

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: DA CULPA AO RISCO

*ROSANE LEAL DA SILVA**

***E**ste artigo aborda a responsabilidade civil dos médicos, especialmente numa sociedade marcada pelo avanço tecnológico e pela modificação das relações interpessoais. Diante disso, cumpre analisar a mudança operada, de um modelo de responsabilidade civil calcado na culpa do profissional, que deveria ser cabalmente comprovada pela vítima, ao estágio atual, no qual a responsabilidade civil pode se dar independentemente da culpa, aplicando-se, para tanto, a teoria do risco.*

* Advogada, professora das disciplinas de Teoria Geral do Direito e de Direito Civil, na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e no Centro Universitário Franciscano de Santa Maria (UNIFRA); pesquisadora integrante do Grupo Teoria Jurídica no Novo Milênio (CNPq); Mestre em Integração Latino-americana pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Eu juro, por Apolo, médico, por Esculápio, Higeia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza à perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda a casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução sobretudo longe dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que, no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.

Juramento de Hipócrates

INTRODUÇÃO

A sociedade atual vive sob o signo da tecnologia. Atividades que até há pouco tempo atrás eram inimagináveis, hoje são realizadas com grande naturalidade. Uma área que sofreu os impactos das novas tecnologias é a área da saúde, na qual uma infinidade de procedimentos passaram a ser possíveis graças à revolução tecnológica ocorrida nos últimos anos. Com

isso, a atividade que, pela sua natureza intrínseca, já era considerada de risco, passou a enfrentar outros problemas, característicos do momento atual, marcado por relações rápidas, caracterizadas pela despersonalização.

Nesse contexto, a relação médico/paciente, antes baseada na confiança e no conhecimento, em que figurava o típico médico da família, sofre uma releitura, na qual os atores, médico/paciente, passam a desempenhar papéis diferentes: se, por um lado, o segundo é apenas mais um nome no banco de dados do profissional, por outro, mostra-se mais esclarecido e menos tolerante com erros ou deslizes do médico, o que dá ensejo a um crescente número de ações judiciais, visando à responsabilização civil.

Sobre essa problemática assenta-se o presente artigo que objetiva discutir o estado da questão, no direito brasileiro. Para tanto, a abordagem será feita em três partes: num primeiro momento, analisar-se-á a evolução da responsabilidade civil. Posteriormente, a partir da análise da constitucionalização do direito civil, será abordada a teoria da socialização dos riscos, parte que serve como um divisor de águas no tratamento da matéria. Por fim, a discussão vai discorrer sobre a responsabilidade civil do médico, à luz do Código de Defesa do Consumidor e Código Civil/02, apresentando-se posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

1. Evolução da responsabilidade civil

Ontologicamente, a responsabilidade civil aproxima-se da penal, posto que o fundamento de ambos é o dever de não ferir a esfera jurídica de outrem. Embora nos primórdios tais esferas tenham sido confundidas¹, hoje ambas estão bem demarcadas, pois enquanto a responsabilidade penal vai recair sobre a pessoa do infrator, segregando-se a sua liberdade por intermédio da aplicação de uma pena de privação de liberdade ou restrição de direitos, a responsabilidade civil vai gerar o dever de o infrator recompor o

¹ Segundo Schaefer (2002, p. 17), inicialmente a responsabilidade civil começa a surgir no tempo em que se passa a aceitar a vingança pessoal e a obrigação de indenizar a vítima e seus familiares em pecúnia. Nos primórdios, essas primeiras manifestações tinham caráter ao mesmo tempo restitutivo e punitivo, confundindo-se a responsabilidade civil com a penal. Como não havia limites para a punição, muitas pessoas e até mesmo tribos eram dizimadas. Posteriormente, com Talião – sangue por sangue, olho por olho e dente por dente – a reação à ofensa passou a ser limitada a um mal idêntico ao praticado, ou seja, se havia alguma morte, por exemplo, aquele que matou teria que ser morto da mesma forma. Somente bem mais tarde as esferas se separaram, originando as noções de dano individual e de dano social. Contudo, a grande evolução em matéria de responsabilidade civil, segundo Vieira (2001, p. 6), foi a criação da Compositio, em que o causador do dano comprava do ofendido o direito de represália, surgindo a idéia de valores econômicos, que substituíam a vingança de sangue. Posteriormente, em Roma, solidificou-se a idéia de que o Estado deveria tutelar as relações interpessoais, disciplinando a indenização devida por danos causados, bem como autorizar a punição do infrator (DANTAS, 2003).

patrimônio da vítima, ou de seus dependentes, em caso de morte.

Via de regra, a responsabilidade civil surge a partir da prática de um ato ilícito, assim considerado todo aquele que é contrário ao direito e lesivo da incolumidade física, psíquica ou patrimonial de outrem, gerando danos, e imputável a alguém. De acordo com a teoria clássica, aportada no direito civil brasileiro a partir de uma tradução equivocada do Código Civil Francês - 1804² - e materializada no artigo 159, do Código Civil Brasileiro de 1916, além dos elementos acima citados deveria a conduta do infrator ser culposa, posto que o agente só seria responsabilizado se a vítima conseguisse comprovar a ação ou omissão intencional, ou que se manifestasse a partir da negligência, imprudência ou imperícia, conhecidas pela doutrina como modalidades de culpa em sentido estrito.

