGENICO.....	33
5	DIREITO COMPARADO.....	42
6	CONCLUSÃO	47
7	REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

O serviço prestado pelos profissionais da medicina, desde sua origem, através da administração de plantas terapêuticas e chás, sempre teve intuito de reduzir o sofrimento e aumentar a longevidade da vida humana, na forma mais honrosa do exercício da medicina, trazendo uma melhor qualidade de vida aos que são amparados por tal categoria. Contudo, com o avanço da sociedade, da ciência, da tecnologia aliada à forma de pensar, a prática da medicina também passou por uma mudança significativa, sobretudo com o fim da primeira guerra mundial.

Houve uma substancial modificação na maneira de se ver o médico na sociedade, antes era visto com uma aura de divindade, sendo quase que inquestionável as suas decisões. Havia ainda uma relação paternalizada entre médico e paciente, este apenas acatava os procedimentos terapêuticos ou cirúrgicos sem qualquer contestação.

Com o advento do Código de defesa do consumidor, esta relação verticalizada se horizontalizou, o médico passou a ser visto como um fornecedor de serviços, com dever de prestá-los sem qualquer defeito.

Em razão disso, o número de ações na justiça por erro médico, também conhecida por dano médico, aumentou significativamente. Como o médico, em regra, tem obrigação de meio e responsabilidade subjetiva, em eventual demanda indenizatória, caberá a exclusão de sua responsabilidade, sendo a iatrogenia uma das hipóteses.

O presente estudo abordará, precipuamente, a aplicação da iatrogenia como forma de eximir o médico do pagamento de indenização ao seu paciente, quando este é vitimado por dano médico.

Novos medicamentos surgem, novas técnicas, inclusive novos equipamentos que fazem com que os médicos se adequem à nova era da

medicina, sendo esta uma era com diagnósticos mais assertivos e tratamentos mais eficientes. Todavia essa medicina moderna deixou para trás a ideia da divindade médica, falhas cometidas não são mais desejos do Divino, e eles são responsabilizados por erros médicos.

Acontece porém, que embora o profissional da saúde, especificamente o médico, possa vir a ser acionado judicialmente, por erro médico, a sua responsabilidade pode ser afastada por uma das excludentes de responsabilidade civil, quais sejam, caso fortuito, força maior, fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima e iatrogenia.

Nesse contexto que a presente pesquisa busca resposta para a seguinte questão: “a responsabilidade civil decorrente dos erros cometidos por médicos, no exercício de sua profissão, podem ser eximidos pela iatrogenia ou seria um escudo a proteger falhas dos médicos?”.

A pesquisa visa também trazer contribuições consideráveis no avanço de conhecimentos na área do Direito, principalmente na área de responsabilidade civil médica, no que diz respeito a sua caracterização ou não, à medida da ocorrência do instituto da iatrogênia.

Ademais, como se verifica um aumento considerável, no número de processos por erro médico, nos tribunais brasileiros, um estudo sobre as implicações da iatrogenia, como excludente de responsabilidade civil de médico se justifica.

No primeiro capítulo serão abordadas as considerações históricas acerca da responsabilidade civil médica, o caminho percorrido por este instituto desde seu advento até os dias de hoje. Trazendo ainda uma abordagem de como o exercício era confundido com a religião e os desígnios de Deus, onde possíveis resultados negativos da atividade médica eram mesclados a essa cultura. Esse entendimento foi mitigado pela tecnologia e ciência, as quais, mais arrojadas, são capazes de evidenciar o atuar médico e auxiliar em um tratamento mais efetivo, indolor e satisfatório aos pacientes.

Segue-se pela responsabilidade civil por erro médico, capítulo que frisa que todos podem ser passíveis de sofrer ou lesar a esfera jurídica de direitos de outrem, independentemente de serem pessoas físicas ou jurídicas. No que tange o ramo da responsabilidade civil médica, decorre do erro médico, sendo este consequência lógica de uma ação ou omissão. Podendo ainda ser causado por negligência, imprudência ou imperícia.

O instituto da responsabilidade civil possui uma matriz, qual seja: dano, nexo de causalidade e resultado. Contudo possuem alguns institutos que possuem o condão de romper essa matriz, excluindo o nexo de causalidade, como o caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro.

Inclui-se também como excludente de responsabilidade civil médica a iatrogenia, um resultado gerado a partir de um agir médico, que via de regra traz um resultado adverso à saúde ou corpo do paciente, por mais que tenha sido empregada a melhor técnica. Não podendo então, ser confundida com o erro médico.

Importante ainda trazer um capítulo acerca da jurisprudência pátria acerca do dano iatrogênico a fim de trazer o posicionamento dos tribunais brasileiros sobre a temática e a abordagem dos profissionais da medicina utilizando-se da iatrogenia como escudo de proteção em pleitos que visam indenizações reparadoras ocasionadas por erro médico.

Encerrando-se este trabalho com o direito comparado, trazendo duas jurisprudências de Portugal, as quais pontualmente elucidam a linha tênue entre a iatrogenia e o erro médico.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A Responsabilidade civil é um instituto que nasceu no Direito romano, tendo sido resgatado pelo direito francês, no código de Napoleão, e posteriormente, migrado para o ordenamento pátrio. Tal instituto tem por finalidade a reparação de danos à vítima, quando se verifica uma lesão ao seu direito, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

Embora seu advento tenha sido no direito romano, encontram-se registros do primeiro tratado que expunha acerca do erro médico na Antiga Babilônia, logo, tratava a responsabilidade médica pelos possíveis danos causados. Foi este documento o Código de Hamurabi, uma compilação de leis que é visto como a origem mais fiel do Direito, é a legislação mais antiga de que se tem conhecimento, e o seu trecho mais conhecido é a chamada lei de talião¹.

Este código estabelecia ao médico o mais alto grau de perícia e atenção no exercício de seu labor, pois poderia ser submetido a severas penas, tais como a restituição do dano ou até mesmo amputação de sua mão, *in verbis*:

218 - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.

219 - Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo.

Essas sanções eram aplicadas, pois o âmago desse código era a punição. Esse momento na história da humanidade contribuiu para que esse povo edificasse tais normas impregnadas de fortes componentes penais², pois a construção da ética teve seus primeiros passos e experienciamos um período de muita brutalidade.

¹ SANTIAGO, Emerson. **Código de Hamurabi**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi>. Acessado em 09/10/2018.

² MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

A ideia mais segura e eficaz para impedir os instintos antissociais era o rigorismo das penas. Tal orientação influenciou os preceitos normativos e os ordenamentos jurídicos das sociedades que se sucederam no curso da história³.

Contudo, foi com os gregos que a medicina tomou forma de ciência e passou a contar com explicações racionais das doenças e formas técnicas de cuidados⁴, deixando o entendimento da cura pelo divino em segundo plano. A crença de que sua pouca fé não deu causa à cura foi mitigada pelo conhecimento.

Os primeiros registros na Antiguidade Clássica Romana, nos moldes em que temos na era contemporânea é extraído do texto de Ulpiano, um dos grandes juristas desse tempo, sendo ele: *“sicut medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam computari ei debet”*, ou seja, assim como não se deve imputar ao médico o evento da morte, deve-se imputar a ele o que cometeu por imperícia.

A evolução da responsabilidade civil se deu exatamente no Direito Romano, cujo ponto de partida foi a vingança privada⁵. Fazendo-se de um mecanismo de reação ao mal sofrido, em termos práticos, ambos, ofensor e vítima, experimentavam prejuízos. Posteriormente esse comportamento e pensamento transfigurou sua forma, através da Lex Aquília de Damno, precursora da responsabilidade extracontratual, consagrando a responsabilidade subjetiva, aquela que obriga a vítima a provar a culpa do ofensor para ser indenizada.

Como o direito é uma construção histórica de fatos e normas, os fundamentos e conceitos provenientes do Direito Romano, nortearam o Código Civil francês, que é o padrão das legislações modernas e cuja influência se encontra presente em todos os códigos civis das nações cultas⁶. Fixando os parâmetros de responsabilidade extracontratual, sendo decorrente da lei e não do contrato.

³ *Ibidem*, p. 9

⁴ *Ibidem*, p. 4.

⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁶ *Idem*.

Tão clássica quanto a responsabilidade civil, a responsabilidade civil médica teve sua introdução e destaque na França, com a fala do Procurador-Geral Dupin, que compilou algumas demandas judiciais envolvendo profissionais da área médica, no sentido que o médico e o cirurgião não são sempre responsáveis, pelos danos sofridos pelos pacientes, mas não se pode dizer que não o sejam jamais⁷. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, como se verifica, in verbis:

O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se desta noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão⁸.

Ou seja, abarca a responsabilidade civil *latu sensu*, basta que tenha havido negligência, imperícia ou imprudência. Não se trata de aptidão ou competência “mais ou menos ampla, senão somente da garantia contra a imprudência, a negligência, a pressa e uma ignorância crassa a respeito daquilo que se devia necessariamente saber e praticar em uma profissão”⁹.

Assim como tudo que nos cerca, a medicina progrediu conforme a evolução da sociedade contemporânea. A ciência e tecnologia fizeram surgir um aumento quantitativo e qualitativo dos recursos postos à disposição dos profissionais, ampliando-se as possibilidades de cura e de prolongamento na expectativa de vida¹⁰.

Atina-se que a prática da medicina é uma atividade vulnerável, uma vez que as demandas judiciais se tornam cada vez mais cotidianas, sendo a reparação civil decorrente de erro médico um pleito corriqueiro, nos tribunais brasileiros. O Prof. Hans Stoll, da Alemanha, diz que o médico era antigamente uma autoridade

⁷ DUPIN, *apud* CARVALHO, Patrícia: **Responsabilidade civil médica – obrigação de meio, sem exceções**, 2013, disponível em <https://patriciacouri.jusbrasil.com.br/artigos/>, acessado em 16/04/2019

⁸ DRUMOND *apud* PORTAL DO MÉDICO. **Responsabilidade civil e penal dos médicos**, disponível em http://www.portalmedico.org.br/jornal/Jornais2002/Mar%C3%A7o/pag_10.htm, acessado em 16/04/2019

⁹ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 255.

