PADRÕES ÉTICOS E MÉDICO-LEGAIS APLICADOS À CIRURGIA

Genival Veloso de França [1]

Fecha de publicación: 01/07/2018

Sumário: Introdução. **1.** Aspectos éticos. **2.** Da ética à bioética. **3.** Deveres de conduta do cirurgião **4.** Responsabilidade penal. **5.** Responsabilidade civil.

Resumo: O artigo tem por finalidade refletir melhor e entender que mesmo existindo uma responsabilidade ética e legal aos médicos em geral, há determinados procedimentos e condutas que dizem respeito apenas ao cirurgião, seja esta responsabilidade na sua função pública ou privada, seja de forma isolada ou em equipes. Apresenta inicialmente considerações breves sobre a ética do médico e as condições e oportunidades em que a medicina é exercida nos dias hoje, tanto por suas carências como pelo seu espetacular progresso. Por fim trata da responsabilidade criminal do cirurgião com suas infrações mais comuns e da responsabilidade civil subjetiva às quais estão sujeitos, qualquer que seja a modalidade de exercício de suas atividades.

Abstract: The article has by purpose of reflecting better and to understand than same existing an ethical and legal responsibility to the doctors by general rule, are certain procedures and conducts that say to respect only al surgeon, are this responsibility in their public function or prevailed, it is of

[1] Professor Convidado do Máster em Medicina Forense da Universidade de Valencia (Espanha) e Membro Efetivo da Junta Diretiva da Sociedade Ibero-americana de Direito Médico.

isolated form or in equipment. It as much presents/displays initially brief considerations on the ethics of the doctor and the conditions and opportunities in which the medicine is exerted the days today, by its deficiencies as by the its spectacular progress. Finally it deals with the criminal responsibility of the surgeon with hers more common infractions and of the subjective civil responsibility to which are subject, nobody that is the modality of exercise of their activities.

Introdução

Embora sejam a Ética e a Lei valores inescusáveis e imprescindíveis a todos os que praticam a profissão médica, há entre estas algumas formas de atividade que exigem comportamento diferenciado em face de peculiar maneira do exercício de suas atividades. Assim, por exemplo, tem o cirurgião situações, condutas e procedimentos mais específicos, porque diferentes são seus modos de atuar e distintas as circunstâncias enfrentadas.

Vivemos a hora turbulenta e controvertida das novas doutrinas e dos conceitos mais ousados. Ora advindos da galopante evolução da técnica e da ciência, ora da própria forma de pensar e agir da sociedade. Alguns deles tão revolucionários que se aproximam do comprometimento das pessoas que estão no médico e no paciente. Não vamos admitir que essas mudanças sejam de todo dispensáveis, haja vista os mais inflexíveis e os moralistas mais obstinados saberem que muitas dessas modificações objetivam beneficiar o homem e suas condições de vida e de saúde.

É do conhecimento de todos que a Medicina contemporânea vive momentos de sobressalto e de expectativa, atordoada e estasiada por esses impressionantes progressos. Destarte, o novel cirurgião, quem sabe, ainda embriagado pela supervalorização que sua especialidade parece encerrar, resquício de uma mentalidade dominante entre os estudantes de medicina, sobretudo os dos primeiros anos, deve lembrar a grande responsabilidade e a imperiosa necessidade de ajustar-se aos ditames da Ética e da Lei, além, é claro, dos fundamentos que seu ofício requer.

Não deve, sob qualquer pretexto, colocar sua especialidade numa hierarquia superior às atividades de outros especialistas que, com o mesmo valor e a mesma disposição, canalizam seus esforços e sua dedicação em prol dos pacientes. Não deve sentir posto numa elite médica, numa Medicina de sangue azul, nem numa condição sobre-humana capaz de resolver tudo melhor que seus colegas.

O cirurgião não é tão-só um profissional adestrado na arte operatória, mas, igualmente, o homem abalizado na sutileza do tratamento do seu semelhante em instantes difíceis e angustiantes e, às vezes, o mais grave de sua vida. Grande é a sua responsabilidade e vastíssimo é o seu raio de ação.

Tão vasto que excede o fato de ser apenas médico. Trata-se, portanto, de uma atividade ampla e complexa a exigir de quem a cultiva, a par de uma habilidade específica, um lastro de conhecimentos polimorfo que ultrapassa a de alguns especialistas.

A cirurgia foi a mais liberal das especialidades médicas, pela sua forma mais rara de atuação, pela necessidade mais iminente e pela dramaticidade natural que encerra os momentos mais graves de uma pessoa. Hoje, com a socialização da medicina, a cirurgia é quase toda institucional, fato esse que não a desmerece nem a retira do seu lugar de destaque. Os pacientes não podem mais atender ao ônus pecuniário de uma intervenção operatória.

É óbvio que a atividade privada continua sendo a meta mais ansiada pelos médicos. Aí, o paciente elege o profissional pela confiança e este não se vê subjugado às normas institucionais de onde ele presta seus serviços. Isso, todavia, é impossível. Mesmo nos países de medicina mais liberal do mundo. Lá, os pacientes também pagam seus seguros médico-cirúrgicos. Essa forma moderna de atendimento médico institucional não nasceu do facultativo nem do paciente. Nasceu das contingências hodiernas. Todavia não se pode esquecer: medicina liberal não é sinônimo de boa medicina, como medicina social não quer dizer má atividade. A boa medicina está no homem que é o médico e nos meios de que ele pode dispor.

O fato de o paciente estar nos confortáveis cômodos dos quartos alcatifados ou nas enfermarias coletivas que a medicina pública pode oferecer não é justificativa para que a relação médico-paciente esteja em conflito ou desgastada. Não. Isto não é motivo para a impessoalidade e a insensibilidade neste relacionamento.

1. Aspectos éticos

Disse tempos atrás: "O primeiro compromisso ético é com a vida e ela é de tal magnitude que, mesmo violentada pela insensibilidade e pela indiferença do mundo tecnicista, a consciência atual teima em protegê-la nas situações mais precárias e excepcionais. Na hora em que o direito da força se instala negando o próprio Direito e quando tudo é paradoxal e inconcebível, ainda assim o bem da vida é de tal grandeza que a intuição humana a protege da insânia coletiva, criando-se regras que impeçam a prática de crueldades inúteis"[2].

A Ética Médica foi, até um certo tempo, um assunto que dizia respeito apenas à profissão médica, distante, pois, de qualquer outro interesse que

[2] *França, GV – Direito Médico, 9ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.*

não estivesse próximo daqueles ditados e protegidos pelos ditames morais e culturais dos que exercem essa atividade e aos que dela necessitam de atendimento.

Atualmente, isto não se verifica mais. A Ética Médica alcança aspectos significativos a partir do instante em que as grandes inovações no campo da saúde começam a interferir na vida humana e quando há dúvidas e reclamações na maneira como tudo isto ocorre. Como diz Martin[3]: "Além da questão técnica do que se pode fazer, surge a questão ética do que se deve fazer".

A ética não pode ser uma opção neutra e acomodada, estéril e formalista, complacente com uma estrutura social perversa, que cria profundos desníveis e golpeia a comunidade de forma cruel e impiedosa. A ética deve ser entendida como o guia de um projeto capaz de atingir amplos setores da sociedade, principalmente os mais desarrimados e flagelados pela iniqüidade e pelo sofrer. Passou-se o tempo em que a ética era apenas um amontoado de decisões pessoais, interiorizadas, desempenhando simples papel de etiqueta. Desse modo, se ela não for sensível às modificações propostas com a concepção que se tem da sociedade e do homem, será apenas uma coisa pobre e mesquinha

Assim, o cirurgião deve ter a coragem para assumir a dimensão de sua responsabilidade e não permitir que suas decisões tenham rumo contrário de suas legítimas conclusões. Coragem para negar. Coragem para afirmar. Coragem para confessar que não sabe. Coragem para pedir orientação de um colega mais experimentado.

Aprender a ser humilde. Muita modéstia e pouca vaidade. O sucesso à fama deve ser um processo lento e elaborado na convicção do aprimoramento e da boa conduta ética, e nunca pela presença ostensiva do nome ou do retrato nas colunas dos jornais. Ser simples e usar sempre o bom-senso. A pureza da arte pura é inimiga do artifício. Convencer-se de que a discrição é o escudo com que deve se proteger dos pronunciamentos açodados sobre cura ou sobre um tratamento mais heróico, sobretudo quando a verdade que se procura provar ainda não se apresenta nítida e livre de contestação. Fugir das declarações ruidosas prestadas aos jornalistas ávidos de sensacionalismo, em entrevistas espalhafatosas diante da desgraça e do infortúnio de alguém. Falar pouco e em tom sério, com argumentação e na oportunidade exata.

---

[3] *Martin, LM - A ética médica diante do paciente terminal, Aparecida: Editora Santuário, 1993.*

Manifestar uma extrema paciência no exercício dessa árdua missão. Evitar a violência, porque ela revela duas coisas: fraqueza e insegurança. Paciência com o doente, com a doença, com a família do enfermo e, até mesmo, com os próprios colegas que participam de uma mesma tarefa. Nunca esquecer que a caridade discreta e ingênua dignifica a profissão, enaltece quem a faz e não humilha quem a recebe. A caridade ostensiva e ruidosa avilta a Medicina, denigre quem a executa e fere profundamente quem dela necessita.

Impor uma autoridade indiscutível, afirmando com firmeza, fazendo valer sua palavra. Decidir firmemente. A titubeação é sinal de insegurança e afasta a confiança que se deve ditar. Se uma decisão é vacilante, a arte e a ciência tornam-se temerárias e duvidosas.

Lembrar que o segredo médico pertence ao paciente e que sua guarda só pode ser rompida em casos muito especiais. Ele deve ser mantido na sua relativa necessidade e na sua compulsória solenidade, não obstante ter uma intervenção cirúrgica, em muitos casos, suas repercussões sensacionalistas e dramáticas, quase ao sabor do conhecimento de todos. Nos seus transes mais graves, principalmente, deve o cirurgião manter sua discrição, sua sobriedade, evitando que suas declarações sejam transformadas em ruidosos pronunciamentos levados por jornalistas sem escrúpulos que se alimentam da desgraça e do infortúnio

Tem sido prática comum e reprovável as operações desnecessárias, quer por indicação discutível ou a simples pedido do paciente. Só há um tipo de cirurgia aceitável: a necessariamente indicada. Jamais exagerar a urgência ou a gravidade do mal. Essa é uma prática mercantilista e desonesta. Convém evitar, a todo custo, esse tipo de medicina que degrada a profissão, maculando quem a exerce e traindo a boa-fé de quem irremediavelmente necessita dela.

As relações profissionais e pessoais entre cirurgiões devem ser ás mais estreitas, a mais cordial e a mais fraterna, não somente por urbanidade, senão, também, por necessidade, pois ninguém poderá entender melhor os problemas profissionais e as aflições de um cirurgião, que não outro cirurgião. E o que se observa nos dias fluentes é apenas a união de pequenos grupos cujos interesses são convergentes. Grupos esses cada vez mais reduzidos e mais agressivos. Nunca chegarão a formar uma classe.

Outro fato relevante na vida agitada e convulsa do cirurgião é a decisão de prolongar a vida de um enfermo, quando se pressupõe uma incurabilidade. Sua postura deve ser a mesma diante de qualquer paciente, ainda que essa

intervenção seja só no sentido de oferecer a esse enfermo mais alguns dias de sobrevivência, respeitando sempre os critérios do diagnóstico de morte encefálica.

Conscientizar-se de que a prudência é tão necessária quanto a pronta intervenção. A prudência é a expectativa consciente e inteligente de atuar na hora certa. Um outro dever de conduta do médico e o de abstenção de abuso. Só a consciência como um facho atravessará a escuridão iluminando os caminhos.

Não deixar que a esperança – recurso infalível dos sofridos e remédio de todos os males – descambe no abismo do desengano. Ela custa pouco mas vale muito. Os sonhos e as ilusões são os mais justos alentos da existência humana. Só o ilusório é grande, é belo e é fantástico porque é maior que a realidade. Quem ouve uma palavra de esperança é como quem escuta a voz de Deus.