A própria legislação, todavia, previa situações em que, apesar de o ato não se caracterizar como ilícito, geraria o dever de indenizar, como as situações perpetradas em legítima defesa³, estado de necessidade⁴ e exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal⁵.

Embora essas situações continuem presentes no ordenamento jurídico brasileiro, estampadas no Código Civil de 2002 nos artigos 186 a 188, que tratam dos ilícitos e excludentes, respectivamente, muitos avanços ocorreram no tratamento da responsabilidade civil.

Com efeito, a Revolução Industrial trouxe uma série de mudanças, influenciando, a um só tempo, vários ramos do direito. Se por um lado, homens, mulheres e crianças (especialmente os dois últimos) passaram a sofrer os reflexos de várias horas de trabalho, em locais insalubres e que proporcionavam o aparecimento de toda a sorte de doenças, desafiando a medicina, por outro, proporcionou forte impacto sobre a vida das pessoas, que passaram a dispor de máquinas e inventos os mais variados, aumentan-

² Este princípio, segundo Dantas, ficou assentado no art. 1.382 do Código Napoleônico, *in verbis*: "Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer" (2003, a. 7, n. 107) e teria sido mal traduzido para o direito brasileiro, entendendo-se o termo *causa* como sinônimo de culpa.

³ Legítima defesa (art. 25, CP e art. 160, I, CC/1916 – art. 188, I, CC/2002): Age em legítima defesa quem, com o uso moderado dos meios necessários, repele agressão, injusta, atual e iminente, a direito seu ou de outrem. Importante lembrar que haverá responsabilidade se um terceiro for atingido, embora podendo haver ação regressiva contra o agressor (art. 1.520, parágrafo único, CC/1916 – art. 930 CC/2002).

⁴ Estado de necessidade (CP, art. 24): Consiste na ofensa de direito alheio para remover perigo iminente, quando as circunstâncias o tornam absolutamente necessário e quando não exceder o limite necessário para a remoção do perigo. Cita-se como exemplo o médico que sacrifica a vida de um feto para salvar a vida da mãe.

⁵ Exercício regular de direito e cumprimento de dever legal (CP, art. 23, III): O dever legal é decorrente de qualquer tipo de norma legal, seja ela penal, civil, administrativa etc. Para restar caracterizada deve ter sido conduzida em estrita obediência aos limites do dever, caso contrário pode configurar abuso de direito ou seu exercício irregular ou anormal.

do o consumo e, por conseguinte, o número de acidentes e de pessoas a demandar o atendimento dos profissionais da área da saúde. Tratando da evolução da responsabilidade civil, Facchini Neto (2003, p. 157) assim se manifesta:

Mudança profunda passou a sofrer a responsabilidade civil a partir do último quartel do século XIX, acenando-se ao longo do século XX, em consequência dos fenômenos da industrialização, acentuada urbanização e massificação da sociedade. É o que alguns chamam da era do maquinéismo. A vida em conglomerados urbanos acarretou a multiplicação dos acidentes. Com a disseminação do uso de máquinas no processo industrial e no cotidiano das pessoas, operou-se sensível modificação na orientação da doutrina e da jurisprudência para o tratamento das questões relativas à responsabilidade civil. Surgiu então a necessidade de socorrer as vítimas.

Os médicos também não ficaram imunes a essas modificações no cenário. Eles, até então vistos pela população como detentores de dons divinos⁶, puderam contar com os avanços tecnológicos, o que desenvolveu sobremaneira a sua atuação. Paradoxalmente a esse desenvolvimento, também aumentaram os riscos inerentes à profissão e, em sua esteira, o número de ações judiciais dos pacientes vitimados.

Com efeito, a evolução tecnológica faz com que a visão do médico, reverenciado como um sacerdote, detentor de dons divinos e com ingerência sobre a vida e a morte dos pacientes, cedesse lugar a outra figura. A arte

⁶ Embora os médicos fossem vistos dessa forma pela população e fosse reduzido o número de problemas envolvendo-os, isso não significa dizer que não houvesse previsão, na legislação longeva, acerca da responsabilização desse profissional. Assim, de acordo com Malufe (2000): "O primeiro documento histórico que faz referência ao erro médico é o Código de Hamurabi (1790 – 1770 a.C.), que trazia também algumas normas sobre a profissão médica na época. O Código dizia, por exemplo, que nas operações difíceis de serem realizadas, haveria uma compensação pelo trabalho. Por outro lado, era exigida muita atenção e perícia por parte dos médicos, pois caso algo saísse errado, penas severas eram impostas a eles". No mesmo sentido, Kfourri Neto (2001, p. 38) assim leciona: "O primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C.), que também contém interessantes normas a respeito da profissão médica em geral. Basta dizer que alguns artigos dessa lei (215 e ss.) estabeleciam, para as operações difíceis, uma compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Paralelamente, em artigos sucessivos, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; em caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado). Tais sanções eram aplicadas quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse mal curado um escravo ou animal".

da medicina, essencialmente artesanal, cujos métodos não sofriam questionamento, e a relação médico-paciente, profunda e calcada na confiança, sofrem alteração sem precedentes (DANTAS, 2003). Tais alterações puderam ser sentidas também em matéria de responsabilidade civil dos médicos.