¹⁰ MELO, *op. Cit*, 2014, p. 8.

indiscutível, porém hoje é considerado um profissional como outro qualquer, que ganha a vida como os demais e deve pagar pelos erros cometidos¹¹. As intervenções médicas, sejam elas cirúrgicas ou não, estão mais arrojadas, em virtude da nova era da medicina e sua segurança. Todavia, é notório e decorrente que aumentam-se os riscos causados pelos procedimentos, sendo eles esperados ou não. E quando apresentam-se as consequências mais graves, o paciente se encontra mais disposto e mais ciente de seus direitos, razão pela qual, cada vez mais busca da tutela jurisdicional para pleitear indenização por erro médico, por outro lado, o médico se encontra mais frio e impessoal.

Hodiernamente, verifica-se que os resultados das intervenções são mais espetaculares que em outras gerações, pois a publicidade é mais ampla, em razão dos meios de divulgação, tanto que hoje se passou a esperar muito mais da Medicina, conforme leciona Genival Veloso de França¹², *in verbis*:

Os resultados das intervenções atuais são mais espetaculares que o das gerações passadas. A publicidade é muito mais ampla devido aos mais modernos meios de divulgação. Os transplantes cardíacos tanto fascinaram a imaginação do mundo inteiro, que hoje se passou a esperar muito mais da Medicina.

A medicina sempre teve e tem intuito de reduzir o sofrimento e aumentar a longevidade da vida humana, na forma mais honrosa do seu exercício. Com diagnósticos mais assertivos e tratamentos mais eficientes, a medicina moderna revela-se mais impessoal, contudo, os erros causados por tal categoria profissional deixou de ser obra de alguma divindade, e sim corpóreo, tateável, concreto e o principal, pleiteável. Destarte, o aumento significativo de demandas indenizatórias em face dos médicos.

¹¹ FRANÇA, *op Cit*, 2017, p.256.

¹² FRANÇA, *op. Cit*, 2017, p.257.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Todas as pessoas físicas ou jurídicas são passíveis de lesionar a esfera de direitos de outrem, decorrentes ou não do exercício de sua profissão. Na esfera de prestação de serviços, os médicos, por velarem a vida e saúde humana, direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sofrem maior exigência caso comentam algum erro. Os pacientes esquecem-se da volatilidade inerente da prática médica, que não é uma ciência exata. Como bem observa Jorge Mosset Iturraspe, há um descompasso na ciência médica entre seu avanço tecnológico e o humanismo, isto é, o respeito pela pessoa humana¹³.

A responsabilidade civil é um entravo pela compensação, pela restituição do *status quo antes* dos danos, conforme expressa o magistrado Ênio Santarelli Zuliani:

Resultados adversos, isolados, inexplicáveis, não formam barreiras intransponíveis para que se idealize uma fórmula capaz de permitir, sem desestruturar a atividade médica, que se faça justiça para as vítimas do erro profissional¹⁴.

Geralmente, o paciente, repleto de emoções, por passar por problemas de saúde, costuma acusar o médico de ter cometido erro, quando se depara com a frustração do tratamento recomendado, e a permanência da doença, olvidando-se que muitos tratamentos, por si só, não são capazes de trazer resultados esperados, ainda que previstos na literatura médica. Nesse diapasão, Alaércio Cardoso, diz o seguinte¹⁵:

É frequente o paciente, que se encontra carregado de emoções, acusar o médico de ter cometido erro, quando constata a frustração do tratamento recomendado, e a subsistência da doença, esquecendo-se do fato de que

¹³ ITURRASPE *apud* VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.591.

¹⁴ MELO, *op. Cit*, 2014, p. 32.

¹⁵ CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 289 *apud* ROSA, Amanda Borges de. **Responsabilidade Civil do Médico por Iatrogenia**. 2016. 32 fl. Monografia (Especialização) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2016, p.7.

muitas doenças não respondem da forma que se espera ao tratamento indicado pela ciência médica para aquele caso.

No mundo jurídico, pode-se considerar responsabilidade como a obrigação de reparar prejuízo decorrente de uma ação de que se é culpado, direta ou indiretamente.¹⁶ Coisa que os pacientes e familiares buscam incessantemente no Judiciário para suprimir possíveis frustrações decorrentes do tratamento utilizado pelo médico. O médico obriga-se a empregar toda técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma, com honradez e perspicácia, na tentativa da cura, lenitivo ou minoração dos males do paciente¹⁷.

O erro médico, em sua generalidade ocorre na modalidade culposa, afinal 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 profissional¹⁸ e quando ocorre é em decorrência de inobservância técnica, tais como a imperícia, negligência ou imprudência do profissional.

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados¹⁹.

Seguindo esse raciocínio, acerca da responsabilidade médica, é vital que o agente tenha agido conduzido pela culpa, apontando a negligência, imprudência ou imperícia do trabalho médico, que tem por finalidade a busca pela melhor qualidade de vida de tal forma que o profissional tem que utilizar todos os meios materiais e imateriais para tornar isso tangível.

No que concerne à responsabilidade civil dos médicos, segue-se a regra geral da imprescindibilidade da demonstração da culpa do agente, amenizadas as

¹⁶ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. Cidade: Editora, 2017, p.259.

¹⁷ Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.587.

¹⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Art. 2º, Código de Ética Médica.

¹⁹ GOMES, Júlio César Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de França: **Erro médico**. Disponível em http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/PartelVerromédico.htm, acessado em 10/01/2019.

exigências quanto à prova inarredável e profunda de sua ocorrência ante os termos consignados na legislação, quando a natureza da demanda ou as circunstâncias concretas apontarem para a responsabilidade mediante a produção de elementos de convicção mais singelos. [...] Em princípio, a contratação não engloba qualquer obrigação de curar o doente ou de fazer melhorar a qualidade de vida desfrutada, porque ao profissional incumbe a tarefa de empregar todos os cuidados possíveis para a finalidade última – e acima de tudo moral – de todo tratamento, ou seja, a cura seja alcançada. Todavia, a pura e simples falta de concretização do desiderato inicial de levar à cura não induz a existência da responsabilidade jurídica, que não dispensa a verificação da culpa do médico apontado como causador do resultado nocivo²⁰

No que tange o ramo da responsabilidade civil médica ela possui duas classificações, sendo de ordem pessoal e estrutural. Incide a modalidade pessoal quando o erro médico decorre de preceitos relacionados ao médico em si, seu mal emprego de técnicas, omissões ou até mesmo seu psicológico. Já a estrutural decorre de má estrutura hospitalar, ou seja, o meio em que se encontram médico e paciente corroboram para o evento danoso.

O erro médico, no campo da responsabilidade, pode ser de ordem pessoal ou de ordem estrutural. É estritamente pessoal quando o ato lesivo se deu, na ação ou na omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais. Pode também o erro médico ser procedente de falhas estruturais, quando os meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória²¹.

Há de se falar nas condições *ad absurdum* que a saúde dos hospitais brasileiros se encontram. De uma maneira caótica os profissionais da medicina e enfermagem devem enfrentar as turbulências e proporcionar uma melhor qualidade de vida ao paciente, aliviando-os de dor e sofrimento. Afinal ninguém desconhece que muitos desses maus resultados são originados das péssimas e precárias condições de trabalho, numa atenção à saúde cada vez mais decadente²². Nesse cenário, é fácil entender o que vem acontecendo nos locais

²⁰ MATIELO, Fabrício Zamproga (1998, p.66) *apud* disponível em <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/da-responsabilidade-civil-do-medico-2013-a-culpa-e>, acessado em 25/08/2018.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.586.

²² FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 271.

de trabalho médico, onde se multiplicam os danos e as vítimas, e onde o mais fácil é culpar os médicos, que ética e legalmente seriam os primeiros responsáveis²³.

Não é pacífico no ordenamento jurídico a natureza da avença celebrada entre médico e paciente, uma parcela entende ser contrato de prestação de serviço, e para outros um contrato *sui generis*.²⁴ Afinal, o médico não se presta tão somente tratar a patologia, e sim analisar o ser humano como um todo, sendo então um conselheiro, guarda e protetor do enfermo e sua família. Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada, exceto, nos casos de obrigação de resultado, em que há culpa presumida. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, afinal a prática da medicina nunca foi ou será uma ciência exata, ademais nem todo resultado adverso é decorrente de erro médico.

Entretanto, essa discussão contratual não se confunde ou altera a responsabilidade do médico, que em regra, é de meio, uma vez que é inconcebível prometer uma cura que talvez não possa se realizar. Não pelos tratamentos aplicados, imperícia ou negligência médica, mas pela imprevisibilidade do exercício da medicina. O médico deve aplicar, toda diligência de sua técnica a fim de atingir o resultado esperado (não se tratando de cirurgia estético-embelezadora ou de exames clínicos, radiológicos e assemelhados²⁵).

A responsabilidade civil médica, em regra, é de meio, como fala Sérgio Cavaliéri Filho, pois aquele não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.²⁶ Significa dizer que o médico não se obriga a restituir a saúde ao paciente que esteja aos seus cuidados, “mas a conduzir-se com toda a diligência na aplicação dos conhecimentos científicos, para colimar, tanto quanto possível, aquele objetivo”²⁷.

²³ FRANÇA, *op. Cit*, 2017, p. 271.

²⁴ CAVALIÉRI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 472.

²⁵ VENOSA, *op. Cit*, 2017, p.587

²⁶ CAVALIÉRI FILHO, *op. Cit*, 2015, p. 473.

²⁷ CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**,1982. Revistas dos Tribunais, São Paulo. p. 396.