Não sei, com a visão provinciana de modesto professor da Paraíba, o que será da arte operatória no futuro. Não sei, confesso, o que ela será possível realizar em termos tecnológicos com suas máquinas e computadores de resultados quase infalíveis. Não posso imaginar o destino da cirúrgica nesses anos vindouros, em matéria de sofisticação e de recursos. Sei apenas que já iniciamos a era dos grandes conflitos e dos graves problemas éticos, desafiadores e terrivelmente confusos, abrindo veredas sombrias e duvidosas, quando o aborto, a esterilização humana, a cosmetologia cirúrgica e a psicocirurgia já se tornam práticas correntes.

2. Da ética à bioética

A Medicina permaneceu por longo tempo no chamado período hipocrático, prisioneira dos rigores da tradição e das influências religiosas. Tal postura respondia a um modelo calcado no *corpus hipocraticum*, constituído de um elenco de normas morais imposto pelos mestres de Cós. A virtude e a prudência eram as vigas mestras desta escola.

Estes postulados, é claro, colocavam o médico muito mais perto da cortesia e da caridade que de um profissional que enfrenta no seu dia a dia uma avalanche medonha de situações muito complexas e desafiadoras. Nesta época prevalecia o princípio de que antes de tudo se deveria provar que o médico era um bom homem.

A ética do médico sempre foi inspirada na teoria das virtudes, base de todo corpo hipocrático, realçado de forma bem especial no *Juramento*. A prudência era a virtude mais exaltada. Antes, como a doença era colocada

em nível de castigo, era comum se perguntar se cabia aos médios se opor a tais desígnios.

A medida que a medicina avança em suas conquistas e investigações, maior se torna o risco desse desenvolvimento. Longe de se diluir ou atenuar a significação da Ética, faz-se ela doravante mais mister do que nunca.

A ética médica contemporânea vai se ajustando pouco a pouco às ânsias da sociedade e não responde tanto às imposições da moralidade histórica da medicina. Tem mais significação nos dilemas e nos reclamos de uma moralidade fora de sua tradição. A ética fundada na moralidade interna passa a ter um sentido secundário.

Por isso, o grande desafio atual é estabelecer um padrão de relação que concilie a teoria e a prática, tendo em vista que os princípios ético-morais do médico são muito abstratos e as necessidades mais prementes dos seres humanos são prementes e práticas. O ideal seria conciliar sua reflexão filosófica com as exigências emergentes do dia-a-dia.

O conceito que se passa a ter de ética na hora atual, portanto, tem um sentido de se adaptar a um modelo de profissionalização que vai sendo ditado por outras pessoas não médicas. Este novo conceito de ética no contexto de cuidado médico vai se aproximando de um outro modelo de ética, onde a preocupação por problemas morais complementa-se fora da medicina. O rumo da ética do médico será ajustar e supervisionar o ato profissional dentro de um espaço delimitado pelos valores sociais e culturais que a sociedade admite e necessita.

De 1970 a 1980 houve uma grande modificação no sentido de entender a ética do médico dentro do conjunto das necessidades da profissão e das exigências contemporâneas. Surgiu a *ética dos princípios* trazida pelos bioeticistas, oriundos de outras tantas atividades não-médicas. É claro que houve um sobressalto medonho entre os estudiosos da deontologia médica clássica.

O fato é que os filósofos antigos que tinham tomado a medicina como exemplo prático da moral e que tiveram reduzidas suas influências pelo juízo hipocrático, voltaram triunfantes com o advento da Bioética, batizada em 1972 e tantas vezes sacramentada na hora atual.

Daí em diante as salas de aula dos filósofos e moralistas passaram a ser ocupadas por temas como anencefalia, pacientes terminais e transplantes de órgãos. Disso resultou se perguntar: o que exatamente têm os bioeticistas a oferecer em tais contextos? Muitos acham que eles podem trazer para o

centro destas discussões uma reflexão mais neutra sobre os problemas enfrentados num hospital ou clínica médica. Mas seria certo dizer que de uma discussão em matéria filosófica sempre surge resultados valiosos em situações práticas da medicina?

Passados os primeiros instantes de euforia e de perplexidade – quando os filósofos e moralistas incursionaram livremente pelas questões da ética profissional dos médicos, sob o manto desta nova ordem chamada *Bioética* -, acredita-se ter chegado a hora de se analisar e refletir sobre alguns dos aspectos oriundos desta experiência.

Antes de tudo é bom que se diga que não temos nada contra alguém que fale sobre temas ligados à vida e à saúde, principalmente quando se sabe que as teorias dos filósofos da moral podem exaltar os valores que vivem no mundo interior de cada médico, porque o filósofo "pensa e age de acordo com o ser dos homens". Porém, é preciso entender como eles poderiam influenciar na forma de decidir quando diante de dramáticas situações, notadamente numa profissão de regras tão técnicas e racionais, onde se "age e se pensa de acordo com o ser das coisas". E mais: é da essência do filósofo criar mais problemas que soluções.

A partir dos anos setenta a ética médica tradicional foi influenciada pela chamada *teoria de princípios*, onde se preconizava a autonomia, a beneficência, a não maleficência e a equidade, sempre se baseando no raciocínio de que se um ato tem conseqüência boa e está ajustado a uma regra, ele é por conseqüência um ato eticamente recomendável.

De início, esta proposta foi discretamente aceita em virtude de não existir, à primeira vista, algo que se conflitasse com as teses deontológicas da velha *teoria das virtudes*. No entanto, esta teoria foi demonstrando na prática que não era suficiente para responder a muitas indagações de ordem mais pragmática, as quais exigiam respostas iminentes como, por exemplo, o aborto, a eutanásia e o descarte de embriões congelados, assuntos esses que os "principialistas" divergem abertamente. A maior falha deste sistema é a não fixação de uma hierarquia em seus princípios. Isto, justiça se faça, não quer dizer que a *Bioética* deixe de ser um espaço a mais para uma ampla e participativa discussão sobre temas em torno das condições de vida e do meio ambiente.

Esta doutrina hoje tem muitos adeptos face o prestígio e a mobilização dos iniciados na *Bioética*, os quais vêm passando aos mais jovens seus conceitos como proposta de solução para os problemas éticos do dia a dia. Todavia, seus defensores, conhecendo as limitações dessas idéias,

principalmente pela inexistência de uma base moral mais convincente, começam a defender a justificativa de que "não há princípios morais inflexíveis e que cada um deve condicionar sua postura de acordo com as nuanças de cada caso em particular".

O próximo passo será refletir sobre situações teóricas de uma medicina que apenas se projeta de forma conjetural, que não existe, mas é certa. A medicina preditiva é uma destas formas de medicina. Ela se caracteriza por práticas cuja proposta é antever o surgimento de doenças como seqüência de uma predisposição individual, tendo como meta a recomendação da melhor forma de preveni-las ou remediá-las.

Por tal projeto, como se vê, muitas são as questões levantadas, tanto pela forma anômala de sua relação médico-paciente, como pela oportunidade de revelar situações que podem comprometer a vida privada do indivíduo ou submetê-lo a uma série de constrangimentos e discriminações, muitos deles incontornáveis e inaceitáveis.

3. Deveres de conduta do cirurgião

Quando da avaliação da responsabilidade médico-cirúrgica em um contestado ato nas ações de saúde, notadamente no campo da prática curativa, seja nos Conselhos Profissionais, seja na Justiça Civil ou Criminal, especificado na doutrina e na jurisprudência, é imperioso que se levem em conta os *deveres de conduta* do acusado. A prática tem demonstrado que isto é imprescindível e incontornável[4].

Desta forma, para se caracterizar a responsabilidade do cirurgião não basta apenas a evidência de um dano ou de um nexo causal, mas que exista uma forma de conduta contrária às regras técnicas vigentes adotadas pela prudência e pelos cuidados habituais, e que o prejuízo fosse evitado por outro profissional em mesmas condições e circunstâncias.

As regras de conduta, argüidas quando de uma avaliação de responsabilidade profissional do cirurgião, são relativas aos seguintes deveres:

a) Deveres de informação. Neste tipo de dever estão todos os esclarecimentos que se consideram necessários e imprescindíveis para o correto desempenho quando da elaboração de um ato cirúrgico, principalmente se ele é mais complexo e de risco-benefício discutível.

---

[4] *França, GV – Direito médico, 9ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.*

O conteúdo dos deveres de informação encontra-se hoje expresso pela justificada exigência dos princípios da transparência e da vulnerabilidade do consumidor, que têm no consentimento informado do paciente sua indiscutível exigência. De início, existe o dever do profissional de se informar sobre as condições particulares do paciente, realizando, de forma mais cuidadosa, a anamnese e a toda documentação necessária. E também a obrigação de informar o paciente sobre procedimentos que serão adotados, das cautelas recomendáveis e dos riscos a que está sujeito, tudo isso em linguagem clara, compatível com a capacidade de compreensão do que se informa.

Assim, por exemplo, é imprescindível que o paciente seja informado sobre a anestesia indicada, principalmente no que se refere aos seus riscos mais comuns, suas conseqüências e suas vantagens para aquele tipo de operação. O mesmo se diga quanto ao tipo de cirurgia a se feito. Mesmo que o paciente seja menor de idade ou incapaz, além dos responsáveis legais, moralmente ele também tem o direito de ser informado e esclarecido. O dever de informar é imperioso como requisito prévio para o consentimento e a legitimidade do ato terapêutico ou propedêutico a ser utilizado. Isso atende ao *princípio da autonomia* ou *princípio da liberdade*, onde todo indivíduo tem por consagrado o direito de ser autor do seu destino e de escolher o caminho que lhe convém.

Além do mais, exige-se que o consentimento seja esclarecido, entendendo-se como tal o obtido de um indivíduo capaz de considerar razoavelmente uma conduta operatória, onde fiquem evidentes suas vantagens e desvantagens, riscos e benefícios, sem a necessidade de se chegar aos detalhes das complicações mais raras e mais graves (*princípio da informação adequada*).

Sempre que houver mudanças significativas no procedimento cirúrgico e isso possa ser levado ao paciente, como, por exemplo, passar de um procedimento para outro, deve-se obter o novo consentimento, pois a permissão inicial tinha tempo e forma definidos (*princípio da temporalidade).* Admite-se também que mesmo após o consentimento o paciente ou seus responsáveis legais podem revogar a permissão outorgada (*princípio da revogabilidade).*

O paciente tem também o direito de recusar um tipo de conduta cirúrgica, desde que isso não lhe traga graves prejuízos nem esteja ele em perigo de vida. Praticar qualquer ato profissional numa ação de saúde contra a vontade do paciente é uma violência e um grave desrespeito aos mais

elementares princípios de civilidade. A recusa do paciente é uma contra-indicação absoluta de qualquer procedimento nesta área, a não ser que este seja o remédio heróico e salvador ante um perigo iminente de morte.

Mesmo que a indicação de um ato operatório seja uma decisão eminentemente ligada a uma lógica clínica e em favor do paciente, este, em algumas situações, pode optar por outra forma de atendimento desde, é claro, que isto não lhe traga prejuízos. Se se trata de uma cirurgia eletiva, por exemplo, o profissional pode até recusar sua assistência. Na cirurgia de urgência, como já foi dito, a conduta correta é fazer a técnica melhor indicada para salvar a vida do paciente.

b) Deveres de atualização profissional. Para o pleno e ideal exercício da profissão nas ações de saúde individual ou coletiva, não se exige apenas uma habilitação legal. Há também de se requerer deste facultativo um aprimoramento sempre continuado, adquirido através de conhecimentos recentes da profissão, no que se refere às técnicas dos exames e dos meios modernos de tratamento, sejam nas publicações especializadas, nos congressos, cursos de especialização ou estágios em centros e serviços hospitalares de referência. Em suma, o que se quer saber é se naquele discutido ato cirúrgico poder-se-ia admitir a imperícia. Se o profissional estaria credenciado minimamente para exercer suas atividades, ou se poderia ter evitado o dano, caso não lhe faltasse o que ordinariamente é conhecido em sua especialidade e consagrado pela experiência operatória. Este conjunto de regras, chamado de *lex artis*, deve ser aplicado a cada ato profissional, sem deixar de serem considerados a complexidade do caso, o recurso material disponível, a qualificação do cirurgião e o local e as condições de trabalho.