Assim, paulatinamente, vai se abandonando o modelo construído a partir do Direito Romano⁷, materializado em grandes codificações ocidentais e previsto no Brasil no artigo 1545, do CC/16, cuja responsabilidade decorreria eminentemente da culpa profissional, comprovada pela vítima. No modelo atual, a responsabilidade civil esteia-se na idéia de dano, sendo que esse, muitas vezes, não decorre diretamente da conduta do profissional, mas pelo risco de sua atividade, caso em que a responsabilidade é chamada de objetiva, pois, para a sua apuração, prescinde-se da análise da conduta - fator subjetivo - do agente.

Tratando da teoria do risco, Tolomei (2004, p. 361) elenca os seguintes requisitos para a configuração da responsabilidade objetiva: a) exercício de uma atividade; b) existência do dano; c) existência de nexo causal entre a atividade e o dano.

Percebe-se, pois, a profunda mudança operada, partindo-se de um modelo em que se protegia o profissional, devendo a vítima comprovar sua conduta culposa sob pena de não ser reparada, para um modelo em que a vítima passa a desfrutar de uma posição mais cômoda, centrando a discussão no dano experimentado e no nexo causal.

Todavia, tal alteração não autoriza pensar que a regra no direito brasileiro passa a ser a responsabilidade objetiva, pois essa teoria apenas ganha mais espaço, fazendo com que responsabilidade subjetiva e objetiva passe a conviver de forma mais equilibrada. Convivência que, no entanto, não se deu de forma tão pacífica e sem causar rupturas, já que muitos autores, como Orozimbo Nonato e Carvalho Santos, dentre outros, não concordavam com a aplicação da teoria do risco (TOLOMEI, 2004, p. 361).

Até mesmo os opositores mais ferrenhos, contudo, que não admitiam a teoria do risco no CC/16, tiveram que se quedar diante das previsões da Constituição Federal de 1988, Carta Constitucional que promoveu uma verdadeira virada de Copérnico em matéria de direito civil (nesse caso, especialmente a responsabilidade civil) e que, pela sua importância, será tratada a seguir, em seção própria.

⁷ Segundo Kfoury Neto (2001, p. 39) embora a Lei Cornélia estabelecesse delitos relacionados à prática médica, com a Lex Aquilia de damno – séc. III a.C, formulou-se o conceito de culpa e fixaram-se os delitos que poderiam ser perpetrados por médicos, indo desde o abandono do paciente, erros derivados de sua imperícia, bem como responsabilização em casos de experiências perigosas realizadas pelos profissionais. Como conseqüência, surge o dever de reparar o dano.

2. A Constituição Federal como um divisor de águas: a construção de pontes entre o público e o privado

O advento da Constituição Federal de 1988 - CF/88 proporcionou uma mudança de paradigmas sem precedentes na história constitucional brasileira, deitando reflexos sobre todo o ordenamento jurídico. A um só tempo estabelece um marco principiológico alicerçado na dignidade da pessoa humana, o que faz a partir do princípio previsto no artigo 1º, bem como pela inserção de extenso rol de direitos e garantias fundamentais, assim como restaura a ordem jurídica brasileira pela proposta de construção de um Estado Democrático de Direito.

Essa Constituição, chamada por muitos de Constituição Cidadã, acentua e aprofunda o processo de publicização do direito privado, iniciado anos antes, ainda na primeira metade do séc. XX⁸, originando um movimento que ficou conhecido como *constitucionalização do direito privado*⁹, assim entendido porque o legislador constituinte rompeu os muros que separavam o direito público do privado, trazendo para o seio da Carta Fundamental um elenco de matérias que antes eram encaradas como domínio absoluto do direito privado, notadamente o direito civil. Nessa esteira, além de outras matérias antes restritas ao âmbito privado, a Constituição Federal previu um novo modelo de propriedade, agora fundada na função social, preceito previsto dentre o rol de direitos e garantias individuais; reconheceu e outorgou direito a nova conformação da família, privilegiando os vínculos afetivos em detrimento do formalismo; reconheceu a pessoa como titular de direitos de personalidade; socializou a responsabilidade civil e previu, expressamente, a indenização do dano moral, pondo fim a uma celeuma que se arrastava há décadas na doutrina e jurisprudências pátria.

No que tange ao tema ora exposto, merece consideração a socialização dos riscos pela atividade administrativa, como se depreende da redação do artigo 37, §6º, da Carta Constitucional de 1988.