Esse tratamento jurídico diferenciado aos profissionais liberais é pautado nas variáveis situações que tornam o resultado final almejado dependente não apenas da capacidade, conhecimentos e empenho do profissional, como também de fatores externos e aleatórios que interferem na concretização do acordado. Há ainda uma compactação a atividade médica como a prestação dos serviços advocatícios, pois ambas as profissões se encontram nessa seara de volatilidade. Adverte o magistrado Jurandir Sebastiao, que o profissional tem um dever de empenho que supera o conceito de contrato de meio, uma vez que se exige do profissional que demonstre que houve a aplicação adequada de todos os meios materiais:

O profissional tem também um dever de empenho que supera em muito o conceito jurídico de contrato de meio na exata medida em que se exige do profissional que demonstre que houve a correta aplicação de todos os meios materiais e profissionais aplicáveis à espécie e que, além deles, mais não se fez porque não foi possível, embora se tenha procurado e tentado a exaustão²⁸.

Não se pode atribuir responsabilidade total ao médico, porque algumas situações independem de sua vontade ou competência. Não esquecendo-nos dos designios da natureza e desejando que o mesmo supere os desígnios de Deus, superando o poder da vida:

Nem querer que o médico seja o Deus supremo da vida, sob risco de o fazendo, cometer-se uma grande injustiça na medida em que não se pode atribuir ao médico o poder supremo da vida, da saúde, da perfeição física e da morte, o que, sem nenhuma alusão a convicções religiosas, somente a Deus cabe decidir²⁹.

Sendo assim justificável o tratamento diferencial dos profissionais liberais, como os médicos, das demais profissões. Logo, conforme ensinamentos de Ulderico Pires dos Santos é necessário que resulte provado de modo conclusivo e

²⁸ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 113.

²⁹ MAGRINI, Rosana Jane. **Responsabilidade civil do médico** *apud* MELO, Nehemias Domingos de. **Erro médico e o dano moral: como o médico poderá se prevenir?** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2974 acessado em 16/04/2019.

irrefutável que houve o evento danoso, provocado por ações falhas, tais sejam elas movidas por negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro do agente³⁰:

Para responsabilizá-lo pelos insucessos no exercício de seu mister que venham a causar danos aos seus clientes em consequência de sua atuação profissional é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte.

Sob esse mister que é exercer a medicina, os profissionais tratam diretamente com os bens mais importantes do indivíduo, contemplados em nossa lei maior, a Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

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

Quais sejam: a vida, a integridade física e psíquica, a dignidade e a intimidade.

3.1 Das excludentes de responsabilidade civil e ilicitude

Segundo Rui Stoco, a ninguém é permitido lesar a esfera de direitos de outrem sem sofrer as consequências da reparação, tal qual uma relação de causa e consequência. Contudo há alguns institutos capazes de romper essa causa e efeito, o chamado nexo de causalidade. Desse modo é necessário perquirir se o agente deu causa ao resultado, porque ninguém pode responder por algo que não

³⁰ THEODORO JR, Humberto. **A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência**, São Paulo: Aide, 1993, p. 361.

fez. Há um nexu etiológico ou relação de causalidade que deriva das leis naturais³¹ capaz de romper essa obrigação de reparação, o nexu causal.

O nexu causal é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil, pois este é o liame, o vínculo entre a conduta e o resultado que gerou dano a esfera jurídica de terceiro.

Não rara as vezes, ao se verificar as condutas nos agentes nos casos concretos é possível verificar que não deram causa ao evento danoso, sendo inimputável a estes a restituir o *status quo ante* através do instituto da reparação, desse modo não cabendo a eles. Como leciona a máxima *ad impossibilia nemo tenetur* – ninguém está obrigado ao impossível. Se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível, ou seja, não foi apto a produzir os efeitos danosos ou não deu causa a aqueles, não se pode dizer que o dever foi violado, faz-se imprescindível a prova do liame etiológico para a condenação do médico³², como leciona Silvio Venosa, preconizando como elemento indispensável a realização de exame da relação fática para assim chegar ao causador do dano, pois o nexu causal nunca é dispensado.

É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexu causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexu causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito³³

O art. 188 do *codex* Civil consagra as hipóteses que são aptas de rompimento do nexu causal, sendo condutas excludentes de ilicitude, *in verbis*:

Art. 188. 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 alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.
Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo

³¹ VENOSA, *op. Cit*, 2017, p. 492.

³² FILHO, Sergio Cavalieri: **Programa de responsabilidade civil**, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 95.

³³ VENOSA, *op. Cit*, 2017, p. 492.

Infere-se desse artigo as excludentes de ilicitude, que impedem que se concretize o nexo causal, tais como a legítima defesa e o estado de necessidade, neste último caso, desde que o bem jurídico lesado sejam daquele que causou o perigo.

Quanto à excludentes de responsabilidade, que rompem o nexo causal, tem-se: a culpa exclusiva da vítima, preferencialmente chamada de fato da vítima, por alguns doutrinadores, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar³⁴. Chamada pela doutrina como rompimento do nexo causal, desaparecendo a relação de causa e efeito entre o dano e seu causador.

Quando ocorre a culpa exclusiva da vítima, verifica-se o rompimento do nexo causal, o que não ocorre com a culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, onde a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, podendo inclusive serem parceladas de forma desigual, à medida da intensidade da culpa.³⁵ Caio Mário da Silva Pereira conclui que a solução ideal, portanto, é especificar matematicamente a contribuição da culpa da vítima para o efeito danoso³⁶.

Ademais o Art. 945 do código expressa que caso a vítima concorrido, ainda que culposamente, tem a indenização fixada perante a dimensão do dano, conseqüentemente ao nível de culpa do autor e vítima, *in verbis*: “Art. 945 Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Outra situação apta a excluir a responsabilidade civil é o caso fortuito e a força maior, tema de grande importância para o direito, pois essa expressão

³⁴ VENOSA, *op. Cit*, 2017, p. 493.

³⁵ VENOSA, *op Cit*, 2017, p. 493.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. *apud* VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 493.

utilizada não só no direito civil como principalmente no direito penal. José Aguiar Dias reforça a ideia de que as expressões são sinônimas, e é inútil distingui-las. Na verdade, não são, mas atuam como tal no campo da responsabilidade civil³⁷. Assim nos diz os artigos 393, quando não há que se responsabilizar o devedor pelos prejuízos quando manifestamente provados que não deram causa, *in verbis*: “Art. 393 - O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Tratam-se de acontecimentos que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação, e que os resultados práticos não são os mesmos. Contudo as doutrinas, embora não pacíficas, instruem que o caso fortuito (*act of God*, ato de Deus) seriam decorrentes da força da natureza, tais quais desastres naturais como terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, Sérgio Cavalieri, segue esse pensamento expressando que caso fortuito é todo evento imprevisível, logo, inevitável.

Outra linha de pensamento acerca da enquanto a força maior decorreria de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridades³⁸. Vê-se então que a imprevisibilidade é elemento do caso fortuito, enquanto que a inevitabilidade da força maior. A imprevisibilidade tem que ser específica, presente, atual, relativa às circunstâncias do momento da realização da conduta, e não genérica. Como leciona Silvio Venosa:

Caso fortuito se ligaria aos critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade. Assim o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou fato humano. A força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever sua ocorrência³⁹.

De qualquer forma, o caso fortuito e a força maior devem partir de fatos alheios à vontade do devedor ou do interessado, para que assim seja apto a romper o nex

³⁷ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1980 *apud* VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 495.

³⁸ VENOSA, *op. Cit*, 2017, p. 495.

³⁹ VENOSA, *op. Cit*, 2017, p. 495.

de causalidade. Assim como o Estado de Necessidade, Legítima Defesa e Exercício Regular de Direito, contemplados nos artigos 186 e 188 do código civil, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 188. 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 alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

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

Assim como no direito penal, a legítima defesa constitui uma justificativa da conduta, embora não se admita a justiça com as próprias mãos o legislador entende que, usando moderadamente dos meios necessários, o agente pode repelir injusta agressão a seu direito ou de terceiros. Dessa forma não constituem ato ilícito os praticados em legítima defesa, como infere-se o inciso I do artigo acima. A legítima defesa putativa não inibe o dever de indenizar, porque exclui a culpabilidade, mas não a antijuridicidade⁴⁰.

Contudo, caso o ato praticado visando repetir a lesão atinja um terceiro há de se fazer jus ao instituto da reparação, tal como se este ato for praticado ultrapassando os limites da razoabilidade.

Na mesma esteia, também não são passíveis de indenização os atos praticados no exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal, que, assim como a legítima defesa, possui um viés penal. Ainda que praticando um fato típico e dele tenha decorrido lesão, a conduta do agente será considerada lícita, uma vez que o agente possa ter provocado o dano, agiu dentro do que o ordenamento jurídico estabelece, sendo inimputável a ele o dano devido o rompimento do nexo de causalidade. Contudo, não se pode descuidar dos limites

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11. Responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994 *apud* VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 501.

da ponderação, sob pena de praticar ato ilícito. Como leciona o artigo 187 do *códex* Civil.

Há de se falar ainda do fato exclusivo da vítima, que impede que se concretize o nexo causal, pois a mesma é a causadora do próprio dano. Não se poderá falar em liame de causalidade entre o ato deste e o prejuízo por aquele experimentado, segundo a máxima “*qui sua culpa damnum sentit, damnum sentire non videtur*” - Se alguém causar o próprio dano que sofrer, não parecerá tê-lo sofrido. No mesmo sentido Aguiar Dias, imprime que em se tratando de culpa exclusiva da vítima exclui-se a relação com o terceiro que participou do evento danoso, sendo rompido o liame, rompe-se o nexo de causalidade. Desse modo ocorre a isenção da responsabilidade:

Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude ao ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso⁴¹.

Adverte-se que essa modalidade de excludente de responsabilidade civil não é só hábil de romper o liame do nexo de causalidade, excluindo por sua vez a culpa, como também é causa de isenção de responsabilidade.