A não atualização (ou a atualização deficiente) importará em negligência, que é uma das formas de culpa. Porém a caracterização deste dever é sempre avaliada em concreto, à vista da efetiva possibilidade de atualização profissional considerada objetiva e subjetivamente, respondendo-se à questão de saber se aquele cirurgião naquelas reais circunstâncias poderia ou não ter tido acesso à informação atualizada. O que se averigua é a possibilidade da aquisição do conhecimento atualizado, e não o efetivo conhecimento do médico.

c) *Deveres de abstenção de abuso.* É necessário também saber se o profissional agiu com a cautela devida e, portanto, descaracterizada de precipitação, de inoportunismo ou de insensatez. Isso se explica porque a norma moral exige das pessoas o cumprimento de certos cuidados cuja

finalidade é evitar danos aos bens protegidos. Exceder-se em medidas arriscadas e desnecessárias é uma forma de desvio de poder ou de abuso. No entanto, ninguém pode negar que a medicina de hoje seja uma sucessão de riscos e que esses riscos, muitas vezes, são necessários e inadiáveis, principalmente quando um passo mais a ousado é o último e desesperado remédio. Isto atende às razões do *princípio do risco proveito.*

Pode-se também incluir entre as condutas abusivas aquelas que atentam contra a dignidade humana, inclusive quando se expõe desnecessariamente o paciente em certos procedimentos, quando se invade sua privacidade e avilta-se a imagem e a honra alheia. O mesmo se diga quando do uso de meios e práticas especulativas e experimentais sem o devido consentimento da paciente e com os riscos considerados desnecessários.

d)Deveres de vigilância, de cuidados e de assistência. Na avaliação de um ato profissional numa ação de saúde, quanto a sua integridade e licitude, deve ele estar isento de qualquer tipo de omissão que venha ser caracterizada por inércia, passividade ou descaso. Portanto, este modelo de dever obriga o cirurgião a ser diligente, agir com cuidado e atenção, procurando de toda forma evitar danos que venham ser apontados como negligência ou incúria.

Os deveres de vigilância, atualização e cuidados são maiores quanto mais grave e mais delicada seja a situação do paciente. Desta forma, a responsabilidade do cirurgião começa muito antes do ato operatório, não se limitando, portanto, ao momento da realização do ato. Isto importa na preparação do doente, nos cuidados pré-operatórios, na solicitação dos exames subsidiários e na seleção e escolha dos instrumentais a usar. O mesmo se diga que não termina sua responsabilidade com o término da cirurgia, mas após todos os cuidados e condutas pós-operatórios até a alta do paciente.

Está claro que estes deveres são proporcionalmente mais exigidos quanto maior for o resultado que se quer apurar. Numa análise mais fria vamos observar que os casos apontados como falta dos deveres de conduta do cirurgião resultam quase sempre da falta do cumprimento deste dever.

É mais que justo, diante de um caso de mau resultado ou equívoco na prática avaliativa de um ato operatório, existir a devida compreensão e a elevada prudência quando se considerar alguns resultados, pois eles podem ser próprios das condições e das circunstâncias que rodearam o indesejado resultado, sem imputar a isso uma transgressão aos deveres de conduta.

5. Responsabilidade Criminal do cirurgião

O médico, qualquer que seja sua especialidade, está sujeito a normas de direito público tendo em conta que a vida e a saúde são bens jurídicos de ordem coletiva, cabendo ao Estado a guarda desta tutela. Mesmo que os médicos, como melhor exemplo os cirurgiões, atuem de forma coletiva em equipes, a responsabilidade criminal é estritamente individual.

Sendo assim, mesmo que o cirurgião exerça uma função de relevante valor social na busca de soluções para aliviar a dor, o sofrimento, prevenir e eliminar as doenças, isto não o isenta dos deveres de cuidados e diligências que deve ter nem das conseqüências cobradas pela lei. Na verdade, aqui não se pune o mal resultado em si, mas a atuação descuidada, imprudente, negligente, quando do exercício legal de sua profissão. Fora desta condição ele responde como qualquer cidadão no que diz respeito às sanções do Código Penal, pois "o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais" Considera-se como delito por infração médica a ação ou omissão no exercício da medicina, proibida por lei, sujeita a uma pena determinada e cuja prática é lesiva a um bem jurídico relevante.

Infrações penais que podem estar relacionadas à atividade do cirurgião.

Existem certos delitos penais que exigem do autor uma determinada qualidade ou condição específica. Assim, nesta categoria de delitos a autoria material é restrita aos médicos, e aqui em particular aos cirurgiões. São infrações próprias e especiais, tais como exercício ilegal de profissão, charlatanismo, curandeirismo, falsidade de atestado médico, omissão de notificação de doença, violação do segredo profissional, prescrição desnecessária de entorpecentes, remoção de órgãos ou tecidos, utilização de tecidos obtidos ilegalmente, transplante de órgão sem o consentimento expresso do representante legal e esterilização cirúrgica.

a) Exercício ilegal de profissão

O Código Penal, no artigo 205 estabelece: "*Exercer atividade, de que está impedido por decisão administrativa. A pena é de detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos ou multa".* No artigo 282: "*Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites. Pena: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos".* E a Lei de Contravenções Penais, no seu artigo 47: "*Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem*

preencher as condições a que por lei está subordinado a seu exercício: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa"

No artigo 205 o pressuposto da infração penal é o impedimento do exercício por imperativo administrativo e não judicial, como o não atendimento às suspensões temporárias, cancelamento e cassações proferidas pelos Conselhos Regionais de Medicina. Nos artigos 282 do CP é crime e no 47 da LCP é contravenção contra a ordem pública quando se exerce profissão sem preencher as condições que a lei subordina ou exceder os limites da profissão. No primeiro caso é o delito praticado por leigos e no outro ao médico que exorbita de suas atividades ainda que habilitado e autorizado a exercer sua profissão.

Segundo afirma Jurandir Sebastião[5], não será punido por esse delito o farmacêutico que se encontra em região afastada e isolada dos grandes centros, carentes de assistência médica, que prescreve, vende e ministra substâncias sem prévia receita médica, uma vez que nessas circunstâncias a situação se constituirá em estado de necessidade. Nesses casos, portanto, será afastada a ilicitude da conduta sob o amparo do inciso I do art. 23 do Código Penal.

b) Charlatanismo

O crime de charlatanismo é previsto no artigo 283 do Código Penal: "*Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível: Pena – detenção de três meses a um ano e multa".* Pratica este crime, portanto, quem aconselha, recomenda e, ainda divulga algum tipo de tratamento ou mesmo a cura por meio secreto ou infalível. O charlatão pode ser médico ou não, desde que fraude a boa-fé dos doentes, prometendo a cura por métodos secretos e infalíveis.

c) Curandeirismo

O crime de curandeirismo está previsto no artigo 284 do Código Penal: "*Exercer o curandeirismo: I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância:; II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III – fazendo diagnóstico; Pena – detenção de seis*

---

[5] *Sebastião, Jurandir. Responsabilidade médica civil, criminal e ética. 3º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003,*

meses a dois anos. Parágrafo único: Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito a multa"

Na sua maioria são pessoas desprovidas de conhecimentos médicos que pratica a conduta ilícita, mas também pode ser o próprio médico o autor deste delito. Normalmente, os curandeiros são indivíduos rudes, ignorantes, desonestos ou místicos (feiticeiros, magos, cartomantes, adivinhos, pais-de-santo, entre outros, incluindo nisto os atos de exorcismo praticados por ministros das variadas Igrejas).

d) Crime de falsidade de atestado médico

Comete crime contra a fé pública o médico que fornece atestado falso no exercício de sua profissão. Diz o artigo 302 do Código Penal: "*Dar o médico, no exercício de sua profissão, atestado falso. Pena: detenção de 1 mês a 1 ano. Parágrafo único: Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa".*

O crime está na falsidade da declaração. Figueiredo[6] afirma que se trata de um crime próprio, pois somente pode ser cometido por médico, constituindo ainda, uma espécie de falsidade ideológica.

Atestado ou certificado é um instrumento que tem a finalidade de firmar a veracidade de certo fato ou a existência de determinado estado, ocorrência ou obrigação. É um documento destinado a reproduzir, com idoneidade, uma específica manifestação do pensamento. O atestado ou certificado médico, por sua vez, é um relato escrito e singelo de uma dedução médica e seus complementos. Segundo Souza Lima, resume-se na "declaração pura e simples, por escrito, de um fato médico e suas conseqüências". Tem a finalidade de sintetizar, de forma objetiva e singela, o que resultou do exame feito em um paciente, sugerindo um estado de sanidade ou um estado mórbido, anterior ou atual, para fins de licença, dispensa ou justificativa de faltas ao serviço, entre outros. É, assim, um documento particular, elaborado sem compromisso prévio e independente de compromisso legal, fornecido por qualquer médico que esteja no exercício regular de sua profissão.

A utilidade e a segurança do atestado estão necessariamente vinculadas à certeza de sua veracidade. Sua natureza institucional e seu conteúdo de fé

---

[6] *Figueiredo, AM e cols., Profissões de Saúde, Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter Ltda,*

pública é o pressuposto de verdade e exatidão que lhe é inerente, daí a preocupação e o interesse que o atestado desperta, com diz Sérgio Ibiapina Ferreira Costa[7]. E mais: "uma declaração duvidosa tem, no campo das relações sociais, o mesmo valor de uma declaração falsa, exatamente por não imprimir um conteúdo de certeza ao seu próprio objeto".

Deve-se entender ainda que o atestado é diferente de declaração. No atestado, quem o firma, por ter fé de ofício, prova, reprova ou comprova. Na declaração exige-se apenas um relato de testemunho. Entendemos que, na área de saúde, apenas os profissionais responsáveis pela elaboração do diagnóstico são competentes para firmarem atestados. Os demais podem declarar o acompanhamento ou a coadjuvação do tratamento, o que não deixa, também, de constituir uma significativa contribuição como valor probante.

Afirma ainda Figueiredo[8]: Os processos criminais por falso atestado de médico são praticamente desconhecidos na prática forense brasileira. Porém, isso não se deve ao fato de que a prática inexiste. Não é preciso ser um "*expert*" na área da saúde para saber que muitas pessoas se beneficiam da conduta imoral de alguns médicos para justificar suas faltas no trabalho (especialmente no âmbito do funcionalismo público), para não comparecer às audiências judiciais, evitar de ser preso ou até mesmo livrar-se da cadeia. Com muita freqüência os atestados médicos são exibidos em audiência judiciais e em processos de recursos criminais.

e) Omissão de notificação de doença

A omissão de notificação de doença é tratada no capítulo dos crimes contra a saúde pública. O objetivo da proteção legal é a incolumidade pública, no aspecto especial da saúde pública. Trata-se de uma norma de direito público que tem como objetivo assegurar e proteger a coletividade em face de determinadas doenças que, pelo seu contágio, colocam em risco a saúde da população. Sendo assim, cabe ao Estado instituir medidas repressivas para sancionar aqueles que, pela natureza de sua atividade profissional, tem obrigação de comunicar as autoridades sanitárias à ocorrência de casos isolados

A infração penal é prevista no artigo 269 do Código Penal e pune com pena de seis meses a dois anos o médico que deixar de denunciar à autoridade

---

[7] *in Atestado médico – considerações ético-jurídicas, na obra Desafio Éticos, Brasília: Publicação do Conselho Federal de Medicina, 1993.*

[8] Figueiredo, in op. cit.

pública, doença cuja notificação é compulsória. Embora outros profissionais da área da saúde tenham o dever de comunicar a ocorrência de moléstias contagiosas, a lei somente responsabiliza diretamente o médico, ficando os demais sujeitos apenas às sanções específicas. Todavia, há possibilidade da participação criminosa de agentes públicos, chefes de família, diretores de instituições e estabelecimento industriais

f) Violação do segredo profissional

No mundo inteiro as legislações consagram a inviolabilidade do segredo médico. O objetivo dessa proteção não é só estabelecer a confiança do paciente, cujas informações são fundamentais para assegurar um diagnóstico correto e uma terapêutica eficiente: é também por um imperativo de ordem pública e de equilíbrio social.