Embora tal dispositivo trate da responsabilidade objetiva do Estado (há casos nos quais o médico que causou o dano é servidor público), ele amplia o rol de atores que devem responder objetivamente pela sua atuação ou de seus prepostos, estendendo o mesmo tratamento às pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviço público (nesse caso, a saúde, que em função de previsão na própria Constituição Federal, é serviço público).

⁸ Tal processo tem início com a ingerência estatal em assuntos de natureza privada, até então deixados para a regulamentação por parte dos particulares, bem ao gosto do liberalismo. No entanto, legislações como a Lei de Usura (Dec. 22626/33) e a Consolidação da Leis do Trabalho (CLT) constituem marcos da chamada publicização do direito privado.

⁹ Esse processo tem em Gustavo Tepedino um dos seus grandes estudiosos.

Inicia-se, com isso, o processo de socialização dos riscos, em que toda a coletividade contribui (por meio de impostos e dos preços dos serviços, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado) para a reparação do dano.

Em se tratando das previsões trazidas pela Carta Magna, ainda há dois aspectos que merecem atenção: um, já referido anteriormente, diz respeito à positivação do dano moral, o que é feito no artigo 5º, inciso X, cuja postulação tem sido recorrente contra médicos e profissionais que atuam na área da saúde. O segundo aspecto diz respeito à previsão de proteção ao consumidor, também previsto no artigo 5º, inciso XXXII, cujo comando constitucional origina, mais tarde, o Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Por fim, a constitucionalização do direito civil contribuiu para que se percebesse, com clareza, que o CC/16 já não poderia mais desfrutar de posição tão hegemônica, visto que o mito de código total, que por tanto tempo tinha animado os civilistas, já não encontrava mais correspondência com a realidade. Todas essas constatações contribuíram para que institutos fossem repensados, o que se refletiu no tratamento da responsabilidade civil dos médicos, prevista na legislação infraconstitucional, notadamente o CDC e o CC/02, conforme se verá a seguir.

3. A relação médico/paciente e a legislação aplicável: CDC ou CC/02?

Qualquer discussão que se pretenda realizar sobre o tema deve partir de duas definições básicas: quanto à atividade ser contratual ou não, e se a atividade que o médico desempenha é de meio ou de resultado.

No primeiro caso, entende-se que a relação é contratual, na medida em que o paciente procura os serviços deste profissional da área da saúde, que se compromete a prestar-lhe um serviço, normalmente recebendo uma contraprestação pela atividade. Trata-se, portanto, de contrato de prestação de serviços.

No que tange à segunda situação, em geral a atividade do médico é considerada uma obrigação de meio, posto que o profissional se compromete a utilizar de toda a sua perícia, todo o seu conhecimento técnico, em busca de um melhor resultado para o paciente, sem, todavia, comprometer-se em obter este ou aquele resultado. Segundo Schaefer (2002, p. 38), "a atividade médica pode ser caracterizada como obrigação de meio ou de resultado". Nesta linha de raciocínio, explicita a mesma autora (2002, p. 38):

São obrigações de meio aquelas em que o médico, ao assistir o paciente, obriga-se apenas a empregar de forma diligente todos os meios e recursos disponíveis para a melhor condução do quadro clínico apresentado, sendo irrelevante a verificação do resultado.

Nestes casos o ônus da prova é do credor, ou seja, deve o paciente demonstrar que o médico (devedor) agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia. As obrigações de resultado são aquelas em que o devedor se compromete a atingir um determinado objetivo, como por exemplo, cirurgias estéticas rejuvenescedoras, e anestésias. O que importa é o resultado final e não os meios utilizados. Não sendo atingido o resultado, será o médico considerado inadimplente. Aplicam-se a estes casos os princípios da responsabilidade civil objetiva, restando ao devedor demonstrar que não atingiu os objetivos estipulados por total impossibilidade objetiva. Esta modalidade de obrigação está sendo abandonada pela jurisprudência brasileira sobre o fundamento de que não se pode exigir que o médico seja absolutamente infalível, posição com a qual a autora concorda. Conforme este novo entendimento, toda a obrigação médica passa a ser exclusivamente de meio.

Cabe salientar, todavia, que até mesmo nas cirurgias estéticas já há juristas defendendo a idéia de que se trata de obrigação de meio, posto que há circunstâncias não previsíveis, como a formação de quelóides, os quais podem interferir na obtenção do resultado¹⁰.

A classificação em obrigação de meio ou de resultado não é meramente acadêmica, já que se for considerada obrigação de meio, o paciente vitimado só será indenizado em caso de dano em decorrência da atividade profissional se conseguir comprovar a culpa do médico, o que nem sempre é fácil diante da atividade, que é eminentemente técnica. Considerando-se como de resultado, a responsabilidade é objetiva, bastando ao paciente comprovar a ação ou omissão do médico, o dano experimentado (patrimonial ou extrapatrimonial, ou ambos) e o nexo causal, ou seja, que o dano adveio da conduta médica.