Inescusável mencionar o instituto da iatrogenia como excludente de responsabilidade civil médica, na lição de José Carlos Maldonado de Carvalho, enuncia que conceito moderno de iatrogenia trazido pela medicina impede de forma que se choca com a responsabilidade civil, pois o um mal causado, através de tratamento médico, aplicam seus conhecimentos (escupulário) com zelo, sendo as reações adversas uma mera relação terapêutica⁴²:

A medicina moderna, ao conceituar iatrogenia como todo dano causado ao paciente pela ação médica ou ao males provocados pelo tratamento prescrito, estanca de forma direta o ingresso no campo da responsabilidade civil, já que os profissionais médicos, que cuidam da saúde alheia, assumem uma

⁴¹ FILHO, *op. Cit.*, 2015, p. 95.

⁴² CARVALHO, José Carlos Maldonado *apud* MENEZES, Tula Rodrigues Ferreira: **erro médico e iatrogenia: causa de exclusão da responsabilidade médica?** Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/tulameneze_s.pdf, acessado em 18/10/2018.

obrigação de meios com a finalidade de aplicar a arte, perícia e zelo que detêm e que seu pacientes presumem estejam no domínio do esculápio, cujo eventual desvio não vai além da relação terapêutica.

A maior gama de iatrogenias não implica responsabilidade profissional, tendo em vista que são previsíveis ou decorrentes de fatores individuais e próprios de cada paciente⁴³. Ao passo que cada ser é único, cada organismo possui sua reação aos tratamentos, ressaltando ainda que alguns pacientes não informam patologias aos seus médicos, fato que pode colaborar com eventuais resultados adversos, tais como a não informação de uma alergia ou até mesmo doença. Diante desse diapasão, a sensibilidade e relação podem ocorrer, sem qualquer relação de causa e efeito com a atuação do médico, à técnica empregada ou ao medicamento ministrado⁴⁴.

3.2 Do Dano Iatrogênico

A iatrogênia, está associada a uma síndrome não punível caracterizada por um dano inculpável no corpo ou na saúde do paciente como consequência de uma aplicação terapêutica, promovida pelo médico. Sendo assim, a *iatrogenia* seria qualquer ato médico, contudo, pelo melhor entendimento esse agir médico está intimamente ligado a um resultado negativo da prática médica.

Nesse sentido, um médico, ainda que disponha dos melhores recursos tecnológicos diagnósticos e terapêuticos, é passível de cometer iatrogenias⁴⁵. Todavia, esse instituto, apesar de estar relacionado ao erro médico é totalmente apto a afastar a responsabilidade civil, pois afasta dolo ou culpa do profissional de saúde, pois possui o condão de romper o nexo de causalidade, componente da matriz da responsabilidade civil, positivada no artigo 186 de nosso código civil.

⁴³ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 171.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ TAVARES, Felipe de Medeiros: **Reflexões acerca da Iatrogenia e Educação Médica**, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbem/v31n2/09.pdf>, acessado em 19/11/2018.

Segundo esse entendimento, pode-se exprimir que o médico não seria responsabilizado nem na instância civil, penal ou administrativa, por se tratar de erro escusável ou simples imperfeição científica incluída no campo da falibilidade tanto médica como também humana. Kátia Conceição Guimarães Veiga preconiza que na medicina a iatrogenia é considerada como consequências naturais de procedimentos e diagnósticos, não só da área médica, mas também de enfermagem, principalmente os procedimentos invasivos:

As manifestações inerentes aos vários procedimentos diagnóstico terapêuticos adotados na área médica e de enfermagem, principalmente aqueles de caráter invasivo, cujos efeitos danosos podem ser presumíveis, inesperados, controláveis ou não⁴⁶.

O desembargador Sylvio Capanema de Souza, por sua vez, leciona que o profissional que agir aplicando as técnicas indicadas e instruídas na literatura médica, a fim de gerar uma melhor qualidade de vida, minimizando o sofrimento do paciente ao efetuar o procedimento que ele entender o mais correto, não deve-se atribuir o instituto da responsabilidade civil, uma vez que, o resultado adverso se deu através do emprego da perfeição técnica:

Agindo o profissional com perícia e prudência, utilizando-se das técnicas indicadas pela literatura médica para evitar danos ao paciente, e efetuando o procedimento mais indicado para o objetivo pretendido, não lhe deve ser atribuída qualquer responsabilidade pelas sequelas que decorrem do procedimento utilizado, que se caracterizam como lesões iatrogênicas, que são lesões previsíveis, porém inevitáveis, provocadas por um ato médico⁴⁷.

Podem ser distintas de três formas as iatrogenias, a primeira delas é decorre de mutilações cirúrgicas, extrações de órgãos ou membros, como ocorre nos caso de cirurgias de câncer de mama, sendo as lesões previsíveis e esperadas; a segunda distinção são lesões previsíveis e inesperadas decorrentes do perigo inerente a todo e qualquer procedimento, tal qual a relação alérgica a determinado

⁴⁶ VEIGA *apud* MENEZES, Tula Rodrigues Ferreira: **erro médico e iatrogenia: causa de exclusão da responsabilidade médica?** Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/tulameneze_s.pdf, acessado em 18/10/2018.

⁴⁷ SOUZA *apud* Maldonado *apud* MENEZES, Tula Rodrigues Ferreira: **erro médico e iatrogenia: causa de exclusão da responsabilidade médica?** Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/tulameneze_s.pdf, acessado em 18/10/2018

tipo de medicamento⁴⁸, tais como reações alérgicas em decorrência do organismo do próprio paciente, como alergia a morfina; por fim tem-se as falhas decorrentes do comportamento humano no exercício da profissão, elucidando a confusão entre veias no caso de cirurgia de varizes, sendo esta suscetível a responsabilização civil.

As duas primeiras definições não há de se falar em responsabilidade civil médica, uma vez observadas a volatilidade e vulnerabilidade que é a prática da medicina. As lesões iatrogênicas decorrem de danos que são previsíveis, esperadas ou inesperadas, gerados intimamente pelo tratamento médico. Em contra posição as lesões causadas na modalidade culposa não concebe o instituto da iatrogenia, visto que são causadas pelo mal desempenho do profissional, possibilitando o pleito por reparação civil.

Destarte, o melhor entendimento é no sentido de que são lesões iatrogênicas apenas aquelas que são previsíveis, esperadas ou inesperadas, decorrentes do procedimento médico adotado, incapazes de gerar responsabilidade, ao passo que as lesões decorrentes de falha no atuar médico, tais como negligência, imprudência ou imperícia, não são consideradas iatrogênicas, ingressando, portanto, no campo do ato ilícito, capaz de ensejar de responsabilidade civil⁴⁹

Cabe aclarar que a iatrogenia caracteriza-se por um erro escusável, que não gera a responsabilidade, pois não se confunde com erro médico, pelo consequente rompimento do nexo de causalidade, como excludente da matriz da responsabilidade civil tornando-se incomunicável com esta. Tanto na esfera penal, como na administrativa e civil, como é asseverado por Tula Rodrigues Ferreira de Menezes, em artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós Graduação.

Impende esclarecer que a iatrogenia não se confunde com o erro médico que gera, inegavelmente, a responsabilidade civil. Certo é que iatrogenia e

⁴⁸ DIAS, Aparecida T. Nagão *et al.* **Reações alérgicas a medicamentos**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572004000500004, acessado em 13/02/2019

⁴⁹ MENEZES, Tula Rodrigues Ferreira: erro médico e iatrogenia: causa de exclusão da responsabilidade médica? In: **Revista da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro**. 2010, p.30. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/tulamenezes.pdf, acessado em 18/10/2018

responsabilidade civil são institutos inconciliáveis e excludentes. São inconciliáveis, uma vez que a iatrogenia caracteriza erro escusável, que não gera a responsabilidade em qualquer de suas esferas civil, penal ou administrativa⁵⁰.

A *iatrogenia* está relacionada a um atuar médico, que causa um dano ao paciente, porém seu intuito era o restabelecimento da saúde do paciente.

⁵⁰ *Ibidem*, p.7.

4 JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA ACERCA DO DANO IATRÔGENICO

Entre diversos temas acerca da responsabilidade civil, se destaca a responsabilidade civil médica, já que a profissão, na sua forma mais nobre, sempre se manteve em harmonia com o crescimento da sociedade, devida dimensão do seu instrumento de trabalho, a vida das pessoas. Tanto que alguns doutrinadores colocam a atividade médica como atividade incomparável a qualquer outra, porque o médico tem em suas mãos a vida e a honra do paciente, como se verifica, *in verbis*:

A responsabilidade do médico para com a coletividade sempre existiu pelo seu papel transcendente e grave, e a medicina não pode ser comparada a nenhuma outra profissão, pois ninguém tem nas mãos, ao mesmo tempo, a vida e a honra das pessoas⁵¹.

Em razão de maior conhecimento do paciente acerca de seus direitos e maior viabilidade de acesso à justiça, sobretudo, com a assistência gratuita da Defensoria Pública, vem aumentando a cada ano o número de demandas que tem por objeto a indenização causada por erro médico ou dano médico.

Partindo-se do pressuposto que a iatrogenia é uma causa de exclusão de responsabilidade civil do médico, muitos foram os julgados que a reconhece como tal e muitos os que não a consideraram como excludente de responsabilidade daquele profissional, razão pela qual, conveniente se faz trazer jurisprudência acerca do tem, como aduzir-se-á a seguir.

Inúmeros pleitos nos tribunais brasileiros buscam uma restituição, qual seja, a indenização decorrente da ação humana que tem como pressupostos a existência de uma conduta voluntária, e o dano injusto sofrido pela vítima⁵².

⁵¹MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO, disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_03_147.pdf acessado em 12/04/2019.

⁵² *Idem*.

Existem casos em que o erro médico tem uma flagrante identificação, no qual são evidentes a culpa, o dolo, a imprudência, a imperícia, ou o que deu causa ao dano gerado.