Admite-se a infração por quebra do segredo médico quando sua revelação se faz de forma intencional, permitindo que um fato deixe de constituir confidência numa relação profissional e passe para o conhecimento de terceiros que não estão nessa relação nem no direito de sabê-lo.

A forma utilizada para a revelação dessas confidências pode ser a mais diversa. Pode ser escrita ou oral, por meio de carta ou pela imprensa, ou dirigida a pessoas certas ou incertas. Basta que o conteúdo do segredo e a identidade do paciente sejam levados ao conhecimento público ou particular. Para a caracterização do delito de quebra do sigilo profissional faz-se necessário:

i) Existência de um segredo. O segredo é o fato conhecido por alguém ou por um número limitado de pessoas interessadas na sua inviolabilidade, às quais a revelação poderia trazer certos danos. O sigilo a obrigação de proteger a vontade e o interesse, de maneira expressa ou tácita, de que determinados assuntos sejam mantidos em caráter privado, pois do contrário trariam inevitáveis prejuízos de ordem moral ou material

ii). Conhecê-lo em razão de função, ofício, ministério ou profissão. Porthes afirmava que "não há medicina sem confidências, não há confidências sem confiança e não há confiança sem segredo". Assim, é fácil entender que não há como se exercer uma atividade tal qual a medicina sem ouvir as confidências e sem ter a consciência de que certos fatos devem ser mantidos sob sigilo, a não ser em casos muito especiais.

iii) Ausência de motivos relevantes. É evidente que, no exercício diário da medicina, o médico se depara com situações onde alguns conceitos mais ortodoxos do segredo são relevados, face às imposições de interesse

público ou mesmo individual. Desse conflito com as incompatibilidades das concepções médicas ou jurídicas, deve prevalecer o respeito às necessidades imediatas. O que se pune, quando da revelação escusada, é a leviana atitude de trazer ao conhecimento alheio determinados acontecimentos que fazem parte da privacidade do paciente ou de seus familiares.

iv) Possibilidade de dano a outrem. Para alguns não é necessário que a quebra do segredo médico chegue a causar danos. Temos repetido que "basta a simples quebra do segredo para que se configure a infração, independente da concretização do dano"

v) Existência de dolo. A infração de quebra do sigilo profissional é sempre por dolo, ou seja, quando o agente divulga conscientemente uma confidência e quando ele sabe que está agindo de forma contrária à norma. Nunca por culpa, pois nesta faltariam os elementos necessários para sua caracterização. Assim, por exemplo, a perda de um envelope contendo resultados de exame de um paciente, possibilitando alguém conhecer sobre sua doença, não caracteriza o crime de divulgação do segredo. O mesmo se diga quando o rompimento do sigilo ocorre por coação física ou moral.

Admite-se a revelação por justa causa, dever legal ou quando autorizado expressamente pelo paciente ou pelo representante legal.

g) Prescrição desnecessária de entorpecentes

Constitui crime, de acordo com o artigo 15 da Lei nº 6.368, de 21-10-1976, que trata da prevenção e repressão de tóxico, a prescrição desnecessária de entorpecentes: "*Prescrever ou ministrar culposamente, o médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal regulamentar. Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias multa"*

h) Ilícitos penais relacionados à remoção de órgãos ou tecidos

O artigo 14 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 afirma: "*Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei: Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa. Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa".*

O artigo 16 – *"Realizar transplante ou enxerto de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei: Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa de 150 a 300 dias-multa."* O artigo 18 – "*Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único: Pena - detenção, de seis meses a dois anos."* Segundo o artigo 10 o transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor ou do seu representante legal, após o aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

i) Esterilização cirúrgica

Se a esterilização estiver incluída num conjunto de atos de uma política de saúde em favor das condições de vida e saúde do homem ou da mulher, ou para atender suas precárias condições sócio-econômicas, não há o que censurar, pois tal prática hoje passa a ser considerada como lícita e necessária, justificada por uma norma específica.

Todavia tem faltado entre nós uma discussão mais séria no sentido de se retomar uma antiga discussão em torno da identificação e controle dos ricos reprodutivos, obstétricos e estatísticos, inseridos num programa materno infantil que tivesse como orientador o próprio Ministério da Saúde.

Deste modo teríamos listados como fatores de risco gestacional permanente algumas patologias de alto risco como hipertensão crônica, doença renal severa, cardiopatias e neuropatias graves e não reversíveis; e riscos estatísticos a serem definidos como por exemplo a idade da gestante, multiparidade e história de repetidas cesáreas.

Ainda deveriam ser analisados os fatores gestacionais transitórios com potencialidade de reversão como tuberculose, endocrinopatias controláveis, doenças remais agudas, ou riscos estatísticos como idade inferior a de 15 anos, aborto e parto prematuro e mortes pré-natais repetidas, os quais teriam tratamento específico e prevenção de próximas gestações.

Com a edição da Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996 passou-se a permitir a esterilização voluntária em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 25 anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos. Desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação de fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce.

Diz ainda a referida lei que as indicações da esterilização devem beneficiar as mulheres com risco de vida ou da saúde, ou do futuro concepto, confirmado por relatório escrito e assinado por dois médicos.

Tudo isso deve ser precedido de expresso registro da vontade do beneficiado em documento escrito e firmado, após a informação a respeito do risco da cirurgia, seus efeitos colaterais, as dificuldades de reversão e a opção de outros meios contraceptivos disponíveis.

Fica proibida a esterilização em mulheres durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casso de comprovada necessidade, em cesáreas sucessivas anteriores. Não se considerará legítima a autorização decorrente de indivíduos portadores de transtornos mentais, cuja capacidade mental seja transitória ou definitiva, inclusive aqueles estados motivados pelo uso de álcool ou drogas.

Fica claro que a lei somente adotará a esterilização através da laqueadura tubária e da vasectomia ficando terminantemente proibidas a histerectomia e a ooforectomia como métodos contraceptivos.

Na vigência da sociedade conjugal a esterilização dependerá do consentimento expresso de ambos os cônjuges, As pessoas absolutamente incapazes dependerão de autorização judicial a ser regulamentada na forma da lei. Fica também estabelecido que toda esterilização seja objeto de notificação compulsória à direção do Sistema Único de Saúde.

Só estarão autorizadas a praticarem a esterilização humana as instituições que ofereçam todas as opções de meios e métodos de contracepção reversíveis.

Eis uma decisão do Tribunal de Minas Gerais:

Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 11ª. Câmara Cível - Número do processo: 1.0431.06.030997-5/001(1) –

Relator: AFRÂNIO VILELA - EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. GRAVIDEZ POSTERIOR A LAQUEADURA DE TROMPAS. LEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" DO HOSPITAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

> DE HOSPITAL. ART.14 DO CDC.AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO SUFICIENTE SOBRE O RISCO DE NOVA GRAVIDEZ APÓS O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DANO MORAL CONFIGURADO. CDC. A responsabilidade civil do hospital é de ordem objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, não cabendo investigar a culpa de seus prepostos, mas se o serviço prestado pelo nosocômio foi defeituoso ou não, e se a culpa foi exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, §3º, I e II). A responsabilidade do médico é subjetiva, conforme art. 14, §4º, do CDC, avaliada de acordo com o art. 186 do CC/2002, uma vez que sua obrigação, em regra, não é de resultado, mas de meio. Além da prova do dano e do nexo de causalidade, naquela espécie de responsabilidade, é necessário que reste demonstrado que o serviço foi culposamente mal prestado, especialmente se o médico não cientificou a paciente acerca da possibilidade de falha no método anticoncepcional empregado - laqueadura de trompas - , o que impossibilitou à autora, já mãe de três filhos, de precaver-se dos riscos de uma nova gravidez indesejada, restando o dever de indenizar.

j). Homicídio culposo e lesões corporais

A inobservância do dever de cuidado é um dos elementos basilares do crime culposo: Ela pode se é manifestar através das modalidades de culpas: imprudência, negligência e imperícia. Aqui o agente de alguma maneira deu causa ao resultado por uma das três formas de modalidades de culpa, embora não tenha desejado o resultado.

Na doutrina penal tem prevalecido a teoria subjetivista da culpa, onde o agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo, existindo, apenas, uma previsibilidade de dano. Como essa previsão é eminentemente subjetiva, torna-se difícil atribuir ao médico uma responsabilidade criminal. Entre nós, a Justiça sempre tem se mostrado muito prudente ante uma suposta culpa, a não ser frente a uma situação indiscutível onde se possa impor o princípio da *res ipsa loquitur*, ou seja, onde a coisa fala por si mesma.

Nosso estatuto penal assim classifica o chamado erro médico:

I) Imprudência médica

Pode-se conceituar imprudência como uma conduta inconveniente, impulsiva, afoita no procedimento. É a forma de agir de modo grosseiro e sem moderação. Como revela Mirabete[9], "a imprudência caracteriza-se quando o agente atua com precipitação, inconsideração, afoiteza, sem

[9] *Mirabete, JF - Manual de Direito Penal. 11º ed. São Paulo: Editora Atlas S.S., 1996*

cautela", pois o profissional tem a obrigação evitar tudo quanto possa expor a perigo ou causar dano ao paciente.

Imprudente seria o cirurgião que agisse sem a cautela necessária e de cujo ato ou conduta ficassem caracterizados pela intempestividade, precipitação, insensatez ou inconsideração. A imprudência tem sempre caráter comissivo.O cirurgião que, podendo realizar uma operação por um método conhecido, abandona essa técnica e, como conseqüência, acarreta para o paciente um resultado danoso, comete imprudência, e não imperícia.

A imprudência anda sempre com a negligência como faces de uma mesma moeda: uma repousando sobre a outra.

II) Negligência médica

Negligência é o descaso, o desleixo, a desídia, É a inércia ou a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental[10]. Enquanto na imprudência o agente realiza uma conduta que a cautela indica que não deve ser realizada, na negligência o sujeito deixa de fazer alguma coisa que a prudência impõe. A doutrina ensina que a imprudência é positiva, isto é, o sujeito realiza uma conduta e a negligência é negativa, o sujeito deixa de fazer algo imposto pela ordem jurídica[11].

A negligência caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É a falta de observância aos deveres que as circunstâncias exigem. É um ato omissivo.

Pode-se configurar a negligência nas seguintes eventualidades:

1 – Abandono do doente. Esse é o tipo mais clássico de negligência médica. Uma vez estabelecida a relação médico-paciente, a obrigação da continuidade de tratamento é absoluta, a não ser em casos especiais, como no acordo mútuo entre as partes ou por força maior. O conceito de abandono deve ficar bem claro, como no exemplo em que o médico é certificado de que o paciente ainda necessita de tratamento, e mesmo assim, deixa de atendê-lo.

2 – Omissão de tratamento. O médico que omite um tratamento ou retarda o encaminhamento de seu doente a outro colega para os cuidados necessários comete uma negligência. Por exemplo: um clínico ao tratar de

---

[10] *Mirabete, op. cit.*

[11] *Jesus, D - Direito Penal. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997,*

um enfermo portador de apendicite não o transfere de imediato para um cirurgião, preferindo fazer o tratamento conservador, ou o faz já tarde, quando as complicações estão presentes. É um caso típico de negligência por omissão de tratamento.

3 – Prática ilegal por pessoal técnico. Em princípio, o médico não pode atuar sozinho. Em certas circunstâncias, a colaboração do pessoal auxiliar é imprescindível. Se o auxiliar subalterno exerce um ato sob ordens ou instruções, mas no qual a presença do médico é indispensável, aplica-se aqui também o princípio da negligência do superior responsável. Quando este auxiliar efetua uma tarefa em que a assistência do médico é indispensável, e disso vem a resultar dano à vida ou à saúde do paciente, responde penal ou civilmente este auxiliar ou o próprio hospital por indenização.