Por fim, mas não menos importante, a atividade deve ser pautada por preceitos éticos, cuja inobservância pode refletir no campo da responsabilidade civil e administrativa do profissional.

Nesse diapasão, cabe lembrar que a medicina trata com o bem maior, que é a vida. As intervenções dos médicos e dos profissionais que atuam na área da saúde, por menos invasivas que sejam, poderão trazer conseqüências irreversíveis aos pacientes, bem como a toda a sociedade. Imperioso, portanto, que a relação médico/paciente seja pautada por princípios éticos¹¹.

¹⁰ Nesse sentido, recomenda-se a leitura de Rizzardo (2004).

A adoção de princípios éticos torna-se imperiosa a partir do momento em que o homem adquire novos conhecimentos e desenvolve tecnologias, pois sua atuação o coloca numa posição de dualidade: ao mesmo tempo que é agente de todas as transformações, passa a sentir os reflexos de suas descobertas, alterando a história da humanidade. As descobertas, a aquisição e o domínio da tecnologia trazem aspectos extremamente positivos: criam perspectivas de vida, possibilitam a identificação e a cura para inúmeras doenças. Colocam-no, porém, em xeque com valores que até então eram tratados como sagrados: ele passa a ter poderes de vida e de morte sobre a humanidade, o que vem a revelar-lhe uma outra perspectiva de atuação jamais experimentada.

Diante desse quadro, é esperado que as descobertas feitas instiguem o homem a ir mais além, a testar seus limites, sempre na busca da superação. Nesse ponto torna-se necessária a intervenção da bioética, trazendo limites e estabelecendo princípios e valores éticos sem os quais os experimentos realizados não terão validade, se obtidos à custa de sofrimento e desrespeito à dignidade da pessoa humana. Assim, especialmente a atuação dos profissionais da área da saúde deve pautar-se pelos princípios da bioética, quais sejam: princípio da autonomia da vontade, princípio da beneficência e princípio da justiça ou equidade. Cabem algumas considerações em relação ao tema, em face de sua importância.

Princípio da beneficência: por esse princípio, toda e qualquer ação do homem, pesquisa ou intervenção deve ser feita sempre com a finalidade de causar um bem, ou seja, a pessoa que participou da técnica deve ter saído dela em melhores condições do que antes de sua participação. Deve-se analisar se a atuação do homem e da tecnologia trará benefício sobre o participante e a coletividade, o que justificaria a intervenção e seus riscos.

Baseado na análise do binômio risco/benefício, convida o profissional da área a ponderar sobre os riscos, potenciais e efetivos, que sua intervenção trará para o paciente, para a coletividade e para o meio ambiente¹².

¹¹ Quanto à ética, sabe-se que sua relação é bastante estreita com várias ciências, como a psicologia, antropologia social, economia política, direito, medicina. Apesar de se mostrar mais próxima e necessária em determinados campos de atuação, é negável que a ética deve permear a conduta do homem em todas as suas relações, tanto afetivas, quanto profissionais. Sua importância se agiganta quando as transformações em tela relacionam-se à vida, valor supremo a ser preservado por todos. Assim, à medida que vão se realizando novas pesquisas e testando experimentos que podem afetar a história do homem e de toda a humanidade, torna-se atual e necessária a reflexão sobre a importância da ética, especialmente da bioética. Ramo do conhecimento que se propõe a discutir as implicações ético-morais decorrentes das descobertas realizadas nas áreas da medicina e biologia, busca entender o significado e alcance destas descobertas, de forma que elas sejam utilizadas em proveito do homem e da melhoria da sua qualidade de vida (CONTI, 2001, p.10).

Princípio da autonomia: esse é um dos princípios originários, estando presente desde o início da discussão em torno da bioética, iniciada logo após o advento da Segunda Guerra Mundial. Com ele valoriza-se a liberdade de o participante escolher se deseja ou não se submeter à intervenção. Dessa forma, a pessoa deve estar informada do tipo de procedimento a ser utilizado, suas implicações e riscos, bem como os detalhes a respeito de sua recuperação. Aqui devem ser observadas a transparência e a honestidade do médico, pois informações não podem ser omitidas visando obter o consentimento do participante, o qual também deve ser prévio, consciente, livre informado, manifestando a autonomia do indivíduo. Ao privilegiar-se a liberdade da pessoa, são estabelecidos limites à atuação do profissional da área da saúde, cuja atividade fica dependente do consentimento do paciente.

Princípio da justiça ou da equidade: por seu intermédio, amplia-se o foco de análise ao desviar-se a atenção da relação médico-paciente e trazer a saúde pública e sua dimensão política e social para a ordem do dia. A saúde pública não é tratada de forma paternalista ou assistencialista, como muitas vezes realizada pelo Estado, mas passa a ser vista como um direito subjetivo público, esculpido no artigo 196, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços e para a sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, o desejável é que todos tenham acesso ao tratamento mais adequado ao seu quadro clínico, independente da situação financeira. Todavia, embora a nobreza do dispositivo acima, a realidade, especialmente a brasileira, aponta para um fosso enorme entre o direito à saúde e a forma como os usuários, principalmente do Sistema Único de Saúde - SUS, são tratados.