Tais casos midiáticos, cuja imprensa conduz a um julgamento prévio, como o “do Doutor Bumbum”, que ficou nacionalmente conhecido por, segundo noticiário, causar a morte de uma paciente ao injetar excessivas doses de polimetilmetacrilato para aumentar os glúteos. Substância, composta por microesferas de um material parecido ao plástico, que não obstante seja aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é indicado para uso em pequenas quantidades e em casos pontuais⁵³.

Ocorrem situações absurdas, nas quais até para leigos é cediço o infame erro no agir médico, tal como ocorreu nos Estados Unidos, onde Nancy Andrews, de Commack, Nova York, ficou grávida após uma fertilização *in vitro* – um procedimento realizado em uma clínica, contudo o material utilizado não era o de seu cônjuge, e sim de outro homem – o que fora comprovado por exame de DNA.

54

Pode ocorrer ainda, do médico misturar o tipo sanguíneo do paciente, remover órgãos errados, administrar doses erradas de anestesia, retirar um órgão saudável ao invés do que possui disfunção, confundir os pacientes, praticar procedimentos errados, exemplo, vasectomia ao invés de fimose, e até mesmo esquecer algum instrumento dentro do paciente. Casos como esses são indiscutíveis, desse modo impossível eximir o profissional da saúde por sua ação.

Todavia, alguns médicos estão adotando a iatrogenia como uma manobra de defesas em casos não tão visíveis, tal como um escudo de proteção para as ações reparadoras de responsabilidade. Como se observa em julgado recente, datado de 06/02/2019, onde a questão levada a julgamento diz respeito a supostos

⁵³ BBC, **Quem é o 'Doutor Bumbum', médico celebridade nas redes sociais que foi preso após morte de paciente**, disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44870548>, acessado em 07/03/2019.

⁵⁴ FERNANDES, Rafael **10 casos inacreditáveis de negligência médica que beiram o absurdo**, disponível em <http://www.jornalciencia.com/10-casos-inacreditaveis-de-negligencia-medica-que-beiram-o-absurdo/> acessado em 03/02/2019.

males causados devido uma infecção hospitalar ocorrida pela má prestação de serviço médico em cirurgia de revascularização, como verificar-se –a, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CIRURGIA DE REVASCULARIZAÇÃO DO MIOCÁRDIO. PÓS-OPERATÓRIO. INFECÇÃO HOSPITALAR. DANOS MORAIS. PERÍCIA TÉCNICA. PERSUASÃO RACIONAL. IATROGENIA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Hipótese de má prestação de serviço que ensejou infecção hospitalar, a ensejar indenização por danos morais. 2. O Estado não está obrigado a disponibilizar assistente técnico ao perito no caso de ser a parte beneficiária da gratuidade de justiça. 3. A valoração das provas coligidas aos autos pelas partes deve ser provida de acordo com o livre de acordo com o livre convencimento motivado do magistrado, pois não há hierarquia entre as provas no sistema adotado pelo Brasil, nos termos do art. 371 do CPC. 4. De acordo com a teoria da causalidade adequada, para que se observe o nexo de causalidade, é preciso verificar se a ação ou omissão imputada ao agente era ou não adequada à produção do dano. 5. Para Irany Novah Moraes (MORAES, Irany Novah. Erro Médico e a Lei. 5. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 489), a iatrogenia pode ocorrer no caso em que as lesões são previsíveis, mas curialmente não esperadas, decorrente do risco natural existente em qualquer procedimento médico, situação que se ajusta à hipótese examinada nos autos. 6. A ocorrência de consequências pós-cirúrgicas,³ decorrência de condições pessoais do autor ou da própria modalidade de cirurgia, indicadas em perícia judicial, sem que tenha havido a demonstração de negligência, imprudência ou imperícia pro hospital, não configura a ocorrência de ilícito a ensejar danos morais. 7. Apelação conhecida e desprovida⁵⁵.

Seguindo essa mesma linha, de utilizar o instituto da iatrogenia como um escudo de proteção, pode-se ver esse julgado datado de 16/10/2018, onde uma injeção intramuscular desencadeou uma severa alergia a uma menor afastando a responsabilidade do profissional, que poderia ter ciência de eventual alergia medicamentosa. Todavia, uma vez negado o recurso interpelado pela parte autora, ora lesada, afastou a responsabilidade do profissional.

0031238-14.2014.8.19.0205 - APELAÇÃO
Des(a). AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR - Julgamento: 16/10/2018 - OITAVA CÂMARA CÍVEL
APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA DE ERRO MÉDICO. RISCOS INERENTES AO PROCEDIMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. O EXPERT ATESTOU QUE, EMBORA O PROCEDIMENTO DE INJEÇÃO INTRAMUSCULAR APRESENTE RISCOS, O MÉTODO UTILIZADO FOI O INDICADO PARA TRATAR A MENOR, ACOMETIDA COM QUADRO ALÉRGICO GRAVE; E QUE OS RISCOS DE COMPLICAÇÕES DE UMA INJEÇÃO INTRAMUSCULAR NÃO SERIAM SUFICIENTES PARA CONTRAINDICAR ESTE PROCEDIMENTO

⁵⁵ CIARLINI, Alvaro. Juiz relator do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 3ª Turma Cível. Processo n. 0022854-57.2016.8.07.0001. DF. 06 de fev. 2019. Publicado em 13/02/2019. Disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/375202797/apelacao-apl-1173453820078190001-rio-de-janeiro-capital-4-vara-faz-publica/inteiro-teor-375202804> acessado em 30/04/2019.

NAQUELA OCASIÃO. IATROGENIA. COMPLICAÇÕES CAUSADAS COMO RESULTADO DE UM TRATAMENTO MÉDICO. MENOR QUE NÃO APRESENTA SEQUELAS. PARECER DA DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. TJR 0031238-14.2014.8.19.0205,⁵⁶

Para embasar o entendimento protetivo dessa excludente, pode-se observar neste outro julgado, datado de 13/07/2011, na qual objetiva a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos estéticos e morais. Contudo foi mais uma vez afastado devido ao fato de que a obrigação do médico não deveria se alterar sendo obrigação de meio para resultado, pela singela circunstância geográfica do seu atuar, devendo, estar presente, para fins indenizatórios, o respectivo nexo causal, qual seja a causa de consequência da má condução do médico ao atendimento do paciente⁵⁷.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MILITAR. ERRO MÉDICO INCONFIGURADO. MILITAR. DANO IATROGÊNICO. REGRA ESPECÍFICA. LEI CASTRENSE. PRECEDENTES. DENUNCIÇÃO À LIDE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes.

(TRF/ 2ªR, AC 2005.51.01.026332-5, minha relatoria, DJ 16/7/08, 8ª Turma Especializada, unânime), tendo, ainda a Suprema Corte assentado que os benefícios do Estatuto dos Militares constituem regras específicas que afastam, eventual, indenização do Poder Público com base na responsabilidade civil, sendo inacumuláveis (STF, RE 110843, DJ 27/2/87).

Quanto à denúncia à lide, incumbirá, ao denunciante, no presente caso, arcar a verba honorária em relação ao denunciado. Isso porque a denúncia ao servidor apontado como responsável pelo dano não se inclui entre as hipóteses legais de obrigatoriedade da denúncia da lide.

Recursos desprovidos⁵⁸.

Faz-se necessária uma análise minuciosa de jurisprudências pátrias acerca desse tema, para que possa ser estabelecido um padrão adotado por profissionais da medicina e seus patronos, e assim eximi-los da responsabilidade de arcar com

⁵⁶ MOREIRA JUNIOR, Augusto Alves. Juiz desembargador. Processo n. TJR 0031238-14.2014.8.19.0205. RJ. 16 de out. 2018. Data de publicação 08/11/2018. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201800136696> acessado em 30/04/2019.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ DYRLUND, Poul Erik. Juiz Relator do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Oitava Turma Especializada. Processo n. 2005.51.01.026332-5. 13 de jul. 2011. Disponível em <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20283832/apelacao-civel-ac-200351090009770-rj-20035109000977-0?ref=serp> acessado em 30/04/2019.

o ônus de restituição para o *status quo*, ou seja, situação em que se encontrava o paciente antes do procedimento terapêutico empreendido pelo médico.

Neste julgado, datado em 16/10/2017, o qual versa sobre danos estéticos provenientes de cicatrizes feitas após duas cirurgias, em síntese, a autora, sentia-se mal com sua aparência física, diante da flacidez do seu abdômen após 4 (quatro) gestações, resolveu submeter-se a cirurgia reparadora (lipoaspiração). Ocorreu que ao voltar ao consultório para retirar o curativo, sua cicatriz estava inflamada, então a autora, ora paciente foi submetida a outra cirurgia denominada refinamento de cicatriz hipertrófica não estética. Todavia, não detectada melhora; bem ao contrário, teria havido piora no seu estado. No caso em tela, no decorrer do processo após perícia realizada, não identificou qualquer desvio técnico do réu, ora médico. Motivo pelo qual se rompeu o nexo de causalidade entre dano, médico, paciente e o dever de indenização.

CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. CICATRIZ DEIXADA POR CIRURGIA ABDOMINAL REPARADORA. LAUDO PERICIAL NÃO IMPUGNADO OPORTUNAMENTE. PRECLUSÃO. NO MÉRITO, AUSENTE A PROVA MÍNIMA DO DIREITO AUTURAL. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 330 DO EG. TJRJ. ESPECIALISTA DO JUÍZO QUE ASSEVERA A CORREÇÃO TÉCNICA DO PROCEDIMENTO REALIZADO. HIPÓTESE DE DANO IATROGÊNICO. INEXISTÊNCIA DE CULPA DO PROFISSIONAL LIBERAL. PRECEDENTES DESTES EG. TJRJ. RISCOS COMPROVADAMENTE INFORMADOS À AUTORA. IMPROCEDÊNCIA QUE SE IMPUNHA. DESPROVIMENTO DO RECURSO⁵⁹.