Exemplifiquemos: se um médico autoriza uma enfermeira a praticar uma paracentese, e disso resultam complicações ou danos ao doente, não há por que deixar de configurar, nesse caso, uma verdadeira negligência de quem autorizou. No entanto, se aquela auxiliar executa um ato próprio de sua capacidade, e natural no exercício de suas funções, é claro que ao médico não cabe atribuir-se nenhuma responsabilidade.

4 – Esquecimento de corpo estranho em cirurgia. O simples fato de haver esquecimento de um corpo estranho num ato operatório por si só não constitui, moral ou penalmente, um fato imputável, a menos que essas situações se repitam em relação a um determinado profissional, o que, por certo, viria configurar-se numa negligência médica.

Os mais hábeis e experimentados cirurgiões não se furtam de reconhecer a probabilidade desses acidentes e a estatística demonstra que todos aqueles que se dedicam a essa espinhosa e tumultuada atividade, e mais constantemente os profissionais de longa vivência, incorrem em tais acidentes, embora esporadicamente. Não é exagero afirmar-se que dificilmente um bom cirurgião escapou desse dissabor.

Tal fato é imprevisível e, até certo ponto, impossível de ser evitado, ainda que se empreguem os mais modernos meios e as maiores atenções. Ainda mais quando se reconhece que esses cuidados não dependem apenas do cirurgião e de sua habilidade, mas, também, dos que participam direta ou indiretamente do ato operatório, e inclusive do tipo de material utilizado nessa forma de trabalho.

Esses eventos, quando surgem, são exatamente nas operações de grande risco e de urgência comprovada, muitas delas entremeadas de acidentes

graves ou vultosas hemorragias, ou ainda pelo pânico naturalmente provocado na equipe ante o angustiante estado de iminência de morte. Pelo exposto, não é nenhum absurdo esquecer certos corpos estranhos, como, por exemplo, compressas, as quais ficam mascaradas e escondidas no recôndito das cavidades. As incisões pequenas também contribuem para esses desfechos.

Outro fato conhecido pelos que militam nesse delicado setor é de que alguns corpos estranhos são totalmente inócuos ao organismo e podem permanecer por muito tempo enquistados ou, simplesmente, serem expelidos pela parede ou pelas vias naturais. Não é surpresa também frisar que esses elementos estranhos podem ser encontrados em necropsias de indivíduos operados há muito tempo, sem que esse esquecimento tenha contribuído para o resultado letal.

Outras vezes, o material deixado numa operação é encontrado num ato cirúrgico posterior, por patologia semelhante ou diversa; ou por comprovação radiológica cuja repercussão é causada de forma mais escandalosa por aqueles que o encontram. Infelizmente, para isso nem sempre tem havido coleguismo, existindo até quem encaminhe ao seu companheiro de profissão o corpo estranho encontrado, num gesto execrável de ferir-lhe a vaidade.

Apesar de ser um acidente pouco ocorrido entre os cirurgiões, as estatísticas mostram que o esquecimento de um desses corpos estranhos numa cavidade abdominal, por exemplo, tem implicação letal muito menor que outros acidentes que se verificam em cirurgia e anestesia, tais como supuração, embolia, descerebração, hemorragias, lesões de elementos nobres, muitos dos quais irreversíveis e mortais.

E inegável que, atualmente, esses acidentes estão escasseando, não apenas devido à sistematização da técnica operatória, como também pela maior tranqüilidade do ato cirúrgico ou pelo sentido de equipe que se vem formando no momento. O aumento do tamanho das compressas, a aversão ao uso das gazes, a melhor iluminação e a maior capacitação dos auxiliares, a maior segurança em que se opera atualmente nos grandes centros, são elementos saneadores desses acontecimentos. As longas fitas ou fitas com sinetes presos às compressas, o pessoal de enfermagem especializado na contagem do material utilizado, são outros fatores de grande valor na profilaxia desses acidentes.

Se levarmos em consideração a precariedade do meio em que muitas operações são realizadas, em pequenos hospitais ou maternidades, onde os

médicos operam e dão anestesia com a ajuda de um atendente ou serviçal, diante dos casos mais desesperadores e angustiantes, incorrer-se-ia num exagero se se qualificasse, de modo isolado, o esquecimento de um corpo estranho como negligência médica. Seria injusto imputar-se desatenção ou desinteresse, mas, simplesmente, aceitar-se como um ato involuntário que normalmente pode fugir da vigilância e do controle, empanando o desvelo do profissional. Uma conspiração circunstancial e momentânea, própria e inexoravelmente ligada à falibilidade e à imperfeição de todo ato humano. Tudo que possa desviar a atenção ou perturbar o raciocínio e o sossego do operador é causa desses tipos de acidentes, por mais cauteloso que o cirurgião seja. E desses acidentes, ninguém poderá dizer que está livre. O que não se perdoa ao médico é a relapsia para com os fatos mais triviais e mais geradores de dano.

O manuseio de compressas, e enfocamos esse elemento por ser o mais comumente deixado em cirurgias, é uma tarefa do auxiliar e da enfermagem, a qual se obriga ao trabalho de contagem, quer das utilizadas na operação, quer das colocadas à disposição do ato. Mesmo assim, essa operação meramente cerebral falha: ou por contagem aparentemente certa quando uma delas ficou na cavidade, ou, ainda, por contagem aparentemente inexata, com abertura desnecessária aos planos operatórios.

Em que pese a todos os membros de uma equipe médico-cirúrgica terem suas tarefas nitidamente definidas, a tendência de alguns doutrinadores era conferir a responsabilidade ao superior hierárquico. Será responsável o cirurgião por uma equipe que ele não escolheu, não escalou nem indicou, mas que recebe em virtude de uma escala de serviço? Ao que nos parece, não. É justo que toda irregularidade suscitada numa sala de operações seja transferida para o seu chefe? Tendo-se a ciência de que compete somente a ele a tarefa de supervisionar, seria demasiadamente injusto incriminar-lhe tudo quanto viesse a ocorrer no estranho mundo e nos complicados problemas de um palco cirúrgico. Para outros, o operador é responsável mas não é o único. Estas teses são, sem dúvida, rigorosíssimas, pois a experiência tem demonstrado que nenhum método, por mais rígido que se afigure, é capaz de evitar esse desastroso acontecimento. A divisão das tarefas de um ato operatório dilui a responsabilidade e o coloca na posição de acidente imprevisível, inevitável pela convicção da certeza. É uma forma de engano para o qual não há garantia absoluta nem qualquer processo para evitar, mormente tendo-se em vista a dramaticidade e a urgência que caracterizam certas intervenções.

Para se qualificar o esquecimento de um corpo estranho num ato operatório como crime culposo por negligência, ter-se-ia de invocar os elementos essenciais da culpa: previsibilidade de dano, ato voluntário inicial, ausência de previsão e voluntária omissão ou negligência. Seja a culpa um vício da vontade, seja um vício da inteligência, não é caracterizada nas situações aludidas como responsabilidade médica por negligência.

III) Imperícia médica

Imperícia é a falta de conhecimentos teóricos e práticos no exercício de arte ou profissão, o agente não leva em consideração o que sabe ou o que deve saber na prática de seu ofício. Em outras palavras, "é a falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão"[12]

Assim, entende a doutrina que imperícia é a falta de observação das normas, por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos. É a carência de aptidão, prática ou teórica, para o desempenho de uma tarefa técnica. Chama-se ainda imperícia a incapacidade ou inabilitação para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou pela ausência dos conhecimentos rudimentares exigidos numa profissão.

Diagnóstico errado nem sempre é imperícia. O médico, como todas as pessoas, tem que aprender através da experiência e da observação, e estas, sabe Deus, representam, às vezes, a tarefa mais árdua e difícil. Não é ele infalível, nem pode garantir a recuperação de todos os pacientes, pois as situações que se apresentam são, em algumas circunstâncias, graves e confusas. Assim, numa dessas eventualidades, o erro não pode ser sinônimo de imperícia. Por isso, existe até aquilo a que chamamos de *erro honesto.*

No entanto, diz imperito um médico responsável pela morte de um paciente em conseqüência de um ato operatório, quando esse profissional não se encontrava em perfeito domínio técnico de realizá-lo, e por falta de conhecimentos anatômicos veio a lesar um elemento nobre. Seria isso imperícia, ou a imprudência de quem não estava apto a fazer tal operação, realizando-a mesmo sabendo de sua falta de condições?

Nosso pensamento é que o médico habilitado – profissional e legalmente – não pode ser considerado imperito em nenhuma circunstância, por mais palpável que seja essa situação, uma vez que consideramos imperícia a falta de habilidade no exercício de uma tarefa, ou a ausência de conhecimentos necessários para desempenhar uma atividade. Consiste ela

---

[12] *Jesus, D - op. cit.*

justamente na incapacidade para determinado ofício. É a falta de prática rudimentar exigida numa determinada profissão, pois sabemos que todas elas possuem alguns princípios primários, os quais devem ser conhecidos por todos aqueles que a ela se dediquem.

Ora, se um homem tem nas mãos um diploma que lhe confere um grau de doutor e uma habilitação legal, será extremamente difícil a alguém provar que essa pessoa seja incapaz. Ou se é capaz, ou não. Não é lógico atribuir-se imperícia, em uma situação isolada, a um profissional habilitado e com provas de acerto em outras tantas situações.

O cirurgião que, podendo fazer uma operação por um processo simples e rotineiro, emprega um meio mais difícil e complexo, resultando disso morte ou danos à saúde de um paciente, não pode ser considerado imperito, e sim, imprudente.

Onde não há ignorância não pode haver imperícia.

Sabemos que o diploma de médico não pode ser um atestado de imunidade que lhe permite cometer impunemente toda espécie de negligência ou imprudência. Por outro lado, será sempre necessário que se trace um limite preciso entre a imprudência e a negligência, e a imperícia.

Nas faltas mais grosseiras mesmo sabendo-se que o médico não é infalível, deveremos sempre estar diante de uma imprudência ou de uma negligência, por mais que pareça à primeira vista tratar-se de um caso de imperícia. Entendemos que juridicamente tal situação é insustentável, pois o diploma e o seu registro nas repartições competentes outorgam uma habilitação que torna o médico legalmente imune à imperícia.

“Responsabilizar e condenar o médico por imperícia seria punir a ignorância, o que constituiria uma injustiça” (Vila Nova e Morales).

6. Responsabilidade civil do cirurgião

"O fundamento da responsabilidade civil está na alteração do equilíbrio social produzida por um prejuízo causado a um dos seus membros. O dano sofrido por um indivíduo preocupa todo o grupo porque, egoisticamente, todos se sentem ameaçados pela possibilidade de, mais cedo ou mais tarde, sofrerem os mesmos danos, menores, iguais e até maiores"[13]

[13] *Alcântara, HR - Responsabilidade Médica, Rio de Janeiro: José Konfino Editores, 1971.*

Miguel Kfouri Neto[14] afirma que "não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais – tão desenvolvidos em nossos dias, mas nem sempre ao alcance de todos os profissionais – bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática".

Marilise Kostelnaki Baú[15] enfatiza: "A culpa supõe algum defeito na conduta do devedor, traduzido pela falta de previsão dos danos que sua ação ou omissão pode ocasionar".

A responsabilidade civil gira em torno de duas teorias: a *subjetiva* e a *objetiva.*

A teoria subjetiva tem na culpa seu fundamento basilar. No âmbito das questões civis, a expressão culpa tem um sentido muito amplo. Vai desde a culpa *stricto sensu* ao dolo. É o elemento do ato ilícito, em torno do qual a ação ou a omissão leva à existência de um dano. Não é sinônimo, portanto, de dano. É claro que só existirá culpa se dela resulta um prejuízo. Argüi-se a responsabilidade do autor quando existe *culpa*, *dano* e *nexo causal*.