Cabe aduzir que a observância dos princípios resguarda a relação, cumprindo também os preceitos elencados no CDC, que se norteia pela idéia de transparência na relação de consumo.

¹² Essa análise dos riscos potenciais e efetivos tem cabimento no caso dos vegetais transgênicos (assim entendidos aqueles que contêm genes de outras espécies) pois, embora as pesquisas constituam-se num avanço, possibilitando aumentar a produtividade, reduzindo inços, ainda não se sabe os efeitos que a utilização desses produtos vai causar, bem como os riscos que seu plantio pode trazer ao meio ambiente. Dessa forma, deve ser feita uma análise à luz do princípio da beneficência, já que a pesquisa realizada não pode deixar o homem ou o meio ambiente em piores condições do que se encontravam antes de terem participado do experimento.

Com efeito, não resta dúvida de que a relação médico/paciente é relação de consumo, posto que o paciente se enquadra no conceito de consumidor, estatuído no artigo 2º, bem como o médico afigura-se dentro do conceito de fornecedor, uma vez que presta um serviço a alguém (o destinatário final dos seus serviços).

Caracterizada, desse modo, enquanto relação de consumo, constitui-se, como mais um motivo para a observância do princípio da autonomia, posto que a principiologia desta legislação prima pela transparência nas relações entre consumidor e fornecedor, assim como a observância da boa-fé objetiva, materializada pelo respeito aos deveres anexos, como lealdade, honestidade, informação e integridade no trato entre os contratantes¹³.

De acordo com a legislação consumerista, a responsabilidade civil é, em regra, objetiva, dispensando-se a perquirição da culpa para que surja o dever de indenizar. Essa regra, todavia, comporta exceções que interessam sobremaneira ao tema: trata-se da previsão elencada no artigo 14, §4º, segundo a qual, quando se tratar de serviços prestados por profissional liberal, a responsabilidade civil se dará mediante a comprovação da culpa.

Versando sobre a exceção, Kriger Filho (2000, p. 71) assim se manifesta:

Em nosso modo de ver, a adoção da responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais se dá porque estes só podem se propor a utilizar todos os meios ao seu alcance e conhecimento para realizar o serviço contratado, o que enseja a sua responsabilidade caso estes meios não sejam utilizados adequadamente, pois tal situação caracteriza a culpa profissional.

Percebe-se, pois, que a distinção de tratamento entre os demais fornecedores e os profissionais liberais tem sua origem exatamente na distinção das obrigações de resultado (aquela em que o devedor se obriga a atingir determinado fim contratado) e das obrigações de meio (aquelas em que o devedor envida esforços para atingir determinado fim) obrigações estas tradicionais no direito privado, sempre que na relação de consumo se estipule um vínculo que tenha por objeto a utilização de todos os esforços à disposição do fornecedor liberal para alcançar certo resultado.

¹³ Quanto à boa-fé objetiva, é sempre aconselhável consultar a obra *A Boa-Fé no Direito Privado*, de Judith Martins-Costa.

Essa diferença de tratamento do profissional liberal impõe que se determine, *a priori*, como se dá a prestação de serviço: se o médico atua sozinho, em seu consultório, sua situação é mais vantajosa, só sendo responsabilizado se causar dano que advenha de conduta culpável; em contrapartida, caso sua atuação se dê através de uma pessoa jurídica (clínica, hospital, etc), sua responsabilidade será objetiva, com base no caput do artigo 14, do CDC.

Faz-se mister conjugar estes preceitos com importantes princípios do CDC: a vulnerabilidade e a hipossuficiência. Assim, para toda e qualquer interpretação que se pretenda fazer desta legislação, deve-se lembrar que o consumidor é considerado vulnerável em face do fornecedor. Na relação médico/paciente tal condição toma proporções consideráveis, posto que a medicina se constitui em área do conhecimento eminentemente técnica, sendo que, em geral, os médicos utilizam-se de linguagem que dificulta o entendimento acerca do diagnóstico e dos procedimentos necessários para o tratamento das doenças. Portanto, há flagrante vulnerabilidade técnica do paciente diante do médico.

A hipossuficiência, por sua vez, é preceito de ordem processual e por seu intermédio é possível que se opere a inversão do ônus da prova, a critério do juiz, com base na verossimilhança e hipossuficiência do consumidor. Assim, mesmo que se adote a teoria da responsabilidade subjetiva, discutindo-se a culpa do médico, é possível que a parte vitimada solicite ao juiz a inversão do ônus da prova que, se for deferido, transfere o dever de o profissional comprovar que não contribuiu para o evento danoso.