Em contra posição, a fim de elucidar um posicionamento não protetivo dos tribunais brasileiros tem esse julgado, datado de 07/06/2015, o qual a autora da ação pleiteava ressarcimento a seu *status quo*, devido imperícia da ré na realização de clareamento odontológico, uma vez que sofreu queimadura na mucosa do lábio superior, provocado por imperícia, não podendo se falar, em iatrogenia, que se caracteriza por um atuar adequado e necessário⁶⁰. Ressalta-se

⁵⁹ TOSTES, Custódio de Barros. Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL n. 00038604920108190003 29 de jul. 2017. Data de Publicação: 29/06/2017 disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473637774/apelacao-apl-38604920108190003-rio-de-janeiro-angr-dos-reis-1-vara-civel?ref=serp> acessado em 30/04/2019.

⁶⁰ *Idem*.

que apesar de ser uma conduta de uma dentista, esse julgado adequa-se à análise, pois é o ato está intrinsecamente ligado a área da saúde.

APELAÇÃO Nº 0013576-04.2009.8.19.0208 APTE: ANA BEATRIZ LOPES ROSAS APDO: ANTONIO CARLOS RIBEIRO DUARTE Apelação cível. Responsabilidade Civil do cirurgião-dentista. Obrigação de resultado. Profissional liberal que responde de forma subjetiva, por força do art. 14, §4º, do CDC, c/c art. 951, do CC, porém com presunção de culpa. Precedente do STJ. Alegação de dano iatrogênico afastada. Sentença confirmada. 1. Em se tratando de procedimentos odontológicos, como regra geral, a obrigação assumida pelo cirurgião-dentista é de resultado, comprometendo-se o profissional em atingir o objetivo prometido ao paciente. Neste caso, se o resultado não for obtido, o devedor será considerado inadimplente e deverá responder pelas perdas e danos sofridas pelo consumidor. 2. Vale ressaltar que, embora a obrigação seja de resultado, a responsabilidade do dentista permanece sendo subjetiva, por força da regra contida no art. 14, §4º, do CDC c/c art. 951, do CC. 3. No entanto, conforme decidido pelo STJ, essa responsabilidade, malgrado subjetiva, se dará com inversão do ônus da prova, cabendo ao dentista comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios à sua atuação profissional. Trata-se, portanto, de responsabilidade subjetiva com culpa presumida. 4. A responsabilidade com culpa presumida permite que o devedor (no caso, o cirurgião-dentista), prove que ocorreu um fato imponderável que fez com que ele não pudesse atingir o resultado pactuado. Caso obtenha êxito em provar esta circunstância, o profissional liberal estará isento do dever de indenizar. Oportuno salientar, ainda, que o caso fortuito e a força maior, apesar de não estarem expressamente previstos no § 3º do art. 14 do CDC, podem ser invocados como causas excludentes de responsabilidade dos fornecedores de serviços. Desse modo, se o odontólogo conseguir provar que não atingiu o resultado por conta de um caso fortuito ou força maior, ele não precisa indenizar o paciente. 5. E, uma vez esclarecido que recai sobre a ré a presunção de culpa pelos danos alegados pela parte autora, ele tem o ônus de comprovar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito autoral, nos termos do art. 333, II, do CPC, o que não logrou fazer. Pelo contrário. O laudo pericial é categórico no sentido de que as queimaduras provocadas no autor em razão do procedimento resultaram da ausência de utilização de isolamento dental, o que caracteriza imperícia. Desse modo, restando demonstrada a culpa da ré no procedimento realizado, não há que se falar em iatrogenia, que se caracteriza por um atuar adequado e necessário. 6. O dano moral é evidente e resulta do sofrimento experimentado pelo autor em razão das queimaduras provocadas pelo tratamento estético realizado pela ré. 7. Manutenção do quantum indenizatório arbitrado em R\$15.000,00, valor que atende à finalidade compensatória (art. 944, caput, do Código Civil), tendo em vista a gravidade das lesões suportadas pelo demandante, bem como ao componente punitivo-pedagógico que visa a impulsionar à ré a melhoria de seus serviços. **8. Negativa de seguimento ao recurso.** ⁶¹

⁶¹TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. Desembargador Juiz, RJ. Apelação nº 0013576-04.2009.8.19.0208. Data de julgamento 09 jul. 2015. Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor, Data publicação 13/07/2015. Disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359578913/apelacao-apl-135760420098190208-rio-de-janeiro-meier-regional-5-vara-civel/inteiro-teor-359578922> acessado em 02/05/2019.

Oportuno trazer também este outro julgado do estado do Amazonas, datado de 09/07/2017, ao qual também fora afastada a iatrogenia devido ao rompimento do nexo de causalidade na relação médico, paciente e lesão sofrida. Neste julgado a autora, a menor Manuela Vitória Félix Soares, supostamente sofreu lesões físicas após ser submetida a tratamento médico em um hospital público no Estado do Amazonas. Tal rompimento se deu, pois a lesão foi inerente à atividade médico hospitalar, ou seja, para a verificação do nexo causal, é indispensável perquirir a existência de uma relação necessária de causa e efeito⁶². Em se tratando do dano iatrogênico, aquele que é decorrente de uma causa autônoma, sem qualquer relação com a qualidade do serviço, afinal, não é razoável que o atendimento realizado segundo a boa técnica seja hábil a caracterizar o instituto da responsabilidade civil.

DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAL E MORAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. AUSÊNCIA DA PROBABILIDADE DO DIREITO (ART. 300 DO CPC/2015). RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – ART. 37, § 6.º, DA CF/1988. ERRO MÉDICO. NÃO EXPLICITAÇÃO. FALTA DE NEXO DE CAUSALIDADE. DECISÃO REFORMADA. I – A responsabilidade civil do Estado, pelos danos causados por seus agentes a terceiros é, em regra, da espécie objetiva. É dizer que independe da comprovação de dolo ou culpa do causador direto do dano: suficiente a prova, por parte do lesado, de que houve uma conduta comissiva, um dano sofrido e o nexo de causalidade entre ambos. II - Para a verificação do nexo causal, é indispensável perquirir a existência de uma relação necessária de causa e efeito entre a conduta e o dano, isto é, este (o dano) deve consistir em uma decorrência obrigatória da conduta humana imputada ao agente, sem a qual carece de existência fenomênica.

III - Tratando-se de atividade médico-hospitalar, deve ser levado em consideração o denominado dano iatrogênico, aquele decorrente de uma causa autônoma, sem qualquer correlação com a qualidade do serviço. À evidência, a medicina não é uma ciência exata, de proposições incondicionais, ao revés, lida com riscos, com o imponderável, com fatores externos e internos do paciente que não podem ser dogmatizados em conclusões absolutas. IV – Não se detecta a existência de provas aptas a caracterizar o nexo de

⁶² SIMÕES, João de Jesus Abdala. Juiz Relator. Processo n. 4000386-81.2017.8.04.0000. Terceira Câmara Cível. AM. 09 jul. 2017. Sem data de publicação. Disponível em <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/525720782/40003868120178040000-am-4000386-8120178040000/inteiro-teor-525720792?ref=juris-tabs> acessado em 30/04/2019.

causalidade entre a atuação da equipe médica e os danos físicos sofridos pela coautora Manuela Vitória Félix Soares. Da leitura dos documentos acostados à inicial – exames e prontuários médicos – é impossível aferir, no presente momento processual, a existência de erro médico, isto é, não se tem como, ao menos em grau de probabilidade, depreender se os danos advindos à coautora decorreram de conduta da atividade médica ou de fortuito externo, inerente à atividade médico hospitalar. **V - Sobreleve-se, contudo, que a revogação da tutela antecipada não elimina o dever do Estado do Amazonas de atender adequadamente às necessidades médico-hospitalares da menor Manuela Vitória Félix Soares, na forma da dicção do art. 196 da CF/1988. VI - Agravo de Instrumento conhecido e provido para reformar a decisão agravada e, consequentemente, indeferir a antecipação dos efeitos da tutela.** (TJ-AM 40003868120178040000 AM 4000386-81.2017.8.04.0000, Relator: João de Jesus Abdala Simões, Data de Julgamento: 09/07/2017, Terceira Câmara Cível)⁶³

Relevante ressaltar mais um julgado do Distrito Federal, datado de 30/01/2019, onde a paciente, ora autora de dirigiu ao hospital após sentir do abdominal e vômito. Devido a essa ocasião, foi diagnosticada com apendicite e encaminhada para cirurgia, devido à situação de urgência. Após extração do apêndice, os médicos verificaram que o problema estava na vesícula e decidiram removê-la também.

Afirma a autora que a retirada do apêndice foi desnecessária e, em razão do erro médico que culminou na sua “mutilação”. Contudo, devido à urgência de aplicação terapêutica objetivando cessar o sofrimento da paciente, a melhor técnica foi empregada, após a produção de prova testemunhal o magistrado decidiu pelo rompimento do nexo de causalidade. Motivo pelo qual foi afastada a responsabilidade do hospital, médicos e por consequência do Estado.

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. NÃO COMPROVAÇÃO. SEQUELAS COMUNS. I – Ainda que se considere objetiva a responsabilidade do Estado nos casos de erro médico, não se pode esquecer que a obrigação do médico é, em regra, de meio, vale dizer, de atender e cuidar do paciente com todo o zelo, prudência, perícia e conhecimento técnico, ou seja, ele não se obriga ao resultado que é a cura ou restabelecimento da saúde do paciente. II – A prova produzida atestou que a cirurgia a que foi submetida a autora era o procedimento indicado para sua enfermidade e a urgência do caso. E o procedimento cirúrgico fora realizado dentro dos padrões médicos, o que pressupõe uma boa execução. III – Os danos alegados pela autora não passam de sequelas comuns em procedimentos cirúrgicos. IV – Negou-se

⁶³ *Idem.*

provimento ao recurso. (TJ-DF 07137553420178070018 DF 0713755-24.2017.8.07.0018, Relator: JOSÉ DIVINO, data de julgamento: 23/01/2019, 6ª Turma Cível, data de publicação: publicada no DJE: 30/01/2019. Pág.: sem página cadastrada)⁶⁴

Em decorrência da jurisprudência observa-se o comportamento adotado pelo médicos e tribunais em alguns estados do Brasil. De um lado uma conduta defensiva, em que se alega a iatrogenia como mecanismo capaz de salvaguardar a conduta de médicos. E de outro lado, pacientes inconformados com o resultado atingido com o tratamento terapêutico ou cirúrgico escolhido pelos profissionais da medicina.