No entanto, atualmente, essa teoria começa a ser contestada por várias razões: a imprecisão do conceito de culpa pelo cunho teórico e caracterização imprecisa, o surgimento da responsabilidade sem culpa, o sacrifício do coletivo em função de um egoísmo individual sem justificativa nos tempos atuais e a socialização do direito moderno.

Assim, o conceito de culpa vai se materializando, surgindo a teoria objetiva da responsabilidade que tem no risco sua viga mestra. O responsável pelo dano indenizará simplesmente por existir um prejuízo, não se cogitando da existência de sua culpabilidade, bastando a causalidade entre o ato e o dano para obrigar a reparar. O nexo causal consiste no fato de o dano ter surgido de um determinado ato ou omissão. No momento em que a noção de culpa passa a ser diluída, a idéia de risco assume um plano superior.

Os que contrariam esse conceito admitem ser a teoria objetiva materializadora, vingativa, baseada na justiça do olho por olho e do dente

---

[14] *Kfouri Neto, M - Responsabilidade Civil do Médico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998*

[15] *Baú, MK. O Contrato de Assistência Médica e a Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999*

por dente, preocupada no aspecto patrimonial em prejuízo das pessoas. Entretanto, tais argumentos não se justificam, pois não se cogita represália nem vindita, senão da solidariedade e da eqüidade, fundamentos basilares da nova conceituação da responsabilidade civil. Longe de significar a volta ao primitivismo, reflete a sensibilidade do doutrinador ante os fenômenos sociais, conseqüentes e inevitáveis nesses tempos de hoje.

A primeira vista, responder alguém por danos que tenha causado sem culpa parece uma grave injustiça. Também não seria menor injustiça deixar a vítima sujeita a sua própria sorte, arcando sozinha com seus prejuízos. A solidariedade é o maior sentimento de justiça. Reparar todo e qualquer dano seria o ideal da própria solidariedade humana.

Indenizar o dano produzido sem culpa passa a ser mais uma garantia que propriamente uma responsabilidade. E não se pense que os "reparados" pelo dano tirem vantagem disso. Os danos são sempre maiores que a reparação.

Por sua vez, a responsabilidade civil do médico sempre provocou várias controvérsias, não apenas pela sua inclusão ora no campo contratual, ora no campo extracontratual; mas, principalmente, pela maneira mais circunstancial em que a profissão é exercida. A tendência é colocá-la na forma contratual, até mesmo no atendimento gratuito e sempre de forma subjetiva.

É claro que o médico, ao exercer suas atividades junto ao paciente, sua intenção é beneficiá-lo. Mesmo assim o dano pode surgir. Isso o obriga, pela teoria objetiva da responsabilidade, a reparar o prejuízo, pois uma vontade honesta e a mais cuidadosa das atenções não eximem o direito de outrem. O certo é que os tribunais até a algum tempo somente caracterizavam a responsabilidade médica diante de um erro grosseiro ou de uma forma indiscutível de negligência. Hoje a tendência é outra: apenas a inexistência de nexo de causalidade, de força maior, de atos de terceiros ou de culpa do próprio paciente isentariam o médico da responsabilidade. Infelizmente, a inclinação desses tribunais é retirar dos médicos uma série de privilégios seculares, mesmo sabendo-se que as regras abstratas da justiça nem sempre são de fácil aplicação aos complexos e intricados momentos do exercício da Medicina.

Portanto, assim como não é fácil estabelecer a responsabilidade penal do médico, sua responsabilidade civil pode sofrer sérias modificações. O risco é que essas mudanças se voltem para o interesse político-econômico, tendo como princípio mais aceito o da repartição dos danos, caracterizado por

uma exigência econômica em decorrência da qual qualquer dano deve ser repartido entre os envolvidos. O que se pretende com esta forma de responsabilidade - quase ilimitada – seria assegurar o equilíbrio social, quando um prejuízo produzido poderia causar dano a um dos membros do grupo.

Quanto aos hospitais e instituições de saúde a visão dos tribunais se volta cada vez mais para a reparação do dano, pouco importando que o resu1tado seja demonstrado por uma falha instrumental ou da ciência e quando a culpa de um dos seus agentes não chegou a ser comprovada. Este é o fundamento da teoria objetiva da responsabilidade civil. Os julgadores não estão muito preocupados em examinar profundamente as razões da culpa, senão apenas em reparar o dano. Houve até quem sentenciasse: Não há nada de imoral, mesmo na ausência da culpa, em obrigar a reparação da coletividade pública causadora do dano por atos dos agentes da pessoa jurídica.

O novo Código

Como se sabe, o contrato de prestação do serviço médico resulta obrigação de meio e não de resultado. Excepcionalmente pode-se reverter esta situação. Está no âmbito das obrigações negociais, igual aos contratos de prestação de serviços, no quadro das atividades liberais. Com as alterações advindas com a vigência do novo Código Civil, a partir de janeiro de 2003, pode-se dizer que em termo de doutrina pouco mudou.

Todavia, no que se refere aos dispositivos deste novo Código referentes à responsabilidade médica nota-se uma sensível mudança. Antes esta matéria era balizada pelos artigos 159: ("*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*") e artigo 1.545 ("*Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento*"). O primeiro foi substituído neste novo diploma pelo artigo 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*"). O segundo não tem correspondência no Código vigente. Com certeza será aplicado a artigo 951 ("*O disposto nos artigos. 948, 949 e 950 aplica-se ainda nos casos de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe*

lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”). Houve, no entendimento de Nestor Forster[16] uma ampliação na responsabilidade indenizatória.

O artigo 927, em seu parágrafo único (“*Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem* “) exclui totalmente o conceito da necessidade de verificação da culpa.

Lana[17] afirma que “no campo das obrigações, embora o Código não prescinda totalmente da teoria da responsabilidade subjetiva baseada na culpa, uma vez que ela se acha claramente definida no artigo 951, a extensão do conceito da obrigação de indenizar fundada na responsabilidade objetiva do profissional parece estar bem delineada no artigo citado no parágrafo precedente deste comentário. Com relação ao tema em epígrafe, distinguem-se classicamente três teorias da imputação causal da culpa (ou da conduta) ao agente, a saber: Teoria da equivalência dos antecedentes, teoria da causalidade adequada e teoria da causa eficiente. A primeira, mais conhecida como teoria da *conditio sine qua non* vem disciplinando, há várias décadas, o nosso ordenamento jurídico na área penal; a segunda tem sido caracterizada como a doutrina predominante que rege nosso Código Civil, enquanto a terceira representa uma mitigação da primeira teoria, segundo a qual o evento danoso jamais ocorreria se determinado conjunto de causas não estivesse presente no nexo de causalidade, embora uma delas exsurge como a causa necessária, enquanto as demais apenas estabeleceriam causas complementares para a produção do evento”.

O fato é que a doutrina da responsabilidade civil seja ela extracontratual ou contratual, está firmada na tese da responsabilidade sem culpa. Nesta concepção, o causador do dano só está isento de indenizar se for excluído o nexo de causalidade. Mesmo que nossa tradição seja firmada na responsabilidade subjetiva, a expectativa é saber se as profissões que lidam com a vida e a saúde serão consideradas ou não pela doutrina ou pela jurisprudência como atividades de risco ou se ficará em aberto para quer o julgador decida em cada caso.

Entre nós, muitas são as vozes a afirmar que o médico, quando exerce sua profissão não cria riscos. Trata do perigo e da doença, o que em si é sempre

---

[16] *in Erro Médico, Coleção Aldus, São Leopoldo: Unisinos, 2002.*

[17] *Lana, RL e cols.– Profissões da saúde, Rio de Janeiro: Livraria e Editor Revinter, 2005*

em favor do paciente na busca de sua cura. Atuam dentro dos riscos oriundos da própria enfermidade. Mesmo que para tanto se utilize de meios instrumentais e condutas mais inovadoras. Por isso, sua responsabilidade é de natureza subjetiva, firmada na avaliação da culpa "*stricto sensu"*

Especificando, o cirurgião pode estar atuando de maneira individual como profissional liberal, como empregado ou preposto ou comitente de uma pessoa jurídica de direito público ou privado, ou como sócio de uma pessoa jurídica de direito privado. Pode também estar atuando integrado a uma equipe (multidisciplinar ou não) com autonomia de atuação, ou sem autonomia de atuação ou sendo o chefe da equipe.

Figueiredo[18] diz que "na verdade há dois tipos básicos de relação: a primeira uma relação "externa" entre o profissional, ou a equipe, ou a pessoa jurídica e o consumidor ou o usuário (do sistema público), podendo essa relação ser uma relação de consumo ou não ser uma relação de consumo. E a segunda ("interna") entre os membros de uma equipe, entre os membros da equipe ou profissional individual (liberal ou não) e a pessoa jurídica de direito público ou privado, e entre todas aquelas pessoas, físicas ou jurídicas, que tenham, de qualquer modo, concorrido para o resultado danoso".

A relação entre o cirurgião e o paciente sendo uma relação de consumo teria como aferidor o Código de Defesa do Consumidor?

Haverá relação de consumo quando oferecer serviços, mediante remuneração no mercado de consumo, a um consumidor final (paciente).[19] Para outros, há numa aplicação muito mais ampla, permitindo incluir qualquer serviço, ainda que sem pagamento, já que a expressão remuneração englobaria a remuneração direta ou indireta[20]. Decisão interessante é a do STJ no Resp. 519310, em que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, onde mesmo tendo sido reconhecido o caráter beneficente das entidades filantrópicas isto "não a impede de ser considerada fornecedora de serviços e, como tal, ser regida pelo Código de Defesa do Consumidor".[21]

---

[18] *Figueiredo, op. cit.*

[19] *CDC, Artigo 2º: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."*

[20] *Lima Marques. C - Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais-, 4ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002,*

[21].*STJ – RESP 519310 – 3ª Turma – DJ de 24/05/2004.*

Quando o cirurgião trabalha na função pública, como funcionário ou prestador de serviços em um determinada instituição de saúde ou como integrante da rede do SUS duas situações ocorrem: a primeira questão é se o poder público poderia ou não vir a ser responsabilizado pelos danos decorrentes de seus atos ou e a segunda questão é se o poder público responderia com base na teoria subjetiva ou com base no teoria objetiva.

O Código Civil vigente diz que: "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo." Zanella di Pietro a respeito disto ainda afirma: "*de certa forma, está atrasado em relação à norma constitucional, tendo em vista que não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público*". [22]

O Código do Consumidor no seu artigo 22 é mais enfático quando diz que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreeendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas nesse artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste código".

Em síntese, o cirurgião está na relação subordinada ao Código do Consumidor como fornecedor de serviços e assumirá a responsabilidade como causador do dano se houver defeito ou vício na prestação. Atuando ele de maneira individual, como profissional liberal, ou como empregado ou preposto ou comitente de uma pessoa jurídica de direito público ou privado, ou como sócio de uma pessoa jurídica de direito privado, somente responderá por culpa e responderá apenas pelos atos que vier a dar causa.

Se ele estiver atuando integrado a uma equipe multidisciplinar ou não igualmente responderá somente por culpa, tenha ele autonomia ou não de atuação, e seja ele chefe ou não da equipe. No entanto poderá haver a solidariedade entre eles podendo ser cobrada a indenização por inteiro e quem tiver pago terá o direito de regredir contra os demais ou contra o causador do dano.

---

[22].*Di Pietro, Maria Sylvia Zapella. Direito Administrativo. 15ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 528.*

Por fim, a pessoa jurídica de direito público ou privado, na área da saúde, vai responder sempre, sem a necessidade de culpa, podendo ela cobrar do causador do dano os valores que vier a ser obrigada a pagar, se quando demonstrar que o causador do dano agiu com culpa.

Vejamos:

> Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RESP 258.389-SP: "CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1 – 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. *Nesse sentido são as normas dos artigos 159, 1521, III e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos artigos 186 e 951 do novo Código Civil, bem como a súmula 341 – STF ('É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto'). 2- Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3 – O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4 – Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. "*

Cirurgia: Obrigação de meio ou de resultado?