As ementas a seguir transcritas evidenciam como a matéria vem sendo tratada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: responsabilidade civil. erro médico. hematoma subdural crônico. morte do paciente após quatro cirurgias. a responsabilidade civil dos médicos, como profissionais liberais, e subjetiva, exigindo demonstração de culpa (artigos 159 e 1545 do código civil, e artigo 14, § 4º, do cdc). as obrigações dos médicos são, em regra, de meio, exigindo prudência e cuidado no tratamento ministrado ao paciente. morte de paciente após quatro cirurgias para tratamento de hematoma subdural crônico decorrente de queda doméstica. confirmação pela prova pericial e testemunhal de que o tratamento era adequado para a patologia do paciente. ausência de prova de culpa do médico no insucesso do tratamento que culminou com a morte do paciente. sentença improcedência mantida. Apelação desprovida. (9 fls)

(Apelação cível nº 70002735660, nona câmara cível, tribunal de justiça do rs, relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado em 24/10/2001).

No julgado seguinte, fica evidente a inversão do ônus da prova:

EMENTA: ação ordinária de indenização e reparação de danos morais. viável a concessão de assistência judiciária gratuita a entidade filantrópica. desnecessária a denunciação a lide eis que não se discute o contrato de prestação de serviços. possível a inversão do ônus da prova nos termos do código de defesa do consumidor, quando discute-se a existência de erro médico e indevido atendimento hospitalar. agravo provido, em parte. decisão unânime. (Agravo de instrumento nº 70001081918, décima câmara cível, tribunal de justiça do rs, relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgado em 24/08/2000).

Conforme verifica-se em julgado recente, não se perquiri culpa quando o atendimento é feito em hospital, aplicando-se a teoria do risco:

EMENTA: apelação cível. responsabilidade civil. do hospital e médico. morte de paciente submetido a procedimento ambulatorial. a responsabilidade civil do médico por defeito na prestação de serviço é objetiva, nos termos do art. 14 do código de defesa do consumidor. a relação existente entre o hospital/médico e paciente caracteriza-se como relação de consumo, sendo eles autênticos prestadores de serviços, devendo ser responsabilizados pelos danos causados a seus pacientes ou familiares desses. inteligência do artigo 14 do código de defesa do consumidor. restou demonstrado o dever de indenizar por parte dos demandados, tendo em vista o falecimento do pai dos autores em face da perfuração de sua bexiga, quando do procedimento endoscópico. considerando as peculiaridades do caso concreto e os parâmetros adotados por esta câmara para a fixação de indenização em hipóteses símiles, afigura-se razoável a manutenção do quantum indenizatório nos moldes fixados na sentença. apelos improvidos. (Apelação cível nº 70007368574, quinta câmara cível, tribunal de justiça do rs, relator: Marta Borges Ortiz, julgado em 30/09/2004).

O tratamento dado à matéria, pelo CDC, especialmente no que tange ao médico que atua como profissional liberal em muito se iguala à disciplina do CC/02: de acordo com o diploma civilista, a responsabilidade dos profissionais da área da saúde é prevista no artigo 951, cláusula mais genérica que a adotada antes (já referido artigo 1545, CC/16), abarcando todos os profissionais cuja atuação liga-se à saúde. De acordo com tal dispositivo, a responsabilidade advém da conduta culposa do profissional, que deve ser comprovada.

Essa previsão, quase uma cópia do que havia no Código de Beviláqua, tem merecido críticas de Facchini Neto, como de resto toda a matéria de responsabilidade civil. Versando sobre o tema, assim manifestou-se o doutrinador (2004, p. 154,155):

Dificilmente haverá no direito civil matéria mais vasta, mais confusa e de difícil sistematização do que a da responsabilidade civil. Ao tempo do Código de 1916, ponderava-se que em nenhum ramo do direito mais se patenteia o indesejado desequilíbrio entre a disciplina legislativa e as impacientes exigências da vida moderna. As nossas leis no campo da responsabilidade civil espelham um passado extinto. Refletem, na rígida simetria de seu ordenamento, um estado de coisas que não é mais o estado de coisas contemporâneas. Impotentes para solucionar os conflitos que não são do seu tempo e do seu mundo, obrigam os seus aplicadores ao uso de artifícios e acomodações que, por vezes, tocam as raias do absurdo e do inconseqüente. Pois bem, o novo diploma civil não alterou substancialmente este estado de coisas. Poucas foram as inovações profundas e significativas. A maioria das aparentes alterações legislativas nada mais é do que uma incorporação, à lei, de entendimentos jurisprudenciais consolidados ou tendenciais.

Sem dúvida, razão assiste ao doutrinador. A legislação civilista, que se propunha a construir um novo paradigma para as relações privadas, a partir do princípio da socialidade, da boa-fé objetiva e da repersonalização da pessoa perdeu boa oportunidade de melhor proteger o paciente, posição sabidamente mais frágil na relação.

Assim, no que tange à responsabilidade do médico e demais profissionais da área da saúde, à luz do CC/02, ainda se considera a culpa para fins de sua responsabilização. Cabe lembrar, todavia, que o disposto no 951, do CC/02, não deve ser analisado isoladamente, cabendo uma hermenêutica

sistemática. Nesse sentido, sempre é bom ter presente o que preceitua o artigo 15, do mesmo diploma legal, ao dispor que ninguém pode ser constrangido a risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, ressaltando a importância de que se observe um importante princípio da bioética, antes referido, que é o princípio da autonomia.