Todavia, alguns casos como a retirada de um apêndice, seria incontestável um possível erro, pois exames podem ser feitos para evitar retirada de tal órgão. Dessa forma, resta-se bem claro esse posicionamento defensivo dos médicos.

5 DIREITO COMPARADO

Com o objetivo de traçar um parâmetro, através do estudo de dois direitos, comparando jurisprudências de Portugal com estudo acima realizado. Evidencia-se duas jurisprudências retiradas do ECLI - *European Case Law Identifier*, o

⁶⁴ DIVINO, José. Juiz Relator. Processo n. 0713755-24.2017.8.07.0018. 6ª Turma Cível. 23 jan. 2019. Data de publicação 30/01/2019. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/669231457/7137553420178070018-df-0713755-3420178070018/inteiro-teor-669231500>

Identificador Europeu da Jurisprudência, dois casos jurisprudenciais concretos, tendo uma não acatado a iatrogenia como excludente de responsabilidade de outra não.

Este processo tramitou no 3º Juízo do Tribunal Judicial de S. João da Madeira, uma cidade portuguesa do Distrito de Aveiro, da Área Metropolitana do Porto e da Região Norte de Portugal, onde o paciente fora submetido a uma cirurgia de varizes e sofreu complicações como embolias e precisou realizar outra cirurgia para colocação de enxerto para contenção de sangramento, ao puxar a veia safena para isolá-la e seccioná-la provocou uma lesão na *crossa* da veia femoral com a veia safena, vulgo desgarre.

Comete um crime de ofensa à integridade física por negligência, do art. 148.º, n.º 1 e 3, com referência ao art. 144.º, al. a), do Cód. Penal, o cirurgião que, no âmbito de uma cirurgia de varizes bilaterais, de forma não concretamente apurada, ao abordar a veia safena, junto à *crossa*, por desatenção, imperícia ou cansaço agiu sem o cuidado devido e atingiu a veia femoral comum, colocando em risco a vida do paciente face à intensidade e local da hemorragia causada, expondo-o a grandes perdas hemáticas, a embolias e outras complicações do seu estado clínico adequadas a provocar-lhe a morte. (ECLI:PT:TRP:2014:201. 08.3TASJM.P1.8E, Processo: 201/08.3TASJM.P1, JTRP000, Relator: MARIA MANUELA PAUPÉRIO. Data do Acórdão: 26/03/2014. Descritores: ACTO MÉDICO; OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA POR NEGLIGÊNCIA)⁶⁵

De acordo com o artigo 148 do Código Penal Português, encontrado no capítulo III, dos crimes contra a integridade física. Se a intervenção ou o tratamento causa ofensa no corpo ou na saúde de outra pessoa, forem praticados com negligência, poderá preencher o tipo de ofensa à integridade física por negligência, e ser imputado ao agente este crime. Como, segundo o julgamento da magistrada ocorreu, já que a intervenção ou o tratamento, que causa ofensa no corpo ou na saúde de outra pessoa, forem praticados com negligência, poderá ainda preencher o tipo de ofensa à integridade física por negligência.

Artigo 148.º Ofensa à integridade física por negligência **1 — Quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.** 2 — No caso previsto no número anterior, o tribunal pode dispensar de pena quando:

⁶⁵ ECLI · European Case Law Identifier, o Identificador Europeu da Jurisprudência, disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRP:2014:201.08.3TASJM.P1.8E/> acessado em 02/04/2019

a) O agente for médico no exercício da sua profissão e do acto médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de oito dias; ou b) Da ofensa não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de três dias. **3 — Se do facto resultar ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.** 4 — O procedimento criminal depende de queixa⁶⁶.

Por seu turno, as intervenções e os tratamentos que, segundo os conhecimentos e a experiência da medicina, mostrarem-se indicados e forem considerados os corretos, de acordo com a legislação portuguesa, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar ou minorar doença, ou sofrimento, não se consideram ofensa à integridade física, afastando a imputabilidade de tal crime.

Diferente de nosso *codex* civil, os agentes que causam um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até duzentos e quarenta dias, se pena mais grave não lhes couber por força de outra disposição legal. E está positivado no *codex* Penal de Portugal, sem seu artigo 150.º, n.º 2.

Artigo 150.º Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos 1 — As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. 2 — **As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.**⁶⁷

No caso concreto trazido no início do capítulo, o paciente, que também era assistente do médico no hospital em que fora operado, sofreu lesão que está descrita na literatura médica como uma lesão *iatrogénica* da intervenção cirúrgica de varizes conhecida, mas rara, sendo a escolha do procedimento cirúrgico

⁶⁶ PORTUGAL, Código Penal I, disponível em <https://www.ieb-eib.org/nl/pdf/loi-portugal-euthanasie.pdf> acessado em 30/04/2019.

⁶⁷ *Idem*.

adotado pelo arguido, ora médico, era tecnicamente correto. Contudo, por estar trabalhando por horas no hospital e estar evidentemente cansado, não foi apto a romper o nexo de causalidade e afastar os efeitos das sanções penais. O paciente não somente correu risco e sofreu uma embolia, como correu também risco de morte.

O arguido foi autor de crime de ofensas à integridade física negligente, pois quando adotou seu ato cirúrgico que lesou o assistente, não atuou com a diligência devida e exigível, precavendo-se ou adotando medida que não atingiriam a veia femoral do paciente. Atuou sem observar as regras de cuidado que lhe eram impostas e que o dever geral de prudência aconselha, adotando um estado de concentração considerado imprudente, já que havia trabalhado por horas antes da realização do procedimento cirúrgico.

Em contraposição a este entendimento, tem-se esse segundo julgado também de Portugal, onde o objeto da ação foi um possível erro de diagnóstico, o qual o Hospital, o médico e a companhia de seguros contratado pelo autor, estão subsidiariamente no polo passivo.

O autor, um jovem, foi atendido no Hospital por um médico de clínica geral que, após algumas horas (quatro) de espera, e apenas com base na observação direta e na apalpação, um diagnóstico, segundo o autor, simples. O hospital não possuía os instrumentos tecnológicos de diagnóstico adequados ao caso, e não foi atendido por um urologista, lhe diagnosticou uma epididimíte⁶⁸, doença de que não padecia, mas sim torção testicular. Em vista desse diagnóstico, o autor ficou para o resto da sua vida sem o testículo esquerdo.

I - Não se mostra pertinente determinar a ampliação da base instrutória, com base no disposto pelo art. 729.º, n.º 3, do CPC, quando a respectiva factualidade já foi objecto de debate e veio a conhecer resposta pelo tribunal,

⁶⁸ ROQUE, Helder. Juiz Relator. Processo n. 1347/04.2TBPNF.P1.S1. Data de julgamento 24/05/2011. Disponível em ECLI - *European Case Law Identifier*, o Identificador Europeu da Jurisprudência, disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRP:2014:201.08.3TASJM.P1.8E/> acessado em 02/04/2019

insusceptível de agora tal poder, de novo, voltar a acontecer, a pretexto de poder vir a constituir fundamento suficiente para a decisão de direito.
 II - Tem natureza extracontratual a responsabilidade civil, por alegados factos ilícitos cometidos por um médico, em serviço público hospitalar, em relação a um doente, em virtude da inexistência de um vínculo jurídico entre a vítima e o lesante.

III - No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, o médico apenas está vinculado a uma obrigação geral de prudência e de diligência, empregando a sua ciência para a obtenção da cura do doente, mas sem assegurar que esse resultado se produza, esperando-se apenas que assuma um comportamento, particularmente, diligente, que possibilite o correcto diagnóstico, permitindo, com isso, a adopção da terapia mais idónea, mas ficando exonerado de responsabilidade se o cumprimento requerer uma diligência maior, e liberando-se com a impossibilidade objectiva ou subjectiva que lhe não sejam imputáveis.

IV - O diagnóstico traduz-se num enquadramento clínico baseado na capacidade subjectiva do médico em interpretar, de acordo com os indícios colhidos durante o exame preliminar, complementado por exames adicionais, se necessário, as condições de saúde do paciente, cabendo áquele, após uma atenta análise dos sintomas reveladas pelo doente, formar sua convicção e dar início ao tratamento mais adequado à patologia clínica evidenciada, em conformidade com a avaliação obtida.

V - Comprovando-se que o médico, ao examinar o doente, agiu de acordo com as regras técnicas actualizadas da ciência médica, diagnosticando, de forma consciente e cuidadosa, afasta-se o erro e, conseqüentemente, a culpa, sendo certo que um eventual dano, porventura, ocorrido nessas situações, observadas as circunstâncias de prudência que o caso concreto justifica, é de qualificar como erro escusável ou *faut du service*, invencível para a mediana cultura médica e que afasta a responsabilidade civil da intervenção, por recair no âmbito da denominada falibilidade médica.

VI - A possibilidade de previsão dos resultados pelo agente, mesmo daqueles que decorrem da sua falta de capacidade individual, segundo as suas aptidões pessoais, define o limite da sua responsabilidade.

VII - Não acolhendo o ordenamento jurídico nacional a teoria do risco profissional, não se incluindo a prática de actos médicos, nos casos especificados na lei em que existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, e não demonstrando o autor que a causa da isquémia e necrose do testículo fosse determinada por torção testicular, como propugnava, mas antes que a epididimite era uma possibilidade diagnóstica, face aos sintomas por si referidos, podendo provocar trombose dos vasos espermáticos que degeneram em necrose isquémica, não se provou o erro de diagnóstico do réu médico e, conseqüentemente, a prática de um facto ilícito e a sua imputação ao mesmo, a título de culpa, nem a correspondente responsabilidade civil médica.