Dentro do conteúdo das obrigações positivas - onde se exige do devedor um comportamento ativo de dar ou de fazer alguma coisa, são reconhecidas duas modalidades de obrigações: a de *meios* e a de *resultado.*

Na primeira, existe o compromisso da utilização de todos os recursos disponíveis para se ter um resultado, sem, no entanto, a obrigação de alcançar esse êxito tão legítimo. Busca-se, é claro, um resultado, mas em não se o cumprindo - e inexistindo a culpa do devedor, não há o que cobrar. Nesta, a relação entre o médico e o paciente se faz pela obrigação de dar a este um tratamento adequado, ou seja, um tratamento de acordo com as disponibilidades da ciência médica, com os recursos disponíveis e com as condições específicas e circunstanciais de cada caso. Esta obrigação de

diligência é uma obrigação geral que serve de fundamento a todos os contratos.

Na obrigação *determinada* ou *de resultado* a prestação do serviço tem um fim definido. Se não houver o resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume o ônus por não satisfazer a obrigação que prometeu.

Assim entendendo, existe na responsabilidade contratual civil do cirurgião uma obrigação de meios ou de diligências, onde o próprio empenho do profissional é o objeto do contrato, sem compromisso de resultado. Cabe-lhe, todavia, dedicar-se da melhor maneira e usar de todos os recursos necessários e disponíveis. Isso também não quer dizer que ele esteja imune à culpa. Enfim, esta é a idéia que tem prevalecido. O contrário seria conspirar contra a lógica dos fatos.

Entretanto, face outra forma de entendimento, há quem defenda a teoria de que o dano produzido em cirurgia plástica tenha configuração mais grave, por se entender existir entre o especialista desta área e o seu paciente uma obrigação de resultado. A prevalecer tal idéia, diante de um mau resultado, qualquer que sejam suas causas, a vítima tem o direito de fazer-se indenizar sempre.

Nesse aspecto, com todo respeito, discordamos frontalmente, notadamente no que diz respeito à cirurgia plástica reparadora e à restauradora, pois difíceis e delicados são os momentos enfrentados nesta especialidade, com destaque nos serviços de urgência e emergência, quando tudo é paradoxal e inconcebível, dadas as condições excepcionais e precárias, e muitas vezes diante da essência dolorosamente dramática da eminência de morte. Exigir-se nestas circunstâncias uma obrigação de resultado é, no mínimo, desconhecer os princípios mais elementares dessa especialidade cirúrgica.

Hoje, mesmo em especialidades consideradas obrigadas a um resultado de maneira absoluta, como na anestesia e na radiologia, já se olha com reservas este conceito tão radical de êxito sempre, pois o correto é pelo menos decidir pelas circunstâncias de cada caso.

Na obrigação de resultado o devedor assume o compromisso de alcançar um objetivo ou conseguir um efeito sempre desejado. E na obrigação de meios, o devedor não assegura a realização de um feito esperado, todavia se obriga a usar os meios necessários e indicados para a proposta esperada, sendo o resultado secundário à obrigação e não integrante como objeto do contrato. Na obrigação de meios o resultado que se promete na assistência médica não é a cura do paciente, mas a forma orientada para esse fim,

desde que ele tenha empregado o melhor de seu esforço, de sua capacidade e o que lhe é disponível[2].

Kfouri Neto citando os irmãos Mazeaud transcreve: "O credor não tem, então, que provar que o devedor tenha sido negligente, é ao devedor que incube estabelecer que obrou com toda prudência desejável e esperada. Na pratica ter-se-ia o seguinte: o paciente afirma que não foi curado. O médico não pode, então, permanecer numa posição de negativa, pura e simples, dizendo: prove minha imprudência, pois do fato de não haver atingido o resultado a que, sem dúvida, não se obrigou a alcançar, mas para o atendimento do qual havia prometido empenhar-se, resulta uma presunção de negligência contra ele. O médico tem, portanto, que provar necessariamente a prudência e a diligência com que se houve. Por isso, conforma-se aos princípios da obrigação de meios, obrigar os médicos a estabelecerem a certeza de que não atuaram com culpa"[3].

Por isto a cirurgia plástica, em algumas vezes denominada de reconstrutora, reparadora ou corretiva é de indiscutível legitimidade e da mais insuspeita necessidade quando seu objetivo se destina a corrigir condições deformadoras congênitas ou adquiridas e mutilações resultantes de traumas. Assim uma cirurgia reparadora para corrigir um lábio leporino ou uma seqüela de câncer de mama e as lesões oriundas de um trauma de face, na tentativa de restaurar o indivíduo à sua configuração habitual, reintegrando-o em suas possibilidades sociais, não há o que discutir: é ético, legal e necessário.

Por outro lado, não se pode esquecer que esta forma de cirurgia deve estar alicerçada na justa necessidade das pessoas atendidas e dentro das normas reguladas pelos ditames éticos e legais. Não esquecer também que ao indicar uma cirurgia plástica ela seja pelo menos indispensável. Não é por outra razão que alguns tribunais neste e noutros climas têm se mostrado mais rigorosos quando esta intervenção tem o caráter apenas estético ou de embelezamento, pois o sentido terapêutico propriamente dito, que comanda todos os atos médicos curativos e recuperadores, nesta situação está diluído num conjunto de motivos de ordem pessoal. *Ipso facto,* recomenda-se uma decisão que leve em conta as circunstâncias e a necessidade de cada caso.

O mesmo não ocorre quando se trata de uma forma de cirurgia estética chamada cosmética (*cosmetic surgery*), que não visa nenhuma ação curativa, revelando-se quase sempre de prática duvidosa e cercada de certa ambigüidade, impregnada de modismo e de efeito superficial, a exemplo

dos olhos siameses e dos lábios carnudos, estando, pois, fora da licitude que se empresta às formas anteriores. Desta maneira, a cirurgia reparadora de uma disgenesia de orelha ou a cirurgia reconstrutora de orelha pós-traumatismo não pode ser considerada cirurgia de embelezamento, pois esta recriação ou esta reconstrução da orelha não tem o sentido primário de embelezar, mas o de aproximar o operado o mais possível da normalidade ou do que era ele antes.

> Eis um julgado: TJRS – Processo n° 597183383 – 3ª Câmara Cível – Rel. Tael João Selistre – 05/03/98. "RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. CIRURGIA PLÁSTICA. ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. COBRANÇA DO SALDO DOS HONORÁRIOS. PRESCRIÇÃO. PROCEDÊNCIA, EM PARTE, DA AÇÃO E IMPROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO. A responsabilidade civil do médico, como sabido, é contratual, sendo a obrigação, em princípio de meio e não de resultado. Todavia, em se tratando de cirurgia plástica, a obrigação é de resultado, assumindo o cirurgião a obrigação de indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação. Demonstrado o inadimplemento, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao médico a obrigação de demonstrar que não houve culpa ou que ocorreu caso fortuito ou força maior. Indenização pelos danos de ordem material e moral. Procedência, em parte, da ação, por ter sido excluído o pedido de dote. Prescreve em um ano a ação para a cobrança de honorários médicos, contado o prazo a partir da data do último serviço prestado. Tendo isso ocorrido em maio de 1993 e a reconvenção protocolada em outubro de 1994, caracterizada está a prescrição. Sentença mantida. Apelação não provida".

Responsabilidade cirurgião no erro por fato da coisa

Todos sabem da necessidade de o cirurgião utilizar equipamentos e aparelhos no exercício de suas atividades. No entanto, se desse uso ocorrer um dano ao paciente ele responderá pela responsabilidade civil subjetiva. Pois, segundo se entende, ele optou pela escola dos mesmos. A doutrina entende que isto faz parte da tarefa executada na prática de suas operações. É da obrigação do cirurgião a escolha, o manuseio e indicação adequada de cada instrumento quando do uso aos seus pacientes e é de sua responsabilidade os prejuízos que lhes forem causados.

Diz José de Aguiar Dias[23]: "Temos dúvida em aceitar integralmente o ensinamento, considerando que o cliente, de ordinário, ignora os riscos de instrumentos médicos. Como presumir que aceite estes riscos? O caso, para nós, incide no âmbito da regra fundamental concernente ao exercício da profissão. Se a aplicação do instrumento oferece riscos, é dever do médico advertir deles o cliente, respondendo pelas conseqüências danosas, se não o faz".

A prudência ensina que o cirurgião tem por obrigação ser cuidadosa e diligente em seu mister, inclusive certificando-se sempre, antes de qualquer procedimento, se os aparelhos a serem usados em seus pacientes estão em perfeito funcionamento.

O nexo causal

Outra coisa é em relação à culpa é, o nexo causal. O agir culposo do médico necessita do nexo causal, ou seja, ele deve ser o causador do dano ao paciente. Assim, têm-se os três pressupostos da responsabilidade civil do médico: o ato lesivo (culposo), o dano e o nexo causal. Estes, quando ocorrem juntos, geram a obrigação de indenizar. Na falta de um deles, no caso o nexo causal, não há porque haver indenização, como bem ilustra o acórdão em sua ementa:

> "APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A AÇÃO DO MÉDICO E O RESULTADO. Ausente o nexo causal entre a ação e o resultado, resta afastada a responsabilidade civil do médico. Apelo desprovido"[24].

A relação entre o dano e o ato é um pressuposto de ordem técnica imprescindível e, por isso, não pode fugir da apreciação médico-pericial. Muitas vezes a natureza do pleito não reside na qualificação ou na quantificação da lesão, mas essencialmente nas condições em que se deu a relação entre o dano e o evento lesivo.

O sentido etimológico da palavra *nexo* é o mesmo que se deve ter em legisperícia sobre o *nexo causal*. Ou seja, uma condição lógica de vínculo, de conexão, de liame ou de eminente coesão entre a ação e o resultado. Logo não é uma situação de imperiosa certeza ou de um diagnóstico de absoluta precisão. Basta apenas que exista ligação e coerência.

Também não há necessidade que se tenha prova ou testemunho de que o evento alegado tenha existido. Enfim, se o estágio evolutivo da lesão está

---

[23] *Dias, JA. Da Responsabilidade Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.*

[24] *In Pereira, CMS. Responsabilidade Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.*

de acordo com a causa em questão, se este evento é idôneo para produzir tal dano e se não há outra causa aparente, em tese existe um nexo.

Entre as teorias da causalidade a mais aceita é a da *causalidade adequada* (da *decorrência natural e razoável das coisas* ou *do resultado mais provável*). Esta teoria afasta as causam fortuitas e de força maior pelo seu caráter de anormalidade, atipia e imprevisibilidade. Há outras teorias: a *teoria da equivalência das condições (*condição*o sine qua non)* e a *teoria da última condição* (verdadeira causa o efeito produzido).

Para se estabelecer o nexo de causalidade na avaliação do dano corporal é necessário que: *a*) a lesão seja produzida por determinado traumatismo, portanto, que seja real e apropriada àquelas circunstâncias; *b*) a lesão tenha efetivamente uma etiologia traumática; *c*) o local do traumatismo tenha relação com a sede da lesão; *d*) haja relação de temporalidade (um prazo legal e um prazo clínico), ou seja, exista uma coerência entre a idade da lesão e a ocorrência dos fatos; *e*) exista uma lógica anatomoclínica de sinais e sintomas típicos; *f*) haja exclusão da preexistência de danos relativamente ao traumatismo; *g*) inexista uma causa estranha à ação traumática[25].

Deste modo, deve-se entender como *causa* a condição provável, idônea e motivadora do resultado (imputabilidade total). Diferente pois da *concausa*, que é uma condição preexistente, concomitante ou superveniente, para que ocorra a ação de um agente ou de uma forma de energia causadora de dano (imputabilidade parcial). Na concausalidade há uma concorrência de causas, algumas delas presentes no traumatismo e outras que sobrevém a este, quando o dano passa a ser parcialmente responsável pela ação traumática. Destarte, não se deve afastar da avaliação do nexo de causalidade o agravamento do estado mórbido anterior (úlcera gastroduodenal), os efeitos traumáticos potencializados por patologias anteriores (hemofilia) e as perturbações ou patologias por superveniência (tétano).

Há ainda situações, embora raras, em que o trauma não tem nenhuma ação sobre o mal, pois este já se encontrava em um estágio muito avançado para ser agravado (inimputabilidade).

Perda de uma chance

---

[25] *Simonin, citado por Oliveira Sá, Clínica Médico Legal da Reparação do Dano Corporal em Direito Civil, Coimbra: APADAC, 1992.*

Atualmente, entre nós, tem sido muito avaliado pelos tribunais a chamada "perda de uma chance" (*perte d'une chance*). Em tais situações apura-se se o médico teve culpa por retirar do paciente uma possibilidade concreta de viver ou de manter sua integridade. Entenda-se que aqui se avalia apenas o fato de o médico não ter dado a necessária oportunidade de cura do paciente, ou seja não se deu a ele todas as chances esperadas.

> TJRS – Processo n° 596070979 – 5ª Câmara Cível – Rel. Araken de Assis – 15/08/96. "Responsabilidade civil. Falha do atendimento hospitalar. Paciente portador de pneumonia bilateral. Tratamento domiciliar ao invés de hospitalar. Perda de uma chance. É responsável pelos danos, patrimoniais e morais, derivados da morte do paciente, o hospital, por ato de médico de seu corpo clínico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomenda tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo, pois, deste modo, privou-o da chance (perte d'une chance) de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. 2. Apelação provida. Voto vencido".

Responsabilidade do paciente

Dentro do universo da responsabilidade médica há de se provar o dano ao paciente, a culpa do profissional e o nexo de causalidade. Todavia, pode ocorrer, mesmo em situações mais raras, que a culpa seja do próprio paciente ou de terceiros.

Sendo assim, registram-se situações em que o resultado adverso do tratamento médico teve como causa o descumprimento às recomendações sobre cuidados ou procedimentos que seriam imprescindíveis e incondicionais para a devida cura, que vão desde uma alta por abandono a uma suspensão precoce de remédios, entre outros.

Não é exagerado dizer-se que assim como os médicos têm obrigações a cumprir dentro da relação profissional o paciente também tem suas obrigações no cumprimento de cuidados com as condutas e prescrições a seguir. Até já se disse que igual aos médicos os pacientes têm obrigação de

meios, contribuindo para a obtenção de um bom resultado em favor de sua vida e de sua saúde. Ou seja, a obrigação dos pacientes é no sentido de criar as melhores condições possíveis para a cura de suas doenças. É claro que o paciente não pode assumir uma obrigação de resultado.

Na obrigação do paciente deve se incluir o fiel cumprimento da prescrição quanto à dosagem, horário e tempo de medicação, as medidas e cuidados recomendados, a dieta prescrita e a orientação tanto na sua duração como na forma de internamento.

Com esse pensamento toda vez que o paciente cobrar do médico por um mau resultado deve deixar claro que cumpriu todas as orientações de procedimentos e condutas recomendados e que não teve nenhuma responsabilidade por tal resultado. Por outro lado, quando se culpar o paciente por um resultado atípico ou indesejado é sempre necessário que se prove o dano, a culpa e o nexo de causa e efeito devidamente comprovado.

Uma das formas de negligência do paciente é a suspensão ou a alteração da prescrição médica ou o abandono dos cuidados e das condutas prescritos, seja por deliberação própria ou por sugestão de terceiros, muitas vezes, diante dos primeiros sinais de melhora.

O elemento mais significativo na avaliação da responsabilidade do paciente ou de terceiros é a comprovação da existência do nexo de causalidade. A existência ou o agravamento de um dano após a realização de um ato médico não é suficiente para se atribuir culpa sua.

Esta relação entre o dano e o ato praticado é um pressuposto de ordem técnica e de imprescindível apreciação médico-pericial. Deve ser uma condição lógica de vínculo, de conexão, de liame ou de eminente coesão entre a ação e o resultado. Mesmo que não seja uma situação de imperiosa certeza ou de um diagnóstico de absoluta precisão, exige-se que exista ligação e coerência. Para se provar que houve culpa do paciente ou de terceiros é necessário que se prove que a sua ação é a responsável pelo dano surgido ou agravado, pois só assim se fará a prova da excludente de responsabilidade do médico.

O Código Civil em vigor, em seu artigo 945, leva em conta a responsabilidade da vítima de erro médico quando diante de uma pretensa indenização: "*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"

Desta forma, fica bem evidente que existindo culpa do paciente isto será levado em conta na quantificação indenizatória em ação contra médico, sendo esta sua responsabilidade parcial ou total.

Por fim, fica claro que comprovada a responsabilidade total do paciente fica o médico demandado isento de reparação dos danos materiais e existenciais. E se o médico se julgar ofendido pelos danos patrimoniais ou extra-patrimoniais causados pela falsa imputação acreditamos que tem ele o direito de pleitear uma indenização contra o paciente.

Responsabilidade do cirurgião por erro de auxiliares

O cirurgião para exercer bem e fielmente suas atividades operatórias impreterivelmente necessita de auxiliares, dos mais modestos aos mais graduados. Esta regra é absoluta. Estes auxiliares podem ser servidores da instituição onde se realizam as cirurgias ou podem ser trazidos por sua conta de outros locais. Quando o dano é produzido pelos primeiros, em tese, a responsabilidade é do estabelecimento de saúde, embora que ela tenha o direito de regresso. Nos convocados pelo cirurgião responde ele pelo que provocou seus prepostos.

Quando um trabalho envolve vários médicos, trabalhando em equipe esclarece Kfouri Neto[26]: "É um grupo homogêneo, talvez um grupo permanente, que se mantém grupalmente no campo das intervenções cirúrgicas. Sabe-se quem o integra, mas se ignora onde está a autoria em um caso concreto. Onde há relação entre o dano e a causalidade? Nossos tribunais há mais tempo vêm resolvendo que, nestes casos, qualquer dos membros do grupo responde solidariamente, a menos que demonstre que do seu modo de atuar e do seu agir não resultou o dano".

Quando da substituição de um médico por outro ensina Fradera[27]: "Podem ocorrer duas situações: 1. Com relação aos cuidados devidos pelo médico a seu paciente existe a possibilidade de substituição por outro médico, como ele, capaz de atos médicos, atuando de forma independente, diretamente vinculado ao doente. Em tais circunstâncias, não haverá responsabilidade o

---

[26] Kfouri Neto, in op. cit.

[27] *13 Fradera, VMK. A Responsabilidade Civil dos Médicos. AJURIS: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 1992, v.55.*

médico que se faz substituir, face à inexistência de relação entre os dois profissionais. 2. Diversa será a situação se o médico valer-se de um colega de profissão, subordine a atuação do substituto à sua direção, o que resultará em responsabilidade por fato de terceiro, caso o substituto incidir em culpa ao tratar do paciente". E adianta ainda: "A doutrina francesa, com o fito de 'suavizar' o impacto causado pela admissão de uma relação de subordinação entre médicos, entende que nestes casos, aplica-se a teoria do 'comitente' ocasional. Segundo a qual pode ser considerada como preposto a pessoa que, sem estar vinculada ao comitente ocasional por vínculo permanente, habitual e constante de subordinação, encontra-se colocada em uma situação tal que recebe ordens e instruções, no caso, de um médico que o substitui".

O que fazer?

Uma coisa que não pode passar despercebida pelo médico é a permissão do paciente que se passou a chamar de "consentimento esclarecido", levando-se em conta o "padrão do paciente razoável", que é a informação capaz de ser entendida e que satisfaça às perspectivas dos pacientes de mesmas condições sócio-culturais[9].

Desse modo, não é apenas a obtenção da assinatura do doente, muitas vezes quando ele está a caminho de uma sala de operações. Mas a revelação com detalhes compreensíveis e necessários mesmo sabendo-se que um consentimento totalmente esclarecido nem sempre é possível e que nas situações mais cruciais o médico tem de ser o árbitro da questão. Em suma, o que se espera é uma explicação razoável do diagnostico, dos procedimentos planejados, dos potenciais riscos e benefícios, dos tratamentos alternativos e do resultado esperado.

Deve também o médico, diante de um mau resultado, seja ou não por erro profissional, registrar tal evento no prontuário e informar honestamente aos pacientes ou aos seus familiares.

Se aberto um processo ético ou judicial, mesmo que não reconheça sua culpa ou haja um andamento demorado, não deve ser negligenciado. A situação de revel é muito comprometedora e desfavorável. Nem deve considerar o processo uma coisa sem importância, tendo o cuidado de contar sempre com um procurador legal, pois os fatos do Direito são relativos à especialidade do advogado.

Em alguns países, diante da possibilidade de maiores prejuízos emocionais ou financeiros e de risco de condenação no julgamento, é comum as partes serem motivadas a um acordo fora do tribunal. Nem sempre é

recomendável esperar pelo "dia do julgamento" para provar que não se cometeu nenhum erro, pensam alguns. Mesmo assim, isso é uma decisão muito pessoal, devendo ser analisada caso a caso e sempre com a orientação de um procurador jurídico.

O pior de tudo é que as possibilidades de queixas, cada vez mais constantes, já começam a perturbar emocionalmente o médico, e que a sociedade passou a entender que isso vai redundar no aumento do custo financeiro para o profissional e para o paciente. Alem disso também se começa a notar, entre outros, a aposentadoria precoce, o exagero dos pedidos de exames complementares mais sofisticados e a omissão em procedimentos de altos e médios riscos, contribuindo mais e mais para a consolidação de uma "medicina defensiva". Essa posição defensiva além de constituir um fator de diminuição na assistência aos pacientes de maior risco, o expõe a uma série de efeitos secundários ou ao agravamento da saúde e dos níveis de vida do conjunto da sociedade. Os Estados Unidos há muito tempo foram obrigados a modificar aquele entendimento, protegendo e estimulando o médico, principalmente na emergência, através do que ali chamaram de "Leis do Bom Samaritano". Portanto, se não houver, entre nós, um trabalho bem articulado, os médicos, num futuro não muito distante, vão trabalhar pressionados por uma sociedade de inclinação litigiosa, voltada para a compensação, toda vez que os resultados não forem, pelo menos sob sua ótica, absolutamente perfeitos.

E claro que não existe uma "receita" perfeita e acabada para solucionar tais questões, pelo menos em curto prazo. Os pacientes, mesmo em alguns países mais desenvolvidos, estão sendo rejeitados, a ”medicina defensiva” dobra seus custos e o relacionamento do médico com seu paciente pode se transformar numa tragédia.

Por isso, pode-se afirmar que é muito importante a melhoria da relação medico paciente, pois de um relacionamento afetivo e fraterno dificilmente sai uma demanda judicial. Muitas delas são movidas por pacientes ou familiares como resposta às hostilidades de uma convivência tumultuada. Depois, fazer ver a sociedade que a questão da saúde não é uma questão exclusiva dos médicos e que ela deve lutar pela melhoria das condições dos níveis de vida, manifestando-se seriamente frustrada ante a crescente disparidade entre as possibilidades da ciência e o bem-estar real.

O que se quer passar à sociedade é que, além do erro médico, existem outras causas que favorecem o mau resultado, como as péssimas condições de trabalho e a penúria dos meios indispensáveis no tratamento das

pessoas. Afinal de contas, os pacientes não estão morrendo nas mãos dos médicos, mas nas filas dos hospitais, a caminho dos ambulatórios, nos ambientes miseráveis onde moram e na iniquidade da vida que levam. Nesse cenário perverso de trabalho é fácil entender o que vem acontecendo no exercício da medicina, onde se multiplicam os danos e as vítimas, e onde é fácil culpar os médicos, que seriam os primeiros encontrados. Os médicos também são vítimas.

Por fim, é sempre bom acrescentar que mesmo diante de uma legislação aparentemente ostensiva e limitadora, não se pode dizer que o exercício da medicina e a do cirurgião em particular estejam ameaçados. Basta que exista no pensar de cada um a certeza da importância que reveste a medicina no contexto geral das necessidades humanas, a consciência política e social para melhores níveis de vida e de saúde. Da sociedade e a evidente e extraordinária evolução das ciências biológicas que se vive agora.