Diante do exposto no CC/02 e fazendo o cotejo entre as duas legislações, entende-se que a aplicação do CDC é mais vantajosa para o paciente vitimado, pois além da possibilidade de aplicar-se a responsabilidade objetiva, ou a inversão do ônus probatório, em caso de atuação do médico como profissional liberal, ainda há outro importante fator a considerar: em se tratando de lesão causada, o prazo para que o consumidor busque a reparação é de 5 anos, a contar do conhecimento da autoria do dano, conforme se depreende da redação do artigo 27, do CDC.

Caso se aplique o CC/02 para a responsabilidade civil do médico, o paciente que sofrer algum dano terá um prazo de 3 anos para buscar a reparação, segundo a redação do art. 206, § 3º, inciso IV.

Portanto, mais um motivo para a defesa da aplicação do CDC, entendendo-se que a relação médico/paciente não apenas é contratual, mas de consumo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A convivência em uma sociedade marcada pela tecnologia e pela interdependência gera novos desafios a todos os profissionais. Nesse cenário, algumas profissões apresentam maior risco na consecução de suas tarefas, como é o caso dos profissionais da área da saúde, especialmente os médicos.

Definir os limites dessa atuação, de forma a cumprir o seu mister, promovendo a saúde física e mental, com o menor risco possível à coletividade, deve ser a grande meta desse profissional. Sabe-se, no entanto, que nem sempre tal desiderato é cumprido, especialmente em tempos de massificação das relações, em que até mesmo a relação médico/paciente, antes vista como sagrada, passa por uma releitura.

Diante desse quadro, necessário se faz que médicos e pacientes tenham plena consciência de seus direitos e deveres nesta relação jurídica, que deve ser pautada pelos preceitos éticos. Assim, se de um lado o paciente deve ser informado do tratamento, a fim de emitir seu consentimento de forma livre e informada, por outro, deve envidar todos os esforços para cumprir com as orientações médicas, sob pena de arcar, exclusivamente, com o ônus advindo de sua própria culpa.

Ao médico, por sua vez, resta envidar todos os esforços no sentido de cumprir o princípio da beneficência, que pontua a atividade médica desde o juramento de Hipócrates. Dessa forma, ao falhar nesse mister, deve indenizar a vítima, recolocando-a no *status quo ante* sempre que isso for possível. Cabe a esse profissional também procurar o diálogo com os outros campos do saber, especialmente o jurídico, de forma a prevenir-se para que sua atividade gere o menor ônus possível. A informação, portanto, é o melhor remédio a ser prescrito nesse caso.

Para a comunidade jurídica, fica o grande desafio de fazer uma leitura para além do Código Civil, ultrapassando-se a visão individualista do direito. Torna-se imperioso perceber que, ao falar da responsabilidade civil do médico, deve-se ter em vista o alcance coletivo que o tema tem. Portanto, quando todos os cuidados falharem e os conflitos emergentes da relação médico/paciente não forem passíveis de solução no consultório médico, é preciso que o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, enfrente o conflito e, ao resolvê-lo, tenha presente o Princípio da justiça ou da equidade, entendendo as atividades afetas à saúde como questão coletiva e que, como tal, interessam a toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONTI, Matilde Carone. *Ética e Direito na manipulação do genoma humano*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4288>>. Acesso em: 16 set. 2004.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

JURAMENTO de Hipócrates. Disponível em <<http://www.gineco.com.br/jura.htm/>>. Acesso em: 15 jun. 2004.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. *A responsabilidade civil e penal no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

MALUFE, Guilherme Martins. Responsabilidade civil dos médicos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1867>>. Acesso em: 25 set. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, Biodireito e Direitos Humanos. In: LOBO, Ricardo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 1.

_____. *Da Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 2.

FARIAS, Eduardo Sena. Um enfoque sobre o erro médico. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 218, 9 fev. 2004. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4810>>. Acesso em: 17 set. 2004.

GEDIEL, José Antônio Peres. Autonomia do sujeito e biopoder. In: TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

HUMENHUK, Hewerston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 03 out. 2004.

LEWICKI, Bruno. Panorama da Boa-Fé Objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade. *Revista de Doutrina 4ª Região*. 30 jun. 2004. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/alexandre_lippel.htm>. Acesso em: 03 out. 2004.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde: o paciente hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A Boa-fé como parâmetro da abusividade no Direito Contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Volume 7.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. Breves reflexões sobre a eficácia atual da Boa-fé Objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOUSA, Fábio Torres de. Responsabilidade civil do médico. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 152, 5 dez. 2003. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4523>>. Acesso em: 16 set. 2004.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. Erro médico e consentimento informado. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 337, 9 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5311>>. Acesso em: 17 set. 2004.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do Novo Código Civil - Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.