(ECLI:PT:STJ:2011:1347.04.2TBPNF.P1.S1.02, Processo: 1347/04.2TBPNF.P1.S1, Relator: HELDER ROQUE. Data de julgamento: 24/05/2011)

No âmbito da responsabilidade civil, em que se filia a causa de pedir da acção, o médico apenas está obrigado a desenvolver, prudente e diligentemente, empregando a sua ciência para a obtenção da cura do doente⁶⁹, com o intuito de

⁶⁹ ROQUE, Helder. Juiz Relator. Processo n. 1347/04.2TBPNF.P1.S1. Data de julgamento 24/05/2011. Disponível em ECLI · *European Case Law Identifier*, o Identificador Europeu da Jurisprudência,

alcançar a cura. E neste caso, o diagnóstico, enquadramento clínico baseado na capacidade subjetiva do médico em interpretar, de acordo com os indícios colhidos durante o exame preliminar fora realizado com toda a prudência e de forma consciente e cuidadosa, afasta-se então o erro e, conseqüentemente, a culpa.

Afastando-se a responsabilidade civil da intervenção, numa hipótese que se confunde com a imperfeição dos conhecimentos científicos e que recai no âmbito da denominada falibilidade médica⁷⁰.

Dessa forma, a iatrogenia se adequa a esta caso concreto, pois afasta a responsabilidade civil uma vez que, após utilizar a melhor técnica, o diagnóstico foi decorrente da falta de condições mínimas para atendimento das situações corriqueiras de um hospital.

Com efeito, não se pode afirmar, por princípio, que o erro de diagnóstico seja constitutivo de culpa médica, uma vez que se trata de um ato de prognóstico, sendo o resultado de um juízo, podendo, então, o diagnóstico ser erróneo se o juízo for falso⁷¹

6 CONCLUSÃO

disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRP:2014:201.08.3TASJM.P1.8E/> acessado em 02/04/2019.

⁷⁰ CARVALHO, Maldonado de, **Responsabilidade Civil Médica**, 3ª edição. Editora Destaque, 2002, *apud* ROQUE, Helder. Juiz Relator. Processo n. 1347/04.2TBPNF.P1.S1. Data de julgamento 24/05/2011. Disponível em ECLI · *European Case Law Identifier*, o Identificador Europeu da Jurisprudência, disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRP:2014:201.08.3TASJM.P1.8E/> acessado em 02/04/2019.

⁷¹ MORÁN, Luís González, **La Responsabilidad Civil del Médico**, 1990, 96. *Apud* ROQUE, Helder. Juiz Relator. Processo n. 1347/04.2TBPNF.P1.S1. Data de julgamento 24/05/2011. Disponível em ECLI · *European Case Law Identifier*, o Identificador Europeu da Jurisprudência, disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRP:2014:201.08.3TASJM.P1.8E/> acessado em 02/04/2019.

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise minuciosa acerca da responsabilidade civil médica e a iatrogenia. Institutos que estão interconectados através da matriz da responsabilidade civil subjetiva, que tem por pressupostos a conduta, a culpa, o dano, e o nexos de causalidade.

Através desses requisitos cumulativos temos a essência da responsabilidade tanto civil, penal, administrativa e como estudado, a responsabilidade civil médica, uma vez que esses requisitos traçam o liame entre a conduta e o resultado, tal como uma situação de causa e consequência.

A iatrogenia trata-se de um agir médico em qualquer modalidade que, com o objetivo de curar, ou até mesmo atenuar sintomas sofridos pelos pacientes, via de regra, tem como consequência algum resultado adverso do que se era esperado, ocasionando ao paciente alguma lesão.

Assim como no erro médico, uma lesão é causada diretamente por um agir médico, que em sua prática profissional, ainda que involuntariamente, comedido por imperícia, imprudência ou negligência gera algum dano a pacientes. Dessa forma observa-se uma linha tênue entre o erro médico e a iatrogenia, uma vez que ambos têm a aptidão para gerar danos.

A comunidade médica repudia a ideia de que a iatrogenia está ligada a ideia de erro, afinal a melhor técnica foi aplicada no tratamento terapêutico empenhado. Contudo é através dela que tal categoria profissional vem adotando uma posição de defesa, fazendo da iatrogenia um escudo de proteção a possíveis pleitos de responsabilização civil. Pleitos estes que crescem cada vez mais o número de demandas por dano médico, nos tribunais brasileiros, afinal de uma lado tem-se um paciente ou família inconformados com a lesão ocasionada e de outro lado a comunidade médica que visa reбуçar seus possíveis erros.

Fala-se em escudo de proteção, pois a iatrogenia é uma excludente de responsabilidade, eximindo o médico de qualquer sanção indenizatória, pois esta tem o condão de romper o liame da responsabilidade, por se tratar de um erro escusável, pois está incorporado não só à falibilidade humana, como também ao estágio que se encontra a literatura médica, tanto que o momento, em que se deu

o suposto dano médico é crucial para se aferir se à época a ciência médica resolveria a questão ou não. Não se pode olvidar que a prática médica é instável, pelo fato de ser uma ciência inexata e trabalhar diretamente com a vida humana.

Dessa forma, a responsabilidade civil decorrente dos erros cometidos por médicos, no exercício de sua profissão, não havendo falha na prestação do serviço, ou seja, não havendo defeito no seu atuar, o médico poderá ser eximido pela iatrogenia, o que não pode é a iatrogênia se prestar a ser escudo de falha médica

Diante do exposto, conclui-se que é de suma importância perquirir as circunstâncias que envolvem cada caso concreto a fim de encontrar o ponto exato que distingue a iatrogenia do erro médico nessa tênue linha estabelecida entre eles. Sendo assim, em pleitos relacionados a cirurgias cardíacas, uma perícia deve ser feita impreterivelmente por um médico cardiologista, cirurgias realizadas em joelhos devem ser periciadas por ortopedistas, decorrência lógica da especialização feita por cada profissional.

7 REFERÊNCIAS

BBC, Quem é o 'Doutor Bumbum', médico celebridade nas redes sociais que foi preso após morte de paciente, disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44870548>, acessado em 07/03/2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Patrícia: **Responsabilidade civil médica – obrigação de meio, sem exceções**, 2013. Disponível em <https://patriciacouri.jusbrasil.com.br/artigos/>, acessado em 16/04/2019

CIARLINI, Álvaro. Juiz relator do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 3ª Turma Cível. Processo n. 0022854-57.2016.8.07.0001. DF. 06 de fev. 2019. Publicado em 13/02/2019. Disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/375202797/apelacao-apl-1173453820078190001-rio-de-janeiro-capital-4-vara-faz-publica/inteiro-teor-375202804> acessado em 30/04/2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Art. 2º, Código de Ética Médica. 2009.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**, Revistas dos Tribunais, São Paulo. 1982.

DIAS, Aparecida T. Nagão *et al.* **Reações alérgicas a medicamentos**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572004000500004, acessado em 13/02/2019

DIVINO, José. Juiz Relator. Processo n. 0713755-24.2017.8.07.0018. 6ª Turma Cível. 23 jan. 2019. Data de publicação 30/01/2019. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/669231457/7137553420178070018-df-0713755-3420178070018/inteiro-teor-669231500>

DYRLUND, Poul Erik. Juiz Relator do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Oitava Turma Especializada. Processo n. 2005.51.01.026332-5. 13 de jul. 2011. Disponível em <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20283832/apelacao-civel-ac-200351090009770-rj-20035109000977-0?ref=serp> acessado em 30/04/2019.

ECLI - European Case Law Identifier, o Identificador Europeu da Jurisprudência, disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRP:2014:201.08.3TASJM.P1.8E/> acessado em 02/04/2019

FERNANDES, Rafael. **10 casos inacreditáveis de negligência médica que beiram o absurdo**, disponível em <http://www.jornalciencia.com/10-casos-inacreditaveis-de-negligencia-medica-que-beiram-o-absurdo/> acessado em 03/02/2019.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

GOMES, Júlio César Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de França: **Erro médico**. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIVerromedico.htm, acessado em 10/01/2019.

MATIELO, Fabrício Zamprogna (1998, p.66) *apud* disponível em <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/da-responsabilidade-civil-do-medico-2013-a-culpa-e>, acessado em 25/08/2018.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_03_147.pdf acessado em 12/04/2019

MOREIRA JUNIOR, Augusto Alves. Juiz desembargador. Processo n. TJR 0031238-14.2014.8.19.0205. RJ. 16 de out. 2018. Data de publicação 08/11/2018. Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201800136696> acessado em 30/04/2019

PORTAL DO MÉDICO. **Responsabilidade civil e penal dos médicos**, disponível em http://www.portalmedico.org.br/jornal/Jornais2002/Mar%C3%A7o/pag_10.htm, acessado em 16/04/2019

ROSA, Amanda Borges de. **Responsabilidade Civil do Médico por latrogenia**. 2016. 32 fl. Monografia (Especialização) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2016.

SANTIAGO, Emerson. **Código de Hamurabi**. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi>. Acessado em 09/10/2018.

SIMÕES, João de Jesus Abdala. Juiz Relator. Processo n. 4000386-81.2017.8.04.0000. Terceira Câmara Cível. AM. 09 jul. 2017. Sem data de publicação. Disponível em <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/525720782/40003868120178040000-am-4000386-8120178040000/inteiro-teor-525720792?ref=juris-tabs> acessado em 30/04/2019.

TAVARES, Felipe de Medeiros: **Reflexões acerca da latrogenia e Educação Médica**, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbem/v31n2/09.pdf>, acessado em 19/11/2018.

TOSTES, Custódio de Barros. Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL n. 00038604920108190003 29 de jul. 2017. Data de Publicação: 29/06/2017 disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473637774/apelacao-apl-38604920108190003-rio-de-janeiro-angra-dos-reis-1-vara-civel?ref=serp> acessado em 30/04/2019.

THEODORO JR, Humberto. **A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência**, São Paulo: Aide, